

**Universidade Federal de Ouro Preto**

Instituto de Filosofia, Artes e Cultura

Programa de Pós-Graduação em Filosofia

---

Dissertação

---

**Jeremy Waldron e o discurso  
de ódio na Sociedade bem-  
ordenada**

*Larissa Lino Souza*

Ouro Preto

2021



**UFOP**

**LARISSA LINO SOUZA**

**JEREMY WALDRON E O DISCURSO DE ÓDIO NA SOCIEDADE BEM-  
ORDENADA**

**MESTRADO EM FILOSOFIA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Ouro Preto, como exigência parcial em obtenção do título de Mestre em Filosofia, sob a orientação do Prof. Dr. Gabriel Geller Xavier.

**OURO PRETO  
2021**

SISBIN - SISTEMA DE BIBLIOTECAS E INFORMAÇÃO

S729j Souza, Larissa Lino.

Jeremy Waldron e o discurso de ódio na sociedade bem-ordenada.  
[manuscrito] / Larissa Lino Souza. - 2021.  
161 f.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel Geller Xavier.  
Dissertação (Mestrado Acadêmico). Universidade Federal de Ouro  
Preto. Mestrado em Filosofia. Programa de Pós-Graduação em Filosofia.

1. Waldron, Jeremy, 1953-. 2. Democracia - Filosofia. 3. Discurso de  
ódio. 4. Liberdade de expressão. 5. Dignidade. I. Xavier, Gabriel Geller. II.  
Universidade Federal de Ouro Preto. III. Título.

CDU 111.852(043.3)

Bibliotecário(a) Responsável: Paulo Vitor Oliveira - CRB6 / 2551



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO  
REITORIA  
INSTITUTO DE FILOSOFIA ARTES E CULTURA  
DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA



## FOLHA DE APROVAÇÃO

**Larissa Lino Souza**

### **Jeremy Waldron e o Discurso de Ódio na Sociedade Bem-Ordenada**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Filosofia

Aprovada em 23 de julho de 2021

#### Membros da banca

Prof. Dr. Gabriel Geller Xavier - Orientador (Universidade Federal de Ouro Preto)  
Prof. Dr. Lucas Cardoso Petroni (Universidade de São Paulo)  
Prof. Dr. Nunzio Ali (Università degli Studi di Catania)

Prof. Dr. Gabriel Geller Xavier, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito no Repositório Institucional da UFOP em 17/09/2021



Documento assinado eletronicamente por **Gabriel Geller Xavier, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 14/10/2021, às 10:27, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.ufop.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **0232416** e o código CRC **9C75B63F**.

## AGRADECIMENTOS

Muitos são aqueles que participaram de todo o processo desafiador que foi a realização do mestrado para mim. Me faltam não somente palavras dignas de transmitir o tamanho da minha gratidão, e desconfio possa me faltar à memória alguns nomes que fizeram uma diferença significativa para que eu chegasse até aqui. A todos que estiveram presentes em todo esse percurso eu os ofereço minha imensa gratidão. Devo, entretanto, destacar aqueles que fizeram parte desse processo de maneira significativa. Agradeço, em primeiro lugar, àqueles que desde os meus primeiros passos demonstraram acreditar no meu potencial de ir atrás de meus sonhos, por mais difíceis que parecessem: Edgard e Hiolanda, os quais tenho o imenso prazer e sentimento de gratidão em tê-los como pai e mãe. Sem o amor e o apoio que vocês incessantemente demonstram, eu certamente não chegaria até aqui. Agradeço ao meu orientador Gabriel Geller Xavier pela grandiosa coragem em aceitar um desafio de levar à defesa o trabalho de alguém que, naquele momento, não possuía força suficiente para continuar. Sua coragem e determinação definitivamente reascenderam os sentimentos que eu precisava para continuar nesse processo. Agradeço ao Professor Bruno Guimarães que, como o bom profissional que sempre demonstrou ser, preocupou-se com o meu trabalho e fez com que ele pudesse ser levado adiante. Agradeço a todos os amigos que fizeram parte de todo esse processo, pelos momentos de descontração, e pelo apoio e carinho que sempre demonstraram ter por mim. Em especial aqueles que estiveram presentes indubitavelmente em todos os momentos desse processo: Ana Laura Marinho, Ana Elisa Ferraz, Aguinaldo Boldrini, Andressa Antunes, Cristina Oliveira e Guilherme Otoni (aos quais devo um agradecimento especial), Erivelton Gregório, Ilda Sesquim, Lerrannya Lasmar, Lorena Vitória, Marina Brandão, Mariana Lopes, Rafael Paes de Barros, Paulamar Neves, Patrick Morengi, Pedro Bezerra e Vinícius Coelho. Por último, e mais especial, meu agradecimento ao meu companheiro da vida, que me deu apoio incondicional nas fases mais difíceis dessa jornada, que demonstra diariamente seu amor e sua dedicação e sua confiança em qualidades que só pude descobrir ter quando diante de sua admiração, cuidado, respeito e amor. Ao Yan Assis, a quem não apenas agradeço como dedico todo esse trabalho. Obrigada por existir na minha vida e por ser alguém que me dá forças diariamente apenas sendo a pessoa incrível que é.

## RESUMO

Ao discutirmos democracia, pressupomos inicialmente uma forma de governo que estabelece diversas garantias aos indivíduos em suas disposições normativas, entre elas, destacamos as liberdades individuais, a igualdade de condições e a dignidade da pessoa humana. São termos frequentemente invocados em tratados internacionais de direitos humanos e legislações nacionais ao tratar das mais básicas condições que devem possuir os indivíduos. Nesse contexto, ao tratarmos de uma liberdade específica, a liberdade de expressão, percebemos a invocação do termo discurso de ódio para definir um potencial abuso de direito. Por um lado, atribui-se ao termo discurso de ódio a característica de um ataque à dignidade de uma forma generalizada. Por outro lado, o discurso de ódio é reconhecido como exercício legítimo da liberdade de expressão, essencial à mesma dignidade humana. A controvérsia gira em torno da aproximação do conceito de discurso de ódio com os conceitos de dignidade, e demonstra uma disputa relacionada à compreensão do conceito de discurso de ódio que se dá em razão do termo “dignidade” possuir diversos significados, podendo inclusive variar de acordo com aquilo que o próprio indivíduo considera como digno para a própria vida. Diante dessa ambiguidade, o objetivo desta dissertação é definir um discurso de ódio que esteja fora das proteções constitucionais da liberdade de expressão, porém, de modo que não seja confundido com a ofensa em âmbito particular referente a uma espécie de honra privada. Para isso, essa discussão está inserida em um modelo de democracia constitucional de acordo com a ideia de Jeremy Waldron que propõe a rejeição do discurso de ódio para fora das proteções da liberdade de expressão sob o fundamento do compromisso da sociedade com a garantia de um status de dignidade. O discurso de ódio em democracias constitucionais é incompatível com a ideia de participação do indivíduo em igualdade de condições, no que tange à manutenção dos direitos individuais que opera mediante confiança no indivíduo a partir de sua capacidade de ser um agente participativo. Entretanto, a discussão se limita à identificação de um discurso de ódio incompatível com uma igualdade fundamental na democracia constitucional, em razão da impossibilidade de estabelecermos um critério prévio de julgamento, como a tipificação de seu exercício, pois sua caracterização depende de resultados específicos para que seja assim considerado.

**Palavras chave:** Democracia constitucional; discurso de ódio; liberdade de expressão; dignidade.

## **ABSTRACT**

### **Jeremy Waldron and hate speech in well-ordered society**

When discussing democracy, we initially assume a form of government that establishes several guarantees to individuals in its normative provisions, among them, we highlight individual liberties, equality of conditions, and human dignity. These terms are frequently invoked in international human rights conventions and national legislatures when dealing with the most basic conditions that individuals require. In this context, when dealing with a specific freedom, freedom of speech, we notice the invocation of the term hate speech to define a potential abuse of rights. On the one hand, the term hate speech is attributed the characteristic of an attack on dignity in a generalized way. On the other hand, hate speech is recognized as a legitimate exercise of freedom of expression, essential to human dignity. The controversy revolves around the approximation of the concept of hate speech with the concepts of dignity, and demonstrates a dispute related to the understanding of the concept of hate speech that occurs because the term "dignity" has several meanings, and may even vary according to what the individual himself considers as worthy for his own life. In the face of this ambiguity, the objective of this dissertation is to define hate speech that is outside the constitutional protections of freedom of speech, but in a way that is not confused with the offense in the private sphere referring to a kind of private honor. To this end, this discussion is inserted in a model of constitutional democracy according to Jeremy Waldron's idea that proposes the rejection of hate speech outside the protections of freedom of speech on the grounds of society's commitment to the guarantee of a status of dignity. Hate speech in constitutional democracies is incompatible with the idea of equal participation of the individual, with regard to the maintenance of individual rights that operates through trust in the individual in his ability to be a participatory agent. However, this discussion is limited to the identification of hate speech that is incompatible with fundamental equality in a constitutional democracy, due to the impossibility of establishing a prior judgment criterion, such as the typification of its exercise, since its characterization depends on specific results in order to be considered as such.

**Key Words:** Constitutional Democracy; hate speech; freedom of expression; dignity.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>08</b>
<b>CAPÍTULO 1</b>	
<b>A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E A DIGNIDADE HUMANA .....</b>	<b>16</b>
1.1. Uma Breve Contextualização de uma Democracia Liberal.....	18
1.2.A Sociedade Democrática Constitucional Bem-ordenada.....	26
1.3. A Proteção Normativa da Dignidade Humana .....	42
1.3.1. O Status de Dignidade na Perspectiva de Jeremy Waldron .....	48
<b>CAPÍTULO 2</b>	
<b>O DIREITO À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NO CONTEXTO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>60</b>
2.1. O Direito de Participação Em Jeremy Waldron .....	68
2.2. A Participação Política Em Uma Sociedade Bem-ordenada .....	83
<b>CAPÍTULO 3</b>	
<b>LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO .....</b>	<b>95</b>
3.1. Considerações Iniciais Sobre a Liberdade de Expressão .....	96
3.1.1. Justificando As Restrições à Liberdade de Expressão .....	104
3.2. As Características do Discurso de Ódio .....	115
3.2.1. Discurso De Ódio E Ofensa Privada: (Des)Honra vs. (In)Dignidade .....	117
I. Discursos Manifestados Publicamente .....	120
II. Caráter Difamatório do Discurso .....	124
III. Rivalidade entre Bens Públicos e Intensificação da Vulnerabilidade de Grupos.....	129
IV. Descompromisso com a Igualdade .....	133
3.3 Motivos Para Rejeitar O Discurso De ódio Em Uma Sociedade Bem-ordenada.....	137
<b>4. CONCLUSÃO .....</b>	<b>149</b>
<b>5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>155</b>



## INTRODUÇÃO

O estudo das democracias é uma tarefa árdua a partir do momento que nós a reconhecemos como um conceito bastante abrangente que incorpora diferentes elementos com diversas interpretações, cujos fundamentos, muitas vezes são divergentes e até mesmo contraditórios, como por exemplo, a discussão acerca de discursos difamatórios serem ou não parte legítima do direito à liberdade de expressão. Podemos, inicialmente, reconhecer a democracia como uma forma de governo mais próxima daquilo que a tradição liberal incorpora, geralmente, como método para a organização da sociedade, na qual a participação do cidadão é um elemento essencial para um bom funcionamento que objetiva a garantia de igualdade de condições no exercício de direitos fundamentais. Mas, em virtude de sua amplitude, e consequentemente da diversidade de interpretações que dela se origina, não há como estabelecermos um modelo único de democracia, ainda que dentro dos moldes liberais.

A ampla gama de elementos e concepções que permeiam a compreensão da democracia faz com que a tarefa de analisar seus elementos se torne custosa, e demasiado pretensiosa se tentarmos esclarecer todos os elementos incorporados à sua compreensão em um único trabalho. Isso ocorre porque uma democracia pressupõe não apenas a coexistência harmoniosa entre valores e convicções diversos, mas, principalmente, pressupõe a coexistência contingente entre tais elementos, quando, por exemplo, seus fundamentos sejam divergentes, contrários entre si, ou demandem novas interpretações acerca do exercício de direitos fundamentais.

Tudo isso cria a necessidade de delimitar a discussão para que não fique exaustiva ou confusa, e sendo assim, dentre as diversas possibilidades de objetos de estudo que a democracia nos proporciona, esta discussão partiu da perspectiva da democracia constitucional para, em seguida, analisar o conceito de discurso de ódio, e caracterizá-lo no intuito de afastar das proteções conferidas ao direito fundamental à liberdade de expressão. A democracia constitucional será definida a partir da perspectiva rawlsiana de sociedade bem-ordenada, conceito utilizado por Jeremy Waldron – principal referencial teórico dessa dissertação – ao argumentar sobre os possíveis danos causados pelo discurso de ódio – *hate speech* – à dignidade dos indivíduos, especialmente minorias.

A relevância da pesquisa é demonstrada pela complexidade atribuída ao conceito de “discurso de ódio”, escolhido como parâmetro dessa investigação, que parte de um importante direito fundamental: à liberdade de expressão. Observamos a todo momento, em quaisquer mecanismos de interação entre pessoas, a existência de manifestações difamatórias contra

grupos vulneráveis<sup>1</sup> em espaços públicos de discussão, muitas vezes acrescidas da difusão de pensamentos discriminatórios, excludentes e opressivos. A caracterização do discurso de ódio na perspectiva waldroniana se compromete a afastar o status de um discurso de ódio da interpretação que o considera a partir dos efeitos psicológicos causados pela ofensa, uma vez que o autor acredita que ofensa não deve ser algo que requer a mesma consideração a ser concedida aos discursos de ódio, respondendo, desta forma, às críticas de seus colegas que afirmam ser esse discurso parte integrante do direito à liberdade de expressão<sup>2</sup>.

Assim sendo, estamos diante de uma contenda que não pode mais ser ignorada. Consideramos, neste trabalho, que é necessário distanciarmos o fenômeno do discurso de ódio de definições discricionárias que possam confundir a apreciação de casos que envolvam uma análise sobre um possível discurso de ódio. A preocupação não mais se limita à má atuação de um Estado opressor, e passa a identificar nos indivíduos a necessidade de proteção e garantia de direitos em relação aos outros indivíduos também. Forma-se a ideia de cidadania, de dever cívico e de cooperação, mas também, a ideia de responsabilidade no exercício de direitos fundamentais.

Objetivamos analisar a conexão entre a liberdade de expressão e o status de dignidade proposto por Jeremy Waldron, conforme as premissas de uma democracia constitucional assim permitam, para que possamos distanciar o discurso de ódio devidamente caracterizado das proteções conferidas à liberdade de expressão. Nesse sentido, o status de dignidade na proposta waldroniana consiste na atribuição de um terceiro significado à dignidade humana, que parte

---

<sup>1</sup> Neste trabalho, a caracterização de um discurso de ódio o considera como algo que possa ser feito contra minorias por pessoas que não compõem essas minorias. Waldron propõe essa classificação em resposta aos seus colegas liberais que afirmam que mesmo que seja detestável o discurso de ódio as pessoas devem ter o direito de fazê-lo. Para o autor, seus colegas estão presos em seus “brados liberais” e para ele, existe algo a mais em jogo. Primeiramente, um bem público de inclusão do qual nossa sociedade dispõe e com o qual se compromete; em segundo lugar, a garantia do compromisso dos demais com esse bem público de inclusão, da qual todos devem se beneficiar. Para os membros de minorias vulneráveis que foram odiadas e discriminadas num passado não muito distante, a garantia desse bem público transmite a confirmação da cooperação dos demais, pois eles devem ser tratados, assim como os demais, como objetos de preocupação e proteção da sociedade. Nesses casos falamos de uma imputação factual que é danosa especificamente à reputação social e cultural de minorias, que pode estigmatiza-las em razão de suas diferenças e isolar a apreciação de seus interesses em decisões sobre direitos. O discurso de ódio, como será demonstrado em suas características, promove a desvantagem de grupos desiguais, estigmatiza os grupos historicamente em desvantagem, de modo a interferir no alcance desses às iguais oportunidades. A posição de grupos minoritários como membros de uma sociedade plural não é algo efetivamente garantido, e o discurso de ódio nega a garantia implícita de seu status de dignidade que a sociedade deve garantir aos membros de grupos vulneráveis, de modo que algo que estava garantido, ainda que implicitamente, torna-se algo desafiado. Isto significa que há um componente histórico na análise de cada caso, considerando como vulneráveis e vítimas desses discursos grupos que no passado não muito distante foram discriminados de forma violenta. Iremos nos aprofundar nessa discussão no Capítulo 3 ao definirmos as características de um discurso de ódio. Nesse sentido Cf. WALDRON, Jeremy. *The harm in the hate speech*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012c., p. 3-5; MACKINNON *apud* WALDRON, 2012c, p. 57-58.

<sup>2</sup> Cf. WALDRON, 2012c, p. 144-203. Trataremos dessa discussão no Capítulo 3 ao analisar a liberdade de expressão contraposta ao discurso de ódio em uma sociedade bem-ordenada.

da apreciação de seus usos na legislação, para compreender um status socialmente construído e legalmente sustentável para o indivíduo comum em uma sociedade comprometida com seus princípios de justiça democráticos.

É comum acreditarmos que nossos direitos são constrangidos pelo respeito ao direito do outro – como na afirmação popular, “seu direito acaba onde começa o do outro”. Pensamos, muitas vezes, em direitos fundamentais essenciais à democracia como direitos individuais que nos protegem contra o arbítrio do Estado, mas que não são oponíveis aos indivíduos. Essa interpretação transmite uma impressão equivocada de que as pessoas se encontram isoladas de críticas morais acerca de suas irresponsabilidades no exercício de direitos individuais (especialmente a liberdade de expressão), simplesmente porque estão em pleno exercício de um direito que não está sujeito a nenhum tipo de interferência por parte do Estado.

É essencial compreendermos que a responsabilidade acompanha o exercício de direitos fundamentais individuais, ao invés de enxergarmos os “deveres” correlatos ao seu exercício apenas como uma espécie de possibilidade de punição pelo seu mau uso. Interpretá-los desta forma permite que o indivíduo compreenda a intervenção do Estado, em casos de abuso de direito, como uma forma de proteção à dignidade dos que possam ser atingidos por tal abuso. Trata-se da ideia defendida por Jeremy Waldron em *Dignity, Rights and Responsibilities*, na qual a responsabilidade acompanha o exercício de direitos, devendo ser o indivíduo considerado a partir de suas responsabilidades como um cidadão. Desta forma, é possível pensar nas liberdades individuais mais como uma autoridade que o indivíduo possui, do que apenas atos voluntários com os quais a sociedade deve se conformar e não admitir intervenção do Estado. O exercício de direitos individuais fundamentais está relacionado com uma função social de extrema importância que é a garantia de uma condição que pressuponha dignidade aos titulares de direito<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Cf. WALDRON, J. *Dignity, Rights and Responsibilities*. Arizona State Law Journal. 2011, p. 4-28. Em seu artigo *Dignity, Rights and Responsibilities*, Jeremy Waldron trabalha a ideia de dignidade, direitos e responsabilidades sob uma leitura “horizontal” dos direitos humanos, que os enxerga não apenas como mecanismos de proteção contra o arbítrio do Estado, mas também como direitos que podem ser reivindicados em relação aos outros indivíduos. Isso é possível porque existem responsabilidades a serem cumpridas no exercício de direitos em um contexto de relações sociais entre indivíduos, e tais responsabilidades estão relacionadas aos papéis associados à cidadania, à função (*role*) de um status de dignidade que, inclui necessariamente ideias de civilidade, cooperação e razoabilidade nos desacordos. O autor enxerga esses direitos mais como uma autoridade do que como uma voluntariedade, pois envolve funções socialmente importantes exercidas pelos indivíduos que são cidadãos. O exercício de direitos possui consequências, e portanto, deve ser exercido de maneira responsável. No que tange à participação do indivíduo, a ideia de uma ética da responsabilidade nos direitos permite que os indivíduos confiem uns nos outros, em uma atmosfera de reciprocidade, ao pressupor o exercício de direitos com responsabilidades, atribuindo aos cidadãos um status de dignidade que o pressupõe como sujeito responsável e capaz de apresentar contribuições razoáveis para os procedimentos de aperfeiçoamento de direitos. Os cidadãos reconhecem que o exercício de alguns direitos possui consequências. Desta forma, a responsabilidade social não é correlativa ao direito e sim o próprio direito em si, e um exemplo desse arranjo é o direito ao voto no Brasil, o qual é obrigatório

Para alcançarmos nosso objetivo é necessário, em primeiro lugar, definirmos democracia constitucional, e para tanto, utilizaremos a ideia de Jeremy Waldron que reconhece como um importante elemento de sua configuração uma espécie de um status de dignidade, fundamentado em um compromisso com a reciprocidade pressuposto em uma sociedade bem-ordenada – ideia de John Rawls em *Justiça como Equidade: uma reformulação*, de uma sociedade que reconhece e aceita os princípios de justiça instituídos, comprometendo-se com o respeito mútuo e a igualdade de condições<sup>4</sup>. A partir da definição de democracia constitucional e a sua relação com um status de dignidade, compreenderemos a relação entre a participação do indivíduo e institutos frequentemente invocados nos estudos sobre democracias: liberdades individuais, igualdade de condições e dignidade humana. A importância do papel exercido pelo indivíduo através da participação demonstra que o exercício de seus direitos envolve responsabilidades, podendo, inclusive, sofrer limitações para que não configure abuso de direito.

Sendo assim, analisaremos a possibilidade de limitação de uma determinada liberdade individual: a liberdade de expressão, quando configurado o discurso de ódio. Devemos diferenciar o exercício legítimo dessa liberdade de um exercício abusivo que configure ataque à dignidade dos indivíduos, para, a partir dessa diferenciação podermos estabelecer características específicas ao discurso de ódio e compreender a forma como ele se mostra prejudicial ao status de dignidade daqueles que integram grupos historicamente vulneráveis ao exercício e alcance de direitos, oportunidades e recursos.

A democracia constitucional demanda ajustes na aplicabilidade de direitos para que possa reduzir ao máximo as desigualdades em seu exercício, não sendo mais os direitos apenas um mecanismo de proteção do indivíduo contra a intervenção do Estado. Ao lidarmos com o

---

e constitui tanto o direito quanto o dever de votar em um único arranjo. Entretanto, essa ideia não é aplicável a todos os direitos humanos, por exemplo, no direito de não ser torturado não há um dever ou responsabilidade atribuída ao titular desse direito, consistindo apenas no direito em si de não ser torturado. Em relação à liberdade de expressão, o direito humano discutido nesta dissertação, a ideia de ética da responsabilidade é perfeitamente cabível, posto que, o exercício da liberdade de expressão inclui não apenas o direito de se expressar, mas também as responsabilidades inerentes a esse exercício, que, se identificado abuso, pode vir a ser limitado.

<sup>4</sup> Cf. RAWLS, John. *Justiça como equidade*. Uma reformulação. São Paulo: Martins fontes, 2003, p.11-12. A sociedade bem-ordenada de Rawls é uma ideia fundamental de sua teoria de justiça, que consiste em uma sociedade na qual todos aceitam e reconhecem que os demais também aceitam a mesma concepção de justiça, isto é, os mesmos princípios de justiça. Há um reconhecimento recíproco de um acordo público fundamentado nos princípios da liberdade e da igualdade de condições e oportunidades. Esse reconhecimento é refletido nas instituições normativas dessa mesma sociedade, e no comportamento dos indivíduos que a compõem, de modo que tais instituições interajam mediante um sistema de cooperação recíproca. A sociedade bem-ordenada pressupõe que seus cidadãos sejam responsáveis ao exercer seus direitos a partir de um senso efetivo de justiça que lhes permite compreender aplicar os princípios de justiça reconhecidos publicamente, agindo com razoabilidade ao fazerem as próprias reivindicações e comprometendo-se com as responsabilidades inerentes ao exercício de suas próprias liberdades. Portanto, é a ideia de uma sociedade que fornece uma concepção pública de justiça que seja aceita por todos os seus integrantes, e a partir da qual os indivíduos reivindicam os próprios direitos por intermédio da sua agência participativa.

discurso de ódio, surge a controvérsia: se os limites da proteção conferida à liberdade de expressão devem incorporar um discurso que atenta contra a dignidade do indivíduo comum, em especial contra grupos vulneráveis. Para tanto, devemos compreender a participação política do indivíduo comum no controle de normas referentes aos seus direitos mais básicos. Compreender a importância da participação política do indivíduo comum é essencial para adentrarmos na discussão que pretenda identificar um “discurso de ódio”.

Para atingirmos o objetivo de demonstrar que o discurso de ódio não constitui em exercício legítimo da liberdade de expressão em procedimentos de participação, em razão de sua incompatibilidade com preceitos de uma sociedade bem-ordenada e dos danos causados ao status de dignidade de membros de grupos vulneráveis, esta dissertação será dividida em três capítulos, através dos quais percorreremos o seguinte caminho: No primeiro capítulo definiremos um ideal de democracia constitucional fundamentado na ideia de sociedade bem-ordenada rawlsiana. Sob essa ideia, uma democracia constitucional bem-ordenada é fruto da ideia de democracia liberais que busca promover o exercício de liberdades fundamentais sob condições de igualdade e em respeito à dignidade da pessoa humana. Diferencia-se desse modelo, entretanto, pois exige que a constituição deve proteger direitos fundamentais de serem violados, e para isso serão necessárias algumas garantias que permitam integrar os menos favorecidos em discussões que decidam sobre seus direitos, que por vezes, pode demandar a intervenção do Estado em determinadas liberdades individuais. A discussão que envolve direitos deve ser pautada no desacordo razoável, sendo este o exercício de apresentar razões as quais se imaginam que os demais possam aceitar<sup>5</sup>. Desta forma, o capítulo compreende um experimento que Waldron faz ao tentar definir uma democracia constitucional bem-ordenada que respeite direitos fundamentais, promovam suas garantias, mas principalmente que reconheça a capacidade do cidadão em fornecer contribuições razoáveis para discussões que envolvam direitos. Todos os direitos, inclusive questões mais fundamentais, são objetos de desacordo e devem ser objetos de deliberação pública. Mas isso não significa que direitos de minorias poderão ser retirados em função de decisões majoritárias, porque a deliberação pública encontra no desacordo razoável o seu limite.

Os argumentos não razoáveis, como argumentos intolerantes e preconceituosos não podem ser objeto de uma razão pública que fundamente decisões sobre direitos, independentemente da instituição que irá tomar essa decisão. A partir das ideias de Rawls sobre uma sociedade bem-ordenada, Waldron propõe discutir essa teoria em termos que sejam

---

<sup>5</sup> Cf. WALDRON, 1999a, p. 91

confortáveis a democracia, que capacitem seus indivíduos como agentes responsáveis pela manutenção de direitos. Essa capacidade é atribuída ao indivíduo através de uma condição que ele denomina ser o status de dignidade. A definição desse status será feita a partir da consideração de significados da dignidade extraídas das normas sobre direitos humanos e fundamentais para dar luz as condições sobre as quais esse status de dignidade é possível e por que deve ser protegido. O status de dignidade torna-se uma condição formal que confere ao cidadão autoridade sobre seus direitos e que exige respeito à sua dignidade pelos demais. Não há uma definição precisa e pacificada do que constitui a dignidade de uma pessoa; a proposta de Waldron é reconhecer uma capacidade atribuída aos cidadãos que lhes confia responsabilidade no exercício de direitos, capacitando-os para contribuir em decisões sobre seus direitos e os direitos dos demais. A teoria democrática de Waldron, portanto, é procedimental e normativa, pois sua principal preocupação é com o estranhamento que o constitucionalismo contemporâneo causa às práticas políticas democráticas.

Se tudo é permitido se discutir, em virtude de os desacordos serem o aspecto essencial da teoria democrática waldroniana, como ele enxerga, em termos práticos, a capacidade daquele cidadão que detém um status de dignidade? Através da participação. No segundo capítulo definiremos a participação como um direito fundamental, político, coletivo, que consiste não apenas em liberdade políticas negativas, como também liberdades políticas positivas, exigindo, portanto, prestações por parte do Estado para a garantia do exercício do direito de participação em igualdade de consideração e igualdade de condições. A participação se dá mediante circunstâncias da política, que são as circunstâncias pelas quais identificamos a necessidade de chegar a um acordo sobre a aplicabilidade de determinado direito diante da diversidade de perspectivas razoáveis sobre esse mesmo direito. O acordo pode ser alcançado, e democraticamente falando, será melhor alcançado se, em virtude do respeito e da garantia do status de dignidade, for conferido ao cidadão comum o poder de influenciar nessas decisões mediante concepções que satisfaçam a ideia de desacordo razoável. Desta forma, o discurso de ódio não deve ser utilizado em procedimentos de participação porque ele não é um desacordo razoável, por ser pautado em argumentos intolerantes ou dogmas com os quais a razão pública não deve operar. Como tudo é objeto de desacordo e não só pode, como deve ser discutido nas esferas políticas e públicas, cada desacordo que suscite uma decisão fornecerá o caminho para essa mesma decisão em termos razoáveis.

Diante disso, ele propõe uma discussão que busca compreender o caminho dos desacordos em uma questão específica, que consiste na relação entre o exercício da liberdade de expressão e o discurso de ódio nos procedimentos de participação. O terceiro capítulo será

dedicado a compreender o direito à liberdade de expressão como algo essencial à configuração democrática, e identificará o limite do desacordo razoável dentro desses procedimentos: o discurso de ódio. O discurso de ódio será definido por determinadas características que demonstram sua não razoabilidade em virtude dos danos que causam aos menos favorecidos. Sendo assim, o capítulo terá como finalidade apresentar argumentos pela ejeção do discurso de ódio da esfera de proteção constitucional da liberdade de expressão, por ser algo que prejudica a participação em igualdade de condições, é incompatível com a ideia de sociedade bem-ordenada, e viola o status de dignidade que pressupõe autoridade e respeito sobre direitos do cidadão.

Buscamos compreender a liberdade de expressão como direito fundamental para analisar em seguida os eventuais conflitos interpretativos oriundos da existência do discurso de ódio, especialmente aqueles causados pela defesa desse discurso como parte desse direito fundamental. Ao final, após compreendermos a proposta de democracia constitucional sob os fundamentos de uma sociedade bem-ordenada, a importância da agência participativa do indivíduo na manutenção de seus próprios direitos, e as características específicas do discurso de ódio, reconheceremos que, em uma sociedade democrática constitucional bem-ordenada, a prática de discurso de ódio difamatório como parte do direito à liberdade de expressão é incompatível com preceitos de uma sociedade democrática, como a igualdade de condições no exercício de liberdades fundamentais, e a garantia de um status de dignidade.

Devemos advertir, entretanto, que este trabalho está inserido em uma “moldura” argumentativa e dela não deve se esquivar: democracias constitucionais, especialmente, sob a perspectiva de Jeremy Waldron (fundamentada na sociedade bem-ordenada rawlsiana), como aquela que evidencia a responsabilidade e capacidade do indivíduo de contribuir para desenvolver um corpo legislativo mais justo. Não há como realocar os argumentos apresentados para uma análise sobre arranjos políticos distantes das premissas adotadas na discussão, sob pena de apresentar resultados diferentes e pouco sustentáveis. Por exemplo, não discutiremos como a liberdade de expressão e o discurso de ódio se relacionam em regimes não democráticos e não liberais.

A hipótese consiste na afirmativa de que, em uma democracia constitucional que pretenda se tornar cada vez mais bem-ordenada, a admissão do discurso de ódio difamatório, devidamente caracterizado, como parte legítima do exercício da liberdade de expressão é incompatível com uma sociedade que, em virtude de seus mais básicos fundamentos, busca reduzir incessantemente as desigualdades no alcance de direitos fundamentais – sejam eles individuais ou políticos. Essa dissertação é dedicada aos argumentos de Jeremy Waldron

complementados pela concepção de sociedade bem-ordenada de John Rawls, que pressupõe que, em uma democracia constitucional que se fundamenta em valores como igualdade e dignidade humana, é incoerente a admissão do discurso de ódio difamatório como exercício legítimo da liberdade de expressão por resultar em uma diferenciação de nível fundamental que objetiva causar danos ao status de dignidade de grupos minoritários.

A metodologia utilizada irá se basear na pesquisa exploratória bibliográfica sobre os temas centrais já apresentados a respeito da dignidade como fundamento de direitos fundamentais, que deve ser protegida contra os efeitos do discurso de ódio. Buscaremos apoio na interdisciplinaridade ao envolver, além da Filosofia, a Ciência do Direito e a Ciência Política. Foram realizados levantamentos bibliográficos de livros, artigos, periódicos especializados, além de outras fontes disponíveis, na busca por uma revisão ampla a respeito do tema na literatura científica. A partir da bibliografia, adotou-se o método de raciocínio dedutivo para o estudo do problema, buscando alcançar uma conclusão a respeito de como o discurso de ódio interfere negativamente nos ideais democráticos.



## CAPÍTULO 1 - A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E A DIGNIDADE HUMANA

Inserir o fenômeno do discurso de ódio na matriz democrática constitucional demanda uma tarefa inicial de contextualização e argumentação sobre o que se compreende por democracia constitucional. Preliminarmente, o termo “democracia constitucional” assinala a referência ao procedimento instrumental da Constituição — como instrumento/documento<sup>6</sup> a partir da qual são definidos princípios norteadores, direitos e deveres fundamentais, e normas de organização no governo democrático. Trata-se da forma procedimental pela qual a Democracia Constitucional busca instituir normativamente suas questões mais fundamentais, sem, contudo, se ater a ela como o único indicador de interesses essenciais aos procedimentos de tomada de decisões sobre direitos daqueles que a ela se submetem<sup>7</sup>.

Para além da referência à Carta de Direitos, a Democracia Constitucional pode ser assim denominada ao intentar, em procedimentos que envolvam decisões sobre direitos fundamentais, a combinação da demanda do seu povo com a necessidade de respeito aos princípios fundamentais de uma democracia. Em outras palavras, diz respeito às teorias de autoridade em decisões sobre direitos, ao intentar a cooperação entre o critério democrático participativo (deliberação e voto) com a proteção constitucional de princípios fundamentais à democracia (decisões judiciais de um tribunal supremo)<sup>8</sup>. A dignidade da pessoa humana é identificada nas proposições normativas como fundamento de direitos dos mais básicos, e a partir dessas

---

<sup>6</sup> Cf. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Ao atribuímos a Constituição a característica de instrumento, consideremos inicialmente a análise de Konrad Hesse em *A Força Normativa da Constituição*, no qual dispõe da importância do *instrumento* Constituição e rebate as críticas de Ferdinand Lassalle ao atribuir a esta a característica de “mera folha de papel” que instrumenta o poder. Isto é, Constituição como instrumento de organização não deve se prender ao caráter puramente normativo, devendo possuir força ativa, ao servir de orientação para a conduta de todos os envolvidos em uma sociedade democrática. Possui força normativa a constituição de direitos presente na consciência coletiva, que a enxerga não apenas como instrumento de poder, mas também como um instrumento mediador de comportamentos relativos aos cidadãos. Seus termos devem se adequar à realidade jurídico-política e às necessidades de determinada sociedade, buscando sempre adequar o ordenamento jurídico com as condições reais de determinada sociedade.

<sup>7</sup> Cf. RAWLS, John. *A ideia de razão pública revisitada*. In: *O Direito dos Povos*. Trad. Luís Carlos Borges e Ver. Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo. Martins Fontes, 2001, p.268-272. Nesse sentido, ao discutir sobre um ideal de razão pública em *A Ideia de Razão Pública Revisitada*, Rawls afirma que a Constituição de direitos inclui em seu teor elementos constitucionais essenciais, mas nem sempre questões de justiça básica. Os primeiros dizem respeito a quais direitos e liberdades políticas podem ser razoavelmente incluídos na Constituição de direitos, considerando esta última como aquela que deve ser interpretada por um tribunal supremo ou uma instituição semelhante. Já as questões de justiça básica são aquelas relacionadas à estrutura básica da sociedade, como questões de justiça econômica e social que nem sempre estão incluídas em uma Constituição de Direitos, mas que também são fundamentadas nos princípios de justiça adotados pela democracia.

<sup>8</sup> Cf. BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. *Democracia Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 11. Nessa linha de pensamento, o autor Raoni Bielschowsky na obra *Democracia Constitucional*, afirma que para alcançar os objetivos propostos pelos fundamentos dessa democracia, é essencial compreendermos que não se trata de uma cultura que se limite à concentração de arranjos organizatórios ou institucionais, sob pena de configurar uma “cultura jurídico-política superficial que negligencie as premissas valorativas da vontade popular” que, porventura, demandem a modificação de seus termos ou de sua interpretação.

invocações do termo, pretendemos compreendê-la como uma condição que possa ser violada por intermédio de discursos de ódio. Portanto, neste capítulo definiremos a democracia constitucional a partir de um ideal de sociedade bem-ordenada, identificando a dignidade da pessoa humana como fundamento essencial à instituição de direitos básicos, de modo que possamos compreender a proposta waldroniana de um status de dignidade que possa ser violado por aquilo que identificaremos no terceiro capítulo como discurso de ódio.

Para atingirmos esse objetivo, o primeiro capítulo encontra-se dividido em três partes. A primeira parte é dedicada à contextualização de uma sociedade democrática constitucional bem-ordenada, advinda da democracia liberal, como uma forma de governo que pressuponha a igual contribuição de seus membros. O trabalho de contextualização da democracia constitucional será fundamentado na sociedade bem-ordenada de John Rawls, em virtude de ser uma perspectiva considerada por Jeremy Waldron nas obras em que discute os danos causados à dignidade pelo discurso de ódio. Trata-se de um ideal que demanda condições reais de igualdade no exercício desses direitos, especialmente, ao direito de participação desenvolvido no segundo capítulo.

Diante disso, na segunda parte definiremos a sociedade democrática constitucional bem-ordenada considerando os aspectos adotados por Jeremy Waldron da sociedade bem-ordenada rawlsiana, ao discutir sobre os danos causados pelo discurso de ódio em uma sociedade que adota uma concepção pública de justiça como equidade, e como essa configuração funciona mediante a necessidade de considerar um status de dignidade que diz respeito a uma condição formal que pressupõe autoridade e respeito sobre direitos individuais. O ideal de razão pública desenvolvido por John Rawls será essencial a essa compreensão, porque fornece as diretrizes de razões que podem ser razoavelmente sustentadas em procedimentos públicos e coletivos que envolvam aperfeiçoamento de direitos. Veremos como Waldron aplica a sociedade bem-ordenada rawlsiana para fundamentar a defesa de um status de dignidade que possa ser prejudicado por discursos de ódio. Indicaremos algumas das divergências entre Rawls e Waldron a respeito dos desacordos na esfera política, mas que ao final, convergem no sentido de considerar os argumentos que possam ser mobilizados pelos cidadãos em discussões públicas sobre direitos. O limite será definido pelos desacordos razoáveis, sendo o discurso de ódio um desacordo não razoável, e, portanto, algo que não possa ser utilizado na ideia de razão pública em procedimentos de participação.

A terceira parte do capítulo será dedicada à compreensão da dignidade humana, que partirá da compreensão da dignidade humana como um importante fundamento de direitos mais básicos, diante da invocação do termo em constituições de direitos e tratados e convenções

internacionais de direitos humanos e seguirá em direção para a constituição de um status de dignidade como condição formal do indivíduo que diz respeito ao reconhecimento de sua autoridade sobre seus direitos e da necessidade de respeito a uma condição subjacente de dignidade que demanda o respeito mútuo em um procedimento de participação

A partir dessa compreensão, iremos nos aprofundar na perspectiva de Jeremy Waldron acerca da instituição de um status de dignidade, essencial para defendermos a remoção do discurso de ódio das proteções conferidas à liberdade de expressão em virtude dos danos causados a essa condição.

### 1.1. UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DE UMA DEMOCRACIA LIBERAL

Pensar em democracia nos induz a invocar o sentido etimológico da palavra como sendo o poder que emana do povo. Esse sentido, embora fundamental, da democracia, necessita ser desenvolvido e ampliado para que a ideia de poder exercido pelo povo seja mais bem compreendida. Aqui tomaremos de empréstimo a caracterização que Tom Christiano, no verbete *Democracy* da *Enciclopédia de Filosofia de Stanford*, apresenta sobre o poder exercido pelo povo, do qual destacamos:

Quatro aspectos dessa definição devem ser observados. Em primeiro lugar, a democracia diz respeito à tomada de decisão coletiva, a qual eu compreendo como decisões feitas por grupos e que se vinculam a todos os membros do grupo. Em segundo lugar, essa definição pretende abranger diferentes tipos de grupos que podem ser chamados de democráticos. Assim, pode ser possível que exista democracia nas famílias, em organizações voluntárias, empresas, bem como em estados e organizações transnacionais e globais. Em terceiro lugar, a definição não pretende atribuir qualquer peso normativo a ela. É perfeitamente compatível com essa definição de democracia o fato de não ser desejável democracia em qualquer contexto particular. Portanto, a definição de democracia não estabelece nenhuma questão normativa. Quarto, a igualdade exigida pela definição de democracia pode ser mais ou menos profunda. Pode ser a mera igualdade formal de “cada pessoa, um voto” na eleição para representantes do congresso, na qual existe competição entre os candidatos para o cargo. Ou pode ser mais robusto, incluindo a igualdade nos processos de deliberação e construção de coalizões. A ‘democracia’ pode se referir a qualquer desses arranjos políticos (CHRISTIANO, 2018)<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Cf. CHRISTIANO, Tom. 2018, *online*. “Four aspects of this definition should be noted. First, democracy concerns collective decision making, by which I mean decisions that are made for groups and that are binding on all the members of the group. Second, this definition means to cover a lot of different kinds of groups that may be called democratic. So, there can be democracy in families, voluntary organizations, economic firms, as well as states and transnational and global organizations. Third, the definition is not intended to carry any normative weight to it. It is quite compatible with this definition of democracy that it is not desirable to have democracy in some particular context. So, the definition of democracy does not settle any normative questions. Fourth, the equality required by the definition of democracy may be more or less deep. It may be the mere formal equality of one-person one-vote in an election for representatives to an assembly where there is competition among candidates for the position. Or it may be more robust, including equality in the processes of deliberation and

Desta definição de Christiano, nos interessa em especial o quarto aspecto da definição de democracia, isto é, o aspecto da igualdade que diz respeito a uma igualdade pressuposta nos procedimentos em que o cidadão comum participa das tomadas de decisão em direitos. Defenderemos, junto com Waldron, que a democracia é uma espécie de arranjo político qualificado por um método de tomada de decisões que impactam os direitos dos indivíduos, que se fundamenta na necessidade de equidade inerente aos participantes de um estágio elementar dessas tomadas de decisões, buscando conferir ao indivíduo uma capacidade efetiva para lidar com os próprios direitos<sup>10</sup>.

A ideia de democracia, como o regime político que atribui aos indivíduos a capacidade e as responsabilidades inerentes à manutenção dos próprios direitos, não é exclusiva da contemporaneidade<sup>11</sup>. Entretanto, a noção de equidade de todos os participantes não acompanha a compreensão antiga do modelo democrático Ateniense. A forma como a consideramos neste trabalho (democracia liberal) surge com o Iluminismo, em virtude do descontentamento perante à submissão das pessoas às vontades de um regime absolutista, ou às leis de um poder divino, contra os quais não se poderia argumentar<sup>12</sup>.

O indivíduo que antes fora submetido às doutrinas controladas, por exemplo pela Igreja, viu no Iluminismo uma alternativa à sua predestinação imposta pelos ideais religiosos. A impossibilidade de ascensão social dada por uma sociedade de ordens, acrescidas das desigualdades dela resultante, provocaram nos filósofos a partir do século XVIII algumas

---

*coalition building*. “Democracy” may refer to any of these political arrangements.” Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/democracy/>>.

<sup>10</sup> Devemos destacar que a teoria de Waldron sobre direitos em uma democracia é uma teoria de caráter procedimental, na qual ele adota uma ideia de sociedade bem-ordenada rawlsiana, sem endossar, entretanto, outros aspectos da teoria de justiça de Rawls que pressuponha um aspecto substancial na proteção de direitos, fundamentado em seus princípios de justiça. Na discussão apresentada nesta dissertação, Waldron adota a sociedade bem-ordenada rawlsiana para indicar que mesmo numa sociedade em que todos aceitam e sabem que os demais aceitam os mesmos princípios de justiça, leis para proteger um status de dignidade dos cidadãos, necessário para um procedimento de participação igualitário, não devem ser ignoradas em virtude do dano que os discurso de ódio possam causar ao mesmo procedimento.

<sup>11</sup> Como é sabido, a ideia de democracia surgiu na Grécia Antiga em meados dos séculos V a IV a.C, porém, apesar da etimologia da palavra *demos* pressupor o poder dos cidadãos para decidir sobre questões que lhe sejam fundamentais, tal poder era circunscrito apenas a uma parcela da população composta por homens considerados livres e proprietários de terras, não existindo a noção de igualdade de condições atribuída a todos na participação.

<sup>12</sup> Cf. CASSIRER, Ernst. *A filosofia do iluminismo*. Trad. Álvaro Cabral. Campinas: Ed. da Unicamp, 1994, p. 225. “A religião não deve ser mais algo a que se está submetido; ela deve brotar da própria ação e receber da ação suas determinações essenciais. O homem não deve ser mais dominado pela religião como por uma força estranha; deve assumi-la e criá-la ele próprio na sua liberdade interior.” Não pretendemos nos aprofundar na contextualização histórica dos estados modernos e no debate sobre o processo de secularização relacionado à formação dos estados democráticos modernos. Trata-se de um debate interessante para discutir os elementos da democracia, que deve ser feito em continuidade aos estudos apresentados neste trabalho, mas, por ora, apenas consideramos um processo que consiste na diminuição do domínio do poder religioso sobre a esfera pública, especialmente instituições públicas, para introduzirmos a democracia liberal analisada neste capítulo.

discussões que buscavam se esquivar da orientação do divino para os pilares da humanidade. A pretensão de libertar-se do poder de um soberano e da cristandade impulsionou a sociedade a buscar o conhecimento das necessidades do cidadão. Nesse sentido, o constitucionalista Daniel Sarmiento, em sua obra *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*, afirma que essa ideia de universalização de um direito à igualdade da democracia liberal surgiu em resposta às alterações culturais que envolviam o questionamento e a destituição de hierarquias pré-modernas e modelos estamentais de organização social<sup>13</sup>.

Portanto, ao falarmos em democracia constitucional, partimos de uma concepção liberal de democracia, embora demande medidas de cunho intervencionista rejeitados por muitos adeptos das democracias liberais<sup>14</sup>. Essa afirmação segue o pensamento de Waldron em *Os Fundamentos Teóricos do Liberalismo*, que salienta serem os “liberais”, indivíduos que se comprometem com uma concepção que envolve liberdade e respeito por suas agências e capacidades individuais, exigindo que a ordem social possua aspectos que sejam, ou que possam ser, aceitáveis por todos. A democracia constitucional é fruto dessa ideia de atribuir ao indivíduo autonomia e titularidade de direitos, oponíveis ao poder excessivo do Estado em suas liberdades fundamentais, mas não se resume a ela, pois, como pontuado acima, as transformações que ocorrem nas relações sociais podem modificar a consciência dos indivíduos, bem como, a estrutura, o conteúdo e as formas pelas quais são garantidos os direitos considerados fundamentais<sup>15</sup>.

Mencionamos haver uma comunicabilidade entre o pensamento de Waldron acerca da dignidade humana, discurso de ódio, e a ideia de Rawls de uma sociedade bem-ordenada. A forma como a sociedade democrática constitucional deve lidar com o discurso de ódio, para Waldron tem como pressuposto a ideia de uma sociedade bem-ordenada. Tal comunicabilidade entre as teorias se dá quando Waldron, nas discussões sobre o discurso de ódio, adota a

---

<sup>13</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 36.

<sup>14</sup> Cf. WALDRON, Jeremy. *Dignity and defamation: the visibility of hate*. In: Harvard Law Review, 2009b. Democracia Liberal é a terminologia utilizada por Jeremy Waldron no teor do artigo *Dignity and Defamation* ao questionar a ação de outros Estados, outras democracias liberais, nas questões relativas à aceitação ou não do discurso de ódio como parte fundamental do direito à expressão. Acreditamos que a atribuição de ambos os termos (democracia liberal e democracia constitucional) se dá ao fato de que a ideia de democracia constitucional utiliza os ideais liberais defendidos com o advento do Iluminismo, os quais se baseiam na necessidade de instituição de direitos básicos individuais visando garantir a atuação do Estado, e impedir o abuso da coerção estatal. Entretanto, consideramos que uma democracia constitucional não se realiza apenas com a instituição da norma que garanta proteção aos indivíduos contra uma má atuação do Estado. É preciso que o Estado também disponha sobre as condições mínimas de dignidade humana, ilustradas nos princípios rawlsianos da liberdade e da igualdade de oportunidades.

<sup>15</sup> Cf. WALDRON, Jeremy. *Os fundamentos Teóricos do Liberalismo*. Trad. Lucas Petroni. Leviathan. Cadernos de Pesquisa Política, nº5, 2012b p. 104-109.

concepção de sociedade bem-ordenada rawlsiana para argumentar porquê uma sociedade democrática constitucional não deve tolerar discursos de ódio difamatórios. Isso pode ser conferido, por exemplo, quando ao discutir a “aparência do ódio” na obra *The Harm in Hate Speech* (2012a) e *Dignity and Defamation* (2009b) o autor adota a concepção de uma “sociedade cuja estrutura básica foi regulamentada (e conhecida por ser regulamentada) por certos princípios de justiça e habitado por pessoas que levaram a sério a ideia de justiça” (WALDRON, 2012c, p. 66)<sup>16</sup>.

Embora não se preocupe em discutir “detalhes técnicos da teoria rawlsiana”, Waldron utiliza uma das ideias fundamentais da justiça como equidade – a ideia de sociedade bem-ordenada - para dar uma luz ao problema que envolve o que deve ser feito com o discurso de ódio, quando este toma a forma de difamação de grupos. Nesse sentido, o autor afirma que uma sociedade não pode ser bem-ordenada “se as pessoas defendem ódio racial ou religioso, haja vista a ideia de uma sociedade bem-ordenada ser aquela amplamente e efetivamente governada por uma concepção de justiça” (WALDRON, 2012c, *Idem*)<sup>17</sup>.

Uma sociedade que permita a prevalência de ódio, do rancor e de sentimentos de exclusão, suficientes para sustentar discursos de ódio, não pode ser considerada uma sociedade bem-ordenada no sentido rawlsiano. Isso ocorre porque são considerados na análise, tanto o ódio expresso pelo conteúdo do discurso quanto o ódio que é projetado para ser incitado entre as pessoas, como elementos incompatíveis com as atitudes do cidadão que definem uma sociedade bem-ordenada<sup>18</sup>. Portanto, o indivíduo como um cidadão, ao exercer suas liberdades fundamentais, deve se comprometer com uma concepção de justiça fundamentada em princípios que não permita a discriminação de cidadãos sob uma mesma condição, que Waldron denomina ser o status de dignidade<sup>19</sup>.

Ao falarmos de “liberdades fundamentais”, utilizamos como referencial teórico para sua definição o pensamento de John Rawls em *Uma Teoria de Justiça* (2008) que propõe justificação de princípios de justiça, sendo o primeiro princípio aquele relativo a tais liberdades. As liberdades fundamentais assumem o caráter de instituições básicas, de bens primários distribuíveis<sup>20</sup>, portanto, de direitos fundamentais ao cidadão. Embora direitos fundamentais

<sup>16</sup> “[...] Society whose basic structure was regulated (and known to be regulated) by certain principles of justice and inhabited by people who took the idea of justice seriously.”

<sup>17</sup> “A Society cannot be well-ordered if people are advocating racial or religious hatred. The idea of a well-ordered Society is the idea of a Society being fully and effectively governed by a conception of justice”

<sup>18</sup> Cf. WALDRON, 2012c, p. 78

<sup>19</sup> *Ibid.* p. 47-48

<sup>20</sup> Cf. RAWLS, John. *Uma teoria de Justiça*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 363. Trata-se de um conceito utilizado por John Rawls, no qual ele chama de bens primários, bens públicos de instituição indispensável para o desenvolvimento das faculdades morais do indivíduo. São eles: a) as liberdades fundamentais: condições

sejam liberdades fundamentais, o contrário não é verdadeiro, pois tais liberdades podem ser negativas ou positivas, não sendo, necessariamente um direito de agir de determinada forma, podendo também incluir deveres e responsabilidades em seu exercício. As liberdades fundamentais, desta forma, são condições básicas atribuídas de acordo com as demandas e necessidades dos indivíduos, e a sua instituição intenta o desenvolvimento de suas faculdades morais e permitem um procedimento de cooperação da forma mais harmoniosa possível diante de desacordos. A instituição dessas liberdades em constituições de direitos necessita de um referencial histórico que analise e identifique liberdades que são e que foram abarcadas em determinado sistema normativo, identificando aquelas essenciais ao desenvolvimento de uma sociedade bem-ordenada<sup>21</sup>.

A estrutura básica de uma democracia constitucional, nesse sentido, se apropria da ideia de uma sociedade bem-ordenada, em consonância com o pensamento de John Rawls em *O Liberalismo Político* (2000), o qual institui três ideias fundamentais intimamente relacionadas e interdependentes para compreender uma sociedade como bem-ordenada, das quais extraímos a importância da publicidade, pois uma sociedade bem-ordenada além de ser planejada para promover o bem de seus membros, ela também é efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça, na qual todos aceitam e sabem que os demais aceitam os mesmos princípios de justiça, e as instituições sociais fundamentais atendem e sabem que se atendem a esses mesmos princípios. Desta forma, a sociedade bem-ordenada de Rawls possui três elementos: O primeiro, implícito na ideia de uma concepção de justiça reconhecida e adotada publicamente, diz respeito ao fato de ser essa sociedade bem-ordenada aquela em que cada indivíduo aceita, e sabe que os demais também aceitam os mesmos princípios de justiça. O segundo elemento, implícito na ideia de regulação efetiva, diz respeito ao fato de que todos os membros dessa sociedade reconhecem, ou possuem bons motivos para acreditarem, que a estrutura básica dessa sociedade (isto é, suas principais instituições políticas, sociais, e a forma como se encaixam em

---

institucionais indispensáveis para o desenvolvimento e o pleno exercício das duas capacidades morais, reconhecidos por todos, e necessárias para que haja proteção de diversas concepções específicas do bem, desde que compatíveis com o valor da dignidade humana; b) as liberdades de movimento e de livre escolha de ocupação em um contexto que abrange oportunidades diversas: permitem a perseguição de fins últimos e a possibilidade de questionar, e demandar a revisão de seus elementos – caso seja necessário – em condições de igualdade com aqueles que possuem recursos abastados e pertençam a uma elite política que privilegia suas próprias vozes; c) poderes e prerrogativas relativos a determinados cargos e posições de responsabilidade: permitem o desenvolvimento das capacidades sociais do indivíduo e o exercício de autonomia, de modo que todos possam ter as mesmas oportunidades para atingir certos fins; d) meios polivalentes de obtenção de renda e riqueza: oportunidade igualitária para obtenção do próprio sustento e para o alcance de diversos fins; e) conhecimento e aceitação de bases sociais do autorrespeito: traduzidos em aspectos elementares às instituições essenciais, de modo que possibilitem que o indivíduo cidadão tenha vigoroso sentimento de seu próprio valor, de modo que desenvolva a própria vida com autoconfiança.

<sup>21</sup> Cf. RAWLS, 2008, p. 362-417.

um sistema único de cooperação) funciona em concordância com princípios de justiça. O terceiro elemento diz respeito ao fato de os cidadãos de uma sociedade bem-ordenada possuírem um senso efetivo de justiça, agindo, em geral, de acordo com as instituições básicas da sociedade que eles consideram justas. Numa sociedade bem-ordenada, portanto, uma concepção pública e reconhecida de justiça orienta um curso de ação comum, a partir do qual as reivindicações dos cidadãos poderão ser julgadas<sup>22</sup>.

Em uma sociedade bem-ordenada, nesse sentido, é necessário que os cidadãos que dela façam parte reconheçam que o peso atribuído às suas reivindicações não será determinado pela intensidade psicológica de suas aspirações e seus desejos contrapostos às suas necessidades como cidadão, ainda que possam ser esses desejos e aspirações considerados racionais em seus pontos de vista. Nessa ideia de sociedade bem-ordenada o racional é limitado pelo razoável, em um procedimento que se inicia com uma ideia básica de uma sociedade como um sistema equitativo de cooperação, e quando essa ideia se desenvolve para compor uma concepção de justiça política pública, significa que nós não devemos apenas considerar os cidadãos como meros agentes da cooperação social, mas também como agentes capazes de assumir suas responsabilidades na busca por seus objetivos. Isso significa que os cidadãos dessa sociedade serão considerados capazes de ajustar os seus objetivos para que sejam realizados de acordo com os meios que razoavelmente esperam obter com aquilo que podem razoavelmente esperar contribuir, pois, a ideia de responsabilidade pelos seus objetivos está implícita na cultura política e pública de uma sociedade. Os cidadãos de uma sociedade bem-ordenada são considerados livre e iguais porque possuem, no grau necessário, duas faculdades morais: capacidade de senso de justiça, e capacidade de ter uma concepção do bem. Essas faculdades morais estão relacionadas aos elementos principais da ideia de cooperação que são os termos equitativos de cooperação e a ideia do benefício racional para cada participante. O objetivo de uma concepção de justiça como equidade é resolver as controvérsias entre liberdade e igualdade nas instituições básicas, partindo da ideia da sociedade como um sistema equitativo de cooperação, no qual os termos serão estabelecidos por um acordo entre os cidadãos<sup>23</sup>.

Para o autor, são duas as faculdades morais dos indivíduos: capacidade de desenvolver concepções de bem, e a capacidade de ter um senso de justiça. A primeira consiste em formar, revisar, apresentar e tentar defender racionalmente concepções que o indivíduo considera essenciais para a própria vida e para o alcance de seus fins últimos. É a capacidade do indivíduo de escolher os valores, as concepções, as doutrinas que considera essencial para o

---

<sup>22</sup> Cf. RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 78-79.

<sup>23</sup> *Ibid*, p. 76-78



desenvolvimento de sua vida e poder argumentar em favor de suas escolhas e considerações. Entretanto, essas concepções podem se encontrar firmemente enraizadas na consciência do indivíduo, tornando-se inegociáveis, o que demanda da sociedade o desenvolvimento de um senso compartilhado de justiça que sirva como base de suas ações em procedimentos de participação, diante da pluralidade de interesses individuais conflitantes.

Nesse sentido, é a capacidade de possuir um senso de justiça, que funciona em consonância com os termos equitativos de cooperação. Ela consiste na capacidade de entender, aplicar, e ser motivado a agir, não apenas em conformidade com, mas a partir princípios de justiça, não devendo, entretanto, ser fundamentada em concepções de bem individuais que não conseguem ser aceitas e reconhecidas por todos, principalmente quando são baseadas em preceitos discriminatórios contrários aos princípios de justiça. Trata-se de um pressuposto formal pelo qual, diante das alternativas de ação disponíveis, as pessoas terão condições de desenvolver um senso de justiça correspondente até o grau em que as deliberações das partes se mostrem praticáveis. O desenvolvimento e o reconhecimento de um senso público compartilhado de justiça, fundamentado nos princípios da liberdade e da igualdade de condições, permite que as pessoas exerçam sua participação mediante confiança nos demais cidadãos, como membros de um procedimento cooperativo, que escolherão entre alternativas de ações razoáveis dentro de parâmetros que possam ser aceitos e reconhecidos por todos<sup>24</sup>.

A mera instituição normativa de liberdades fundamentais, embora necessária é insuficiente para garantir seu alcance em igualdade de condições. Como apontado por Daniel Sarmiento, isso ocorre em democracias liberais que priorizam a não intervenção do Estado em liberdades que configurem direitos individuais<sup>25</sup>. É necessário que as liberdades individuais sejam não apenas instituídas, como possuam meios de serem garantidas, protegendo os mais vulneráveis do abuso de direitos cometidos pelos demais. A democracia constitucional

---

<sup>24</sup> *Ibid*, p. 356-372.

<sup>25</sup> Cf. SARMENTO, *op. cit.*, p. 37-48. Nesse sentido, consideramos o que afirma Daniel Sarmiento sobre concepções liberais de democracias advindas do ideal liberal burguês que priorizam o caráter absentista do Estado. A igualdade endossada em textos constitucionais e códigos nem sempre traduziram um caráter emancipatório dos indivíduos. A sociedades permaneceram marcadas por assimetrias injustificadas como as que vitimaram negros, índios, povos coloniais, mulheres e pobres. “Não há, por exemplo, maior ofensa à igual dignidade do que a escravidão de pessoas, e esta foi a realidade em muitos países, cujos ordenamentos, paradoxalmente, proclamavam princípios do constitucionalismo liberal. Na verdade, durante a maior parte do tempo, os direitos humanos foram, no mundo real, pouco mais do que os direitos do homem branco e burguês. Isso se deveu tanto ao conteúdo dos direitos reconhecidos, em geral convergente com os interesses particulares dos grupos hegemônicos – *e.g.*, ênfase na proteção da propriedade e das liberdades econômicas, em sintonia com as reivindicações da burguesia –, como à falta de garantia do seu efetivo gozo pelas camadas desprivilegiadas da população.” A noção incompleta de igualdade de oportunidades resultou na exploração de grupos vulneráveis e na insuficiência de garantias de seus direitos, demonstrando serem configurações “paradoxalmente mascaradas pela própria retórica da igualdade”.

demanda que o indivíduo seja considerado, não apenas como sujeito autônomo titular de direitos individuais, mas como cidadão responsável, inserido em relações sociais complexas, que demandam garantias para que sejam atribuídas a todos as mesmas condições no exercício de seus direitos.

Desta forma, a discussão envolve considerar as liberdades fundamentais, principalmente a liberdade de expressão, como direitos que demandam prestações do Estado quando diante de controvérsias interpretativas sobre aplicabilidade e exercício desses direitos. O Estado deve implementar condições de fato para um exercício efetivo e igualitário da liberdade de expressão, e para isso, pode ser necessário estabelecer limites a determinada liberdade, quando configurado abuso, visando garantir seu exercício em consonância com uma concepção pública de justiça<sup>26</sup>.

Ao reconhecermos a fragilidade do caráter absentéista do Estado em uma concepção liberal de democracia, adotamos a concepção de sociedade bem-ordenada que pressupõe um papel regulador do Estado para impedir a contaminação do senso público de justiça por concepções particulares de cunho discriminatório, contrárias à ideia de igualdade de condições atribuída a todos. Desta forma, a sociedade bem-ordenada é aquela em que todos aceitam e reconhecem que os demais aceitam a mesma concepção política de justiça (os mesmos princípios de justiça), como resultado de um acordo coletivo. A regulação efetiva dessa sociedade é fundamentada por uma concepção pública e política de justiça, reconhecida pela sociedade e demonstrada em suas estruturas básicas (instituições, sociedade civil e a sua interação em um sistema de cooperação), de modo que seja construído na consciência dos cidadãos um senso efetivo de justiça que lhes permita entender e aplicar os princípios de justiça, agindo de acordo com seus status de titulares de direitos, que também incluem deveres, obrigações e responsabilidades. Os indivíduos reivindicam seus interesses perante uma justiça política de acordo com essa concepção pública de justiça, seja em relação às instituições públicas ou aos demais cidadãos<sup>27</sup>.

Portanto, neste trabalho consideramos a democracia constitucional, advinda do ideal liberal, como paradigma para a ejeção do discurso de ódio das proteções conferidas à liberdade de expressão. A configuração dessa sociedade é formulada a partir do ideal de sociedade bem-

---

<sup>26</sup> Cf. SILVA, 2009, p. 78-79. Esse entendimento pode ser percebido no pensamento do constitucionalista Virgílio Afonso da Silva em *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, no qual não só os direitos sociais pressupõem ações estatais, como também as “liberdades públicas e os direitos políticos exigem prestação estatal”. A prestação positiva do Estado nessas circunstâncias consiste em administrar as instituições criando procedimentos necessários para o seu exercício em igualdade de condições, e a não aceitação do discurso de ódio como algo submetido às proteções constitucionais à liberdade de expressão é uma forma de prestação Estatal que visa garantir o exercício legítimo dessa liberdade.

<sup>27</sup> Cf. *Supra* nota 4

ordenada de Rawls, como aquela que garante o desenvolvimento das faculdades morais dos indivíduos, respeita suas particularidades, e os reconhece como sujeitos autônomos e responsáveis pelos próprios direitos, mas também pressupõe que a sua participação deva estar circunscrita aos termos equitativos de cooperação, de modo que seja constituído na sociedade um senso público compartilhado de justiça que fundamente as ações individuais em princípios de justiça aceitos e reconhecidos por todos. Ao respeitá-los, os indivíduos demonstram agir com boa-fé no espaço público de discussão, em termos mutuamente respeitosos, fundamentados na igualdade de condições, e conscientes de que suas concepções individuais nem sempre serão adotadas em um procedimento de cooperação coletiva.

## **1.2 A SOCIEDADE DEMOCRÁTICA CONSTITUCIONAL BEM-ORDENADA**

A definição de uma sociedade democrática constitucional bem-ordenada envolve a discussão a respeito de um sistema de normas sociais dotado de princípios básicos, que regulam a elaboração de normas posteriores à promulgação de sua Constituição, estabelecendo normativamente proteções a determinadas liberdades reconhecidas socialmente, como a liberdade de expressão, e instituindo políticas públicas que garantam seu exercício em igualdade de condições<sup>28</sup>.

Retomando o pensamento de Rawls, as sociedades democráticas contemporâneas pressupõem a diversidade de formas de vida como uma condição normal de sua estrutura, e o reconhecimento dessas pluralidades de acordo com os princípios de justiça adotados<sup>29</sup>. O fato do pluralismo identificado por Rawls nos permite reconhecer que a democracia é formada não apenas por consensos, mas principalmente pelos dissensos oriundos da pluralidade de opiniões, concepções e doutrinas abrangentes acerca do próprio bem estar<sup>30</sup>. Elas devem ser reconhecidas e suas razões ponderadas, de modo que não incorporem ao ideal de razão pública (que fundamenta o senso compartilhado de justiça) aquelas concepções e doutrinas que discriminam minorias, e grupos cuja vulnerabilidade seja percebida pela incidência de desigualdades no alcance de condições básicas.

---

<sup>28</sup> Cf. TOURAINE, 1996, p. 11. Nesse processo, forma-se, o que Alain Touraine, em *O que é Democracia*, define como um “conjunto das garantias institucionais que permitem combinar a unidade da razão instrumental com a diversidade das memórias”.

<sup>29</sup> Cf. RAWLS, 2000, p.358.

<sup>30</sup> Cf. RAWLS, 2001, p. 522. Por doutrinas o autor compreende as visões abrangentes de todos os tipos; por concepções ele compreende as concepções políticas e suas partes componentes como a concepção da pessoa como um cidadão.

Há um ponto problemático na ideia de sociedade bem-ordenada que precisa ser esclarecido: uma concepção pública de justiça, na medida em que necessita ser reconhecidamente adotada pelos membros de uma sociedade bem-ordenada, pode não conseguir conquistar esse reconhecimento e adoção voluntários de cidadãos razoáveis que adotam doutrinas abrangentes razoáveis, não atingindo, portanto, a ideia de consenso razoável indispensável à uma concepção política e pública de justiça. Diante disso, torna-se controversa a ideia de estabelecer um consenso diante da pluralidade de doutrinas e concepções, muitas vezes conflitantes e irreconciliáveis, sendo necessário considerar as razões dessas concepções e doutrinas que possam razoavelmente ser oferecidas uns aos outros, quando se trata de questões públicas fundamentais. Como resposta a esse problema, o desenvolvimento da segunda faculdade moral do indivíduo, isto é, de um senso público compartilhado de justiça é fundamentado pela ideia de razão pública. Primeiro precisamos compreender a ideia de razão em Rawls, que é caracterizada por quatro fatos gerais a seguir.

Em primeiro lugar, é o fato de que a existência da diversidade de doutrinas abrangentes, sejam elas filosóficas, religiosas ou morais, é um traço característico e permanente da cultura democrática, podendo elas serem conflitantes e irreconciliáveis, ainda que sejam razoáveis. É necessário, portanto, distinguir entre um pluralismo razoável e o pluralismo propriamente dito. O liberalismo político deve lidar com as diversas visões que se desenvolvem numa sociedade livre, pois elas são, em parte “produto da razão prática livre, no contexto de instituições livres” (RAWLS, 2000, p. 80). Em segundo lugar, o fato de que um entendimento compartilhado e contínuo que tenha como objeto uma única doutrina abrangente religiosa, filosófica ou moral, só pode ser mantido pelo uso opressivo do poder estatal. O liberalismo político não sugere que todas as doutrinas abrangentes razoáveis sejam igualmente razoáveis para outros propósitos que não sejam aqueles do próprio liberalismo político, pois é evidente que os cidadãos adotem concepções diferentes sobre outras questões que não sejam o propósito de conciliar tais concepções em busca de uma concepção pública de justiça. Em terceiro lugar, é o fato de que um regime democrático duradouro e seguro necessita ser voluntariamente e livremente apoiado por pelo menos uma maioria substancial de seus cidadãos politicamente ativos, pois, para que uma concepção pública de justiça sirva de base para justificação de decisões em um regime constitucional, ela deve ser uma concepção que consiga ser endossada por doutrinas abrangentes razoáveis diversas e até mesmo opostas. Em quarto lugar, é o fato de que, uma cultura pública de uma sociedade democrática, que tenha funcionado razoavelmente bem durante um período considerável de tempo, normalmente contém, pelo menos implicitamente,

determinadas ideias intuitivas fundamentais, a partir das quais é possível elaborar uma concepção pública de justiça geral, adequada à uma democracia constitucional<sup>31</sup>.

Desta forma, recorreremos ao ideal de razão pública de John Rawls em *A Ideia de uma Razão Pública Revisitada* (2001), como algo essencial à cooperação equitativa pressuposta em uma sociedade bem-ordenada, na busca por um consenso que sirva de orientação para a ação dos indivíduos em procedimentos de participação. A ideia de razão pública determina que as doutrinas e concepções individuais sustentadas pelos cidadãos sejam substituídas por uma concepção politicamente razoável à condição de cidadão livre e igual, que será determinada pelos princípios de justiça e pelas ações que eles permitem. Uma concepção se torna razoável quando aceita os princípios do regime democrático constitucional e reconhece como legítimas as normas que deles derivam.

São públicas as razões dos cidadãos livres e iguais que tenham como objeto bens públicos relacionados às questões fundamentais de justiça política, como os elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica. A razão pública é expressa na argumentação pública, no discurso dos indivíduos em procedimentos deliberativos, a partir de “uma família de concepções razoáveis de justiça política que se supõe que satisfaçam o critério de reciprocidade” (RAWLS, 2001, p. 525). O critério de reciprocidade consiste na disposição das pessoas que se consideram reciprocamente livres e iguais, em oferecer uns aos outros termos equitativos de cooperação, concordando em agir com base nesses termos, ainda que isso envolva o sacrifício de interesses pessoais em determinadas situações. A estrutura da razão pública é definida por cinco aspectos, os quais citamos:

(1) as questões políticas fundamentais às quais se aplica; (2) as pessoas a quem se aplica (autoridades públicas e candidatos a cargos públicos); (3) seu conteúdo tal como especificado por uma família de concepções políticas razoáveis de justiça; (4) a aplicação dessas concepções em discussões de normas coercitivas que devem ser aprovadas na forma de Direito legítimo para um povo democrático; (5) a verificação pelos cidadãos de que os princípios derivados de tais concepções de justiça satisfazem o critério de reciprocidade (RAWLS, 2001, p. 524)

A razão pública de Rawls é formulada a partir de um conjunto de concepções políticas de justiça razoáveis, cuja aplicação incide nas discussões sobre questões políticas fundamentais que possam ser traduzidas em norma legítima. A razão pública se aplica às autoridades públicas, como no discurso de juízes em suas decisões, no discurso de autoridades públicas e candidatos a cargos públicos (sobretudo chefes do Poder Executivo, membros do Poder Legislativo, e

---

<sup>31</sup> Cf. RAWLS, 2000, p. 79-82.

chefes de campanha eleitoral), tornando-se exigências de justificação pública aplicáveis a todos, e cabem aos cidadãos verificar se a concepção de justiça adotada por esses agentes públicos satisfaz o critério da reciprocidade. Desta forma, em situações que exijam uma tomada de decisão a respeito de elementos constitucionais essenciais ou questões de justiça básica, as autoridades públicas devem agir de acordo com a ideia de razão pública, que deve ser sustentada pelos indivíduos, conferindo legitimidade para a decisão.

Em relação aos cidadãos comuns (aqueles que não são autoridades públicas nem candidatos aos cargos públicos), a ideia de razão pública os enxerga como agentes responsáveis pela manutenção do senso público de justiça, de modo que eles mesmos pensem como se legisladores fossem e questionem se as leis e as razões que as sustentem satisfazem o critério da reciprocidade. Trata-se de um critério que exige que os termos de um procedimento de cooperação sejam minimamente razoáveis, podendo, assim, ser aceitos pelas pessoas que reciprocamente se consideram livres e iguais. Uma cultura de respeito às razões públicas fortemente difundida na consciência da sociedade permite que seja atribuída ao indivíduo a capacidade de reconhecer quando os termos equitativos de cooperação estão sendo violados, pois se submetem ao cumprimento de exigências de um regime democrático constitucional a partir das ações permitidas pelos princípios de justiça.

Desta forma, a razão pública é o que fundamenta as decisões sobre direitos fundamentais, especificando os valores políticos adotados para a decisão e demonstrando a forma como as relações políticas são compreendidas. Os indivíduos que acreditam que questões fundamentais devam ser decididas de acordo com as razões de uma doutrina particular que considera correta para sua vida, e não por razões que possam ser compartilhadas e aceitas por todos na condição de cidadãos livres e iguais, são aqueles que rejeitam a ideia de razão pública, e para o liberalismo político essa insistência é incompatível com a cidadania democrática. Se sustentamos que a liberdade de expressão de alguns cidadãos deva ser restringida em determinadas situações, como no discurso de ódio, devemos fornecer a eles razões para que ele não apenas compreenda, mas também reconheça a restrição como algo fundamentado na razão pública.

Em Rawls, portanto, a democracia constitucional pode ser compreendida como democracia deliberativa, em virtude de promover o debate público fundamentado em razões públicas que possam ser aceitas e sustentadas por todas as pessoas como cidadãos livres e iguais. Ao deliberar, eles compartilham seus pontos de vista e debatem as razões que os sustentam em questões políticas e públicas. Eles reconhecem que suas opiniões políticas podem ser revistas em discussões com outros cidadãos, e também que não se tratam de produtos rígidos

de seus interesses privados ou não políticos. A razão pública caracteriza a argumentação do cidadão como aquela que respeita os elementos constitucionais essenciais e as questões de justiça básica<sup>32</sup>.

Assim, podemos dizer que a ideia de uma razão pública que limita as razões que os cidadãos podem oferecer para sustentar suas opiniões e posições políticas, bem como as razões compatíveis com a consideração pelos demais cidadãos, é um elemento constitutivo da democracia constitucional. A estrutura das instituições que a compõem deve especificar a moldura dos corpos legislativos e deliberativos, bem como, deve existir o conhecimento e desejo dos cidadãos em seguir a razão pública de modo a concretizar seu ideal na conduta política. Devemos reconhecer, entretanto, que sem uma educação ampla de todos os cidadãos sobre os aspectos essenciais do governo democrático, e sem que sejam capazes de se informar sobre os problemas prementes, nenhuma decisão política social e crucial fundamentada na ideia de razão pública poderá ser tomada.

Devemos esclarecer alguns pontos aos leitores que estejam familiarizados com a teoria de direitos desenvolvida por Waldron, e a teoria de justiça rawlsiana, que podem notar uma divergência ente os autores que impediria a comunicabilidade entre o pensamento destes, de modo que, ao adotar a ideia de sociedade bem-ordenada para discutir o discurso de ódio, faltaria à concepção de Waldron um elemento substancial pela defesa dos direitos fundamentais. A resposta para essa controvérsia pode ser dada a partir de algumas considerações: Rawls adota uma posição constitucionalista da proteção de direitos fundamentais, e isso pode ser observado a partir do seu modelo de razão pública como algo a ser adotado por Cortes Constitucionais Supremas em seu dever de proteger direitos fundamentais, especialmente de minorias, de serem prejudicados por normas injustas. Desta forma, determinadas questões fundamentais devem ser excluídas da agenda política de uma vez por todas, uma vez que já estarão aceitas e reconhecidas por um consenso as diretrizes para resolução de controvérsias sobre esses mesmos direitos, definidas pelos princípios de justiça adotados por uma concepção pública de justiça<sup>33</sup>. Já em Waldron, que é conhecido por suas contundentes críticas ao constitucionalismo contemporâneo, questões fundamentais são e devem ser objeto de discussão política, pois um modelo de regime político que pretenda ser democrático, conferindo autoridade e respeito aos cidadãos que podem

---

<sup>32</sup> Cf. RAWLS, 2001, p. 522-533.

<sup>33</sup> Cf. RAWLS, 2000, IV, §4 e §6.

contribuir para decisões em direitos, terá de lidar com o fato de que desacordos são característicos de um regime político democrático<sup>34</sup>.

A crítica de Waldron não é em relação a uma constituição de direitos que garanta os direitos fundamentais, especialmente de minorias, mas sim com o constitucionalismo, em especial com a ênfase dada ao aspecto restritivo da constituição<sup>35</sup>. Sua crítica é fundamentada na ideia de que a aceitação da revisão judicial para invalidar leis inconstitucionais ou antidemocráticas, se mostra algo não democrático ao depender de decisões contramajoritárias tomadas por elites que compõem tribunais constitucionais. Poderíamos, então, inferir de sua teoria que a proteção dos direitos de minorias poderia ser prejudicada por uma decisão tomada sob princípio majoritário legislativo, que retirasse a proteção especial que um regime constitucional deve garantir aos menos favorecidos, se for tomada de acordo com um procedimento igual e justo de participação. Em resposta, Waldron ao adotar a ideia de uma sociedade bem-ordenada rawlsiana para discutir os danos do discurso de ódio, ele reconhece que diante de uma concepção pública de justiça aceita e reconhecidamente aceita por todos, determinadas questões fundamentais não poderiam ser objeto de desacordos políticos. Ele propõe, portanto, interpretar a ideia de sociedade bem-ordenada de Rawls como aquela em que os cidadãos adotam uma concepção geral de justiça, mas podem discordar sobre detalhes de aplicação dos princípios de justiça que a fundamenta<sup>36</sup>.

Desta forma, para compatibilizar a ideia dos dois autores, diante de suas visões divergentes sobre os desacordos políticos em uma sociedade bem-ordenada, Waldron afirma existir um limite para aquilo que possa ser objeto da argumentação pública em procedimentos de participação, como a ideia de razão pública rawlsiana, consistindo esse limite nos desacordos razoáveis. Em *Liberal Rights*, de 1993, ele já chama atenção para o fato de que não existe possibilidade de a sociedade, sob fundamentos democráticos, permanecer neutra ou tolerante com modos de vida e concepções intolerantes, que busquem excluir minorias da comunidade política<sup>37</sup>. Nesse sentido, ao discutir sobre o discurso de ódio em uma sociedade bem-ordenada,

---

<sup>34</sup> Cf. WALDRON, 1999a, p. 158: “Nossa sociedade é uma em que a política é dedicada bem explicitamente a lidar com *desacordos* fundamentais sobre justiça. Por essa razão, ela não é uma sociedade bem-ordenada no sentido de Rawls.” Original: “*Ours is a society whose politics are dedicated quite explicitly to grappling with fundamental disagreements about justice. For this reason, it is not a well-ordered society in Rawls’s sense.*” Nesse sentido, “haverá ‘aplicação problemática’ dos princípios rawlsianos se não levarmos em conta seriamente a divisão entre sociedades de aquiescência estrita e sociedades de aquiescência parcial (ideais e não ideais). Ou seja, a passagem é um alerta sobre o risco de confundir a aplicabilidade dos princípios de justiça no âmbito ideal e no âmbito não ideal. Mas o alerta termina aí. Nada do que foi dito nos fornece evidência para pensar que Waldron dá um passo a mais e conclui que Rawls faz uma má idealização” (CARDOSO *et al*, 2019, p. 19).

<sup>35</sup> Cf. CONSANI, 2014, p. 145.

<sup>36</sup> Cf. WALDRON, 1999a, p. 153

<sup>37</sup> Cf. WALDRON, 1993, p. 106, 152-153.



ele passa a enxergar o discurso de ódio difamatório como um desacordo não razoável, e, portanto, algo que não possa ser utilizado como argumento público em discussões públicas de procedimentos de participação que buscam chegar em uma decisão sobre um curso de ação comum a ser adotado em divergências sobre direitos. Não há, desta forma, lacuna na teoria de Waldron que necessite de uma concepção substancial para levantar a bandeira da defesa dos direitos de grupos menos favorecidos, pois para o autor isso é parte da questão procedimental por ele defendida<sup>38</sup>.

Ademais, uma sociedade bem-ordenada estará diante, não apenas dos desacordos sobre detalhes de aplicação dos princípios de justiça, mas também diante da necessidade de se obter um consenso do que pode ser feito em debates públicos sobre direitos, e quais as razões podem ser levantadas em procedimentos de participação. Desta forma, assim como Rawls adota a ideia de razão pública para dirimir questões controversas sobre direitos fundamentais que necessitem de uma decisão que seja razoável, Waldron também adota uma ideia semelhante de razão pública, na qual haverá um limite para razões que podem ser levantadas em procedimentos públicos de participação, que são os desacordos razoáveis<sup>39</sup>. O discurso de ódio, para Waldron, é um desacordo não-razoável, e não deve ser aceito como parte de um direito tão importante como a liberdade de expressão. Embora os autores diverjam entre os motivos pelos quais concepções intolerantes não possam ser adotadas como razões para contribuir para o debate público, eles chegam a um consenso ao estabelecer que concepções abrangentes não razoáveis não devem ser incorporadas à razão pública que fundamenta as decisões sobre direitos.

Desta forma, em uma sociedade bem-ordenada, os cidadãos podem e devem buscar formular um consenso sobre termos gerais de uma concepção pública de justiça que determine o conteúdo dos julgamentos sobre instituições fundamentais, desde que, doutrinas abrangentes não razoáveis – como aquelas que utilizam o discurso de ódio difamatório como argumentação pública – não possuam aceitação e difusão suficientes para solapar a justiça essencial à sociedade. Seria utópico supor que todos os cidadãos adotarão as mesmas doutrinas abrangentes, entretanto, não é utópico supor que eles poderão adotar, no liberalismo político, apenas uma mesma concepção de justiça em termos gerais, podendo discutir politicamente discordâncias nos detalhes de aplicação dos princípios que fundamentem essa concepção. Enquanto em Rawls encontramos na razão pública os limites daquilo que pode ou não ser objeto

---

<sup>38</sup> Cf. WALDRON, 2012c, p. 65-104.

<sup>39</sup> São razoáveis os desacordos apresentados pelos cidadãos que se comprometem a fundamentar esses desacordos em razões que possam ser aceitas pelos demais cidadãos, na busca por uma cultura política democrática capaz de se autossustentar, motivo pelo qual discurso de ódio difamatórios, em virtude de serem violentos e causarem danos aos seus alvos não podem ser considerados como desacordos razoáveis. Cf. WALDRON, 1999a, p. 101.

da argumentação pública definidos por termos equitativos de cooperação, fundamentados nos princípios de justiça de uma concepção pública de justiça, para Waldron, a argumentação pública encontra um limite nos desacordos razoáveis, de modo que desacordos que não sejam minimamente razoáveis não possam ser objeto da argumentação política e pública, tratando-se de um limite procedimental, e não substancial.

Ao falarmos da nomenclatura democracia constitucional, destacamos o raciocínio pontuado por Conrado Hübner Mendes, em sua Tese de Doutorado *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação*, de que o termo “democracia constitucional” advém da consideração de dois procedimentos decisórios, são eles: a democracia popular participativa e o constitucionalismo, ambos utilizados como fundamentos da própria legitimidade do governo democrático e para a necessidade de obediência<sup>40</sup> — para nomear como “democracia constitucional” um sistema político comum às sociedades ocidentais do Século XX. O autor identifica a existência de uma disputa entre teóricos dos direitos, relacionada ao procedimento ideal de tomada de decisões na ocorrência de desacordos. Por um lado, há aqueles que defendem a necessidade da revisão judicial como procedimento para garantia de direitos fundamentais quando estes são violados ou não garantidos na norma legislativa. Por outro lado, alguns autores, como Waldron acreditam que a decisão deve vir do plano legislativo, transmitindo o pensamento da sociedade em relação à questão discutida<sup>41</sup>.

Waldron, especialmente em *Law and Disagreement* (1999a), se posiciona criticamente às possibilidades de garantia de direitos pela invalidação ou reformulação da norma pelo poder judiciário, e tenta desenvolver uma teoria de direitos que seja “confortável para a democracia”, deslocando o foco das teorias de direitos que partem da interpretação de leis para o procedimento de elaboração de leis, pois para o autor é mais importante descobrir quem decide

---

<sup>40</sup> Cf. MENDES, 2008, p. 1-2. O antagonismo identificado inicialmente pelo autor nas duas concepções de democracias modernas diz respeito às teorias de autoridade, isto é: sobre quem deve decidir controvérsias sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Por um lado, a perspectiva de a predominância democrática por intermédio do poder popular é aquela que diz respeito à própria população de determinada sociedade decidindo a respeito das normas que regulam a sua participação política. Por outro lado, a perspectiva atribuída ao constitucionalismo, consiste no procedimento de tomada de decisões públicas através de uma Corte Constitucional contramajoritária, de modo que a ela seja atribuído o controle sobre a receptividade de normas. São mecanismos que devem ser considerados como complementares valendo-se da Constituição instrumental, do Poder Legislativo que representa os interesses da população, e do Poder Judiciário que exerça controle constitucional para a garantia do respeito aos direitos fundamentais.

<sup>41</sup> Isso criou um impasse entre teóricos do direito que acreditam que, em se tratando de conflito entre direitos fundamentais, a decisão deve ser da população através de seus representantes, e aqueles que a decisão deve advir das Cortes Judiciárias. A primeira ideia é sustentada por Jeremy Waldron, especialmente no teor de *Law and Disagreement*, que acredita que desacordos sobre direitos devem ser decididos pelos representantes do povo em virtude de um compromisso democrático com a soberania popular. Por outro lado, teóricos como Ronald Dworkin em *Constitutionalism and Democracy*, acreditam que o poder legislativo não deve ter a força para anular garantias constitucionais sobre direitos feitas pelo poder judiciário em virtude de um compromisso fundamental preexistente em garantir a proteção desses direitos. Cf. WALDRON, 1999a; DWORKIN, 1995.

e não o que se decide<sup>42</sup>. A crítica de Waldron ao modelo constitucionalista vale-se da premissa de que considerar a vontade dos indivíduos como elemento essencial na tomada de decisões é dotá-los da capacidade de decidir sobre os próprios direitos sem que seja necessária uma decisão feita por uma elite política, como ministros de um Tribunal superior que não compartilham das mesmas condições e não encaram os mesmos desafios que o indivíduo comum. A professora Cristina Foroni Consani, em *A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo*, esclarece que a proposta de cunho constitucionalista em teorias de autoridade sobre direitos adquiriu maior adesão após a Segunda Guerra Mundial com suas gravíssimas violações de direitos humanos que supostamente seriam conferidos a todos. Violações que vieram não apenas de concidadãos divergentes sobre os direitos que possuíam, mas também executadas pelo próprio Estado, que resultaram na necessidade de mecanismos de proteção desses direitos, mas que projetou a questão da soberania popular para um plano aparentemente secundário<sup>43</sup>.

Desta forma, uma proposta democrática que visa reconciliar a força da Constituição de Direitos com a força do poder popular considera que as normas contidas nessa constituição são o reflexo das razões publicamente sustentadas por todos, demonstrando estar em conformidade com suas necessidades e com seu consentimento. O respeito pelo cidadão como agente responsável pelos próprios direitos é uma condição da democracia constitucional, permitindo que eles sejam considerados como titulares de direitos e da capacidade de interpretar os próprios direitos, de acordo com valores e princípios sujeitos a desacordos que devem ser submetidos à razão pública. A confiança nesses indivíduos como agentes responsáveis lhes garante autonomia e dignidade. Essas condições pressupõem igual respeito e consideração em virtude da possibilidade de agirem racionalmente, de modo que desacordos submetidos à razão pública sejam fundamentados em razões de boa-fé e razoáveis, podendo assim, ser a decisão sustentada por todos<sup>44</sup>.

Desacordos podem incorporar divergências no exercício de direitos, em questões políticas ou questões de justiça, e para que haja um efetivo direito de participação, os desacordos devem ser razoáveis. São razoáveis os desacordos quando as pessoas se comprometem a apresentar razões que possam ser aceitas pelos demais, buscando criar uma cultura política democrática que possa se autossustentar. Os desacordos razoáveis devem advir das circunstâncias da política, que consistem em circunstâncias nas quais é preciso chegar a um acordo coletivo e

---

<sup>42</sup> Cf. WALDRON, 1999a, p.9-10.

<sup>43</sup> Cf. CONSANI, 2014, p. 144.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 159-162.

coercitivo sobre o caráter dos direitos, haja vista a existência de opiniões e interesses divergentes<sup>45</sup>. Vivemos em uma sociedade marcada pelo fato do pluralismo, incorporando diversas concepções de boa vida, divergindo sobre aquilo que é justo ou não. Em uma democracia constitucional existe um rol de direitos estabelecidos e protegidos por sua constituição, e tais direitos serão interpretados em contextos conflituosos dada a infinidade de concepções que podem ser adotadas pelos indivíduos. O pluralismo pressuposto em uma sociedade democrática constitucional necessita de uma decisão que venha de um acordo coletivo e que seja coercitivo para lidar com seus direitos. Waldron acredita que é através dos procedimentos legislativos que se garante a participação do indivíduo e a capacidade em sua agência individual como aquele responsável pelos seus direitos e pelas garantias desses direitos na sociedade<sup>46</sup>.

Um regime político que faça jus ao nome de sociedade democrática constitucional bem-ordenada articula os procedimentos de deliberação considerando seriamente a integridade de cada participante nos procedimentos que envolvam decisões sobre políticas públicas. Desta forma, a Constituição protege o direito de participação ao estruturar os termos da deliberação pública com intuito de, a partir dos diversos pontos de vista, articular opiniões bem pensadas, efetivas e responsáveis como demanda o ideal de razão pública. Portanto, na ocorrência de desacordos sobre os próprios direitos, é essencial considerarmos uma base de ação de acordo com os princípios de justiça, como fundamentos de seus mais básicos direitos. Não se tratam de princípios facilmente descartáveis, por não agradar aquele que interpreta os termos da Constituição, principalmente quando a inobservância desses valores são capazes e são intencionalmente utilizadas para prejudicar os menos favorecidos nos processos de participação.

A democracia constitucional considera a pluralidade de concepções coexistentes atribuindo a cada indivíduo o mesmo peso nas deliberações e a mesma condição ao terem seus argumentos considerados para decisões. Mas os desacordos não se operam mediante uma infinidade de concepções conflitantes que disputam um lugar uma maioria para ser aceita, pois

---

<sup>45</sup> Cf. WALDRON, 1999a, p. 101-103. As circunstâncias da política é uma ideia que o autor explora ao discutir sobre a dignidade da legislação, no âmbito de sua autoridade, que demanda o respeito dos indivíduos para o desenvolvimento de ações coletivas nas circunstâncias de uma vida moderna. As circunstâncias da política é uma ideia adaptada das circunstâncias da justiça de John Rawls, que consistem nos aspectos da condição humana que fazem da justiça uma virtude e prática possível e necessária. A necessidade percebida entre os membros de determinado grupo por uma estrutura comum compartilhada, decisão ou curso de ação em determinada matéria, mesmo diante de desacordos sobre essa estrutura comum, decisão ou ação de como deva ser, consistem em circunstâncias da política. Elas são essenciais para compreender muitas das virtudes políticas distintas, como a civilidade, tolerância ao dissenso, a prática da oposição leal, e o estado de direito.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 9.

eles operam mediante disciplina, atribuindo ao indivíduo responsabilidades como de fundamentar sua argumentação pública na ideia de razão pública, pois as razões para determinada decisão devem ser minimamente razoáveis e capazes de serem aceitas por todos. O indivíduo, ao defender determinadas concepções, não deve considerar apenas os próprios interesses, podendo inclusive sacrificar interesses pessoais em nome de um senso compartilhado de justiça que seja razoável para todos. O desacordo razoável demanda o discernimento entre interesses de uma sociedade e interesses particulares irrelevantes para a construção de um debate público em uma sociedade plural<sup>47</sup>.

Portanto, ao discutirmos desacordos razoáveis, como aqueles que há um compromisso com a apresentação mediante razões que possam ser reciprocamente aceitas, retornamos à ideia de razão pública de Rawls. Os indivíduos desacordam de boa-fé quando deliberam em conformidade com o ideal de razão pública fundamentado em termos equitativos de cooperação mais razoáveis o possível, expressando valores políticos que também é razoável esperar dos demais<sup>48</sup>. A confiança nos indivíduos como agentes responsáveis lhes confere a capacidade de reconhecer limites sobre os seus próprios direitos, quando o exercício desses direitos ocorre em desacordo por razões que não são razoáveis, quando por exemplo violam compromisso com valores democráticos historicamente adotados, como a igualdade de condições e a proteção da dignidade humana. Os limites aos direitos das pessoas ocorrem através do sistema legal, cujas normas são elaboradas por um governo que se pauta na soberania popular e pressupõe a capacidade dos titulares de direitos de fornecerem contribuições razoáveis aos procedimentos decisórios. Essa ideia não é compatível com a imagem de uma maioria legislativa predatória, entretanto, pois, o indivíduo sabe que possui responsabilidades com o direito dos demais, e não apenas com seus próprios interesses<sup>49</sup>.

Os titulares de direitos não devem subestimar a própria capacidade de violar o direito dos outros, pois podem ignorar a necessidade de desenvolver uma capacidade moral de senso de justiça, focando apenas no desenvolvimento de suas concepções de bem particulares. Desta forma, os compromissos constitucionais ou os mecanismos de revisão judicial podem ser vistos como precauções que o sujeito toma contra a suas próprias imperfeições, não constituindo, portanto, violação à autonomia do indivíduo e à sua capacidade de exercício responsável dos próprios direitos. É como a ideia de autonomia Kantiana<sup>50</sup>, presente na obra *A Fundamentação*

---

<sup>47</sup> Cf. WALDRON, 1999a, p. 222.

<sup>48</sup> Cf. RAWLS, 2004, p. 533.

<sup>49</sup> Cf. WALDRON, 1999a, p. 223.

<sup>50</sup> Cf. KANT, 1996, pp. 78-79. Ideia de autonomia de Kant envolve a possibilidade do ser racional na participação da construção das normas que lhe dizem respeito e, portanto, é o que proporciona que o indivíduo possa agir com

*da Metafísica dos Costumes* (1996), de modo que a própria ideia de autonomia envolve impor limites de atuação antecipadamente de acordo com a consideração de determinados princípios democráticos.

Desta forma, os cidadãos de uma sociedade democrática reconhecem a possibilidade de limitações no exercício de determinado direito, como um meio pelo qual é assegurado um exercício responsável do direito de participação. Diante de desacordos entre concepções irreconciliáveis, podem ser adotados compromissos fundamentais, ainda que tácitos, que possibilitem uma concepção de justiça que se estenda por gerações, construindo um conjunto forte e duradouro de instituições fundamentadas em princípios democráticos pelos quais são assegurados os procedimentos de participação<sup>51</sup>. A construção de uma razão pública fortemente fundamentada em princípios de justiça permite a estabilidade de uma concepção pública de justiça.

Assim sendo, as instituições de um governo democrático demonstram agir pela “neutralidade”, não no sentido do conteúdo das concepções razoavelmente sustentadas, mas no sentido de adotar concepções razoáveis que possam ser aceitas por todos os cidadãos livres sob os termos de um procedimento de cooperação. O Estado assegura os indivíduos o direito de adotar as concepções de bem que desejarem e de defendê-las perante o próprio estado e perante os demais indivíduos, mas, para o desenvolvimento de um senso público compartilhado de justiça não são todas as concepções de bem que serão adotadas, mas, somente as concepções que se mostrem razoáveis e compatíveis com princípios de justiça. A sociedade democrática constitucional pode buscar afirmar a valorização de determinadas atitudes, como as virtudes de uma cooperação social justa que inclua a ideia de responsabilidade, deveres cívicos, racionalidade, razoabilidade.

A busca pelo fortalecimento dessas virtudes não consiste em violação dessa neutralidade, mas sim em uma responsabilidade em adotar medidas que desestimulem práticas discriminatórias, por serem contrárias aos princípios de justiça, fortalecendo uma consciência que se sustenta pela cooperação social justa entre os indivíduos. As concepções de bem que se fundamentam em práticas discriminatórias opressivas e excludentes não são compatíveis com uma sociedade que pretende garantir o exercício das liberdades fundamentais em caráter de igualdade, elas fogem do minimamente razoável em termos democráticos. O legislador ou o interprete jurídico (no caso do poder judiciário) não deve adotar em suas fundamentações

---

boa vontade. Isto é, a partir do momento que ele se vê parte de um reino dos fins, para o qual estava destinada naturalmente, ele terá respeito pelas normas que lhe são aplicadas da mesma forma que são aplicadas aos demais.

<sup>51</sup> Cf. WALDRON, 1999a, p. 258-275.

concepções de bem preferidas que sejam contraditórias à exigência de justiça no exercício de direitos, por não serem minimamente razoáveis.

O grande problema da preferência pela autoridade sob a perspectiva legislativa (adotada por Waldron, por exemplo) surge diante da ausência da representatividade plural no Poder Legislativo, ou quando os representantes adotam em seu exercício concepções excludentes e discriminatórias. Grupos socialmente vulneráveis serão prejudicados pela adoção de tais concepções particulares nos deveres institucionais do Poder Legislativo. Nesse sentido Cristina Consani adverte:

Sem repensar a democracia representativa, torna-se problemático conferir tanto poder ao legislativo, pois o desenho do legislativo precisa garantir ao mesmo tempo tanto o controle popular em relação aos representantes quanto precisa pensar em meios de desenvolver e qualificar o próprio debate político, pois a vontade política do povo não pode ser tomada simplesmente como algo dado *a priori*: ela precisa ser fruto de um processo que, por sua vez, crie uma cultura política democrática. O bom funcionamento de uma teoria da democracia constitucional precisa pressupor uma cultura política democrática, a qual deve ser fomentada pelas próprias instituições democráticas (CONSANI, 2014, p. 169).

Nessas circunstâncias, o legislador que pauta sua conduta em uma concepção de bem particular não cumpre com o critério da reciprocidade, sendo necessário algumas vezes que princípios de justiça sejam garantidos por meio de alteração legislativa imposta por decisão de um tribunal supremo. Desta forma, seguindo o pensamento do autor em *The Core of the Case Against Judicial Review* (2006), em “sociedades reais” é imprescindível a existência visível do compromisso dos legisladores com a garantia de condições mínimas para o exercício dos direitos fundamentais, especialmente dos menos favorecidos, pois, desacordos de boa-fé implicam necessariamente no compromisso com a igualdade de condições. A democracia constitucional depende de legisladores que levam a sério o seu papel de representantes, e do compromisso da sociedade com a igualdade de condições no exercício de direitos, pois seus desacordos devem seguir o ideal de razão pública e fornecer contribuições que possam ser razoavelmente sustentadas por todos. Portanto, em situações atípicas, o autor reconhece que a defesa de preceitos democráticos por intermédio de decisões impostas por um tribunal constitucional superior, não é somente possível, como também necessária<sup>52</sup>. Isso ocorre quando

---

<sup>52</sup> Para que se possa rejeitar a revisão judicial como um mecanismo propulsor de garantias aos direitos dos menos favorecidos, a sociedade deve possuir algumas características: “(1) instituições democráticas em ordem de funcionamento razoavelmente boa, incluindo uma legislatura eleita com base no sufrágio universal adulto; (2) um conjunto de instituições judiciais, novamente em ordem razoavelmente boa, estabelecido em bases não representativas para ouvir processos, resolver disputas e fazer cumprir o estado de direito; (3) um comprometimento por parte da maioria dos membros da sociedade e a maioria de seus oficiais com a ideia de direitos individuais e minoritários; e (4) desacordos persistentes, substanciais e de boa-fé sobre os direitos (i.e., sobre o que de fato requer o compromisso com os direitos e quais suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos” (WALDRON, 2006, P. 1360). Original: (1) *democratic*

o procedimento legislativo oferece o risco da “tirania da maioria”<sup>53</sup>. Nesses casos a decisão imposta pela Corte Constitucional não fere a separação dos poderes, que devem estabelecer uma relação interativa, ao invés de competitiva, pela legitimidade decisória sobre direitos fundamentais<sup>54</sup>.

Waldron, ao longo de seu trabalho, principalmente em *Law and Disagreement* teceu críticas à teoria rawlsiana, afirmando que Rawls dedica uma atenção “insignificante” aos desacordos políticos<sup>55</sup>. Poderia o leitor, inclusive, compreender que Rawls tenha feito uma má idealização na visão de Waldron. Devemos explicar que não é bem assim<sup>56</sup>. De acordo com a ideia de razão pública rawlsiana:

---

*institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individuals lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good Faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the Society who are committed to the idea of rights.”* Sem esses pressupostos, não é possível descartarmos a defesa de direitos por Cortes Constitucionais Supremas.

<sup>53</sup> Cf. WALDRON, 2006, p. 1361. Nesse sentido, a possibilidade de aceitação de procedimentos de revisão judicial como prática necessária para o estabelecimento de uma cultura jurídica política de garantia de direitos fundamentais, ocorre quando maiorias tópicas se tornam também maiorias decisórias. Por maioria ou minorias tópicas, Waldron define o grupo de pessoas atingidos pela decisão, mas que não tenham necessariamente votado para o seu resultado. Maiorias ou minorias decisórias são grupos que exercem o voto em favor de um resultado ou outro. Indivíduos que levam os direitos a sério assumem um posicionamento independentemente se o resultado da decisão lhe proporcione benefícios ou prejuízos particulares. Quando, em uma sociedade, uma minoria decisória coincide com uma minoria tópica, há um sinal de existência de exclusão desse grupo, permitindo que sofra com a “tirania da maioria”.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 1360-1401. A concepção de democracia constitucional waldroniana dá preferência à tomada de decisões feita pelo Poder Legislativo, considerando as responsabilidades do cidadão, do legislativo, e do poder judiciário. Desta forma os direitos em desacordo devem ser decididos pelos próprios cidadãos ou seus representantes eleitos, pois o autor acredita que há uma perda para a democracia quando a legislação é submetida ao poder judicial. Porém, quando uma norma fere os direitos essenciais à uma democracia, ela deve ser considerada não democrática, podendo se beneficiar, em casos excepcionais, da decisão de uma corte constitucional que declare sua incompatibilidade com os preceitos democráticos constitucionais. Desta forma o autor admite na atuação do Poder judiciário, o que ele nomeia de revisão judicial em sentido fraco, que consiste na possibilidade de o poder judiciário analisar a conformidade da norma criada pelo poder legislativo com os preceitos constitucionais, podendo declarar a incompatibilidade entre a lei e a constituição, mas, devolvendo a matéria para apreciação do Poder Legislativo. Ele se opõe ao que chama de revisão judicial em sentido forte, na qual o Poder judiciário tem poder para invalidar a norma e deixar de aplicá-la quando reconhecido um conflito de direitos fundamentais ou constatada a violação desses direitos. Um exemplo de revisão judicial em sentido fraco é aquela adotada no Reino Unido, na qual as cortes possuem poder de revisar a legislação e declarar sua incompatibilidade com preceitos fundamentais, mas não podem invalidar a norma.

<sup>55</sup> Cf. WALDRON, 1999a, p. 151. Waldron se preocupa com o desacordo sobre princípios políticos que consiste em conflitos envolvendo a escolha de quais princípios fundamentais políticos e justiça e de direito serão adotados na comunidade, principalmente porque Rawls afirma ser o grande problema do liberalismo político descobrir como seria possível existir uma sociedade estável ao longo do tempo diante da pluralidade de modos de vida. Em uma sociedade plural democrática indivíduos razoáveis poderão discordar em questões fundamentais de justiça

<sup>56</sup> Sobre a possibilidade de adoção de uma teoria Rawlsiana em sociedades reais Cf. CARDOSO, et al. *O Caminho para o Consenso: análise da crítica de Waldron a Rawls sobre desacordos políticos*. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/download/29041/19190/>. Acesso em 16 de junho de 2021. No artigo, os autores fazem a distinção entre teorias ideais e teorias idealizadas, respondendo à uma possível análise de Waldron que enxergaria uma sociedade fundamentada por uma concepção pública de justiça, como a sociedade bem-ordenada de Rawls, como uma má idealização.



O conhecimento e as formas de argumentação que fundamentam nossa aceitação dos princípios de justiça e sua aplicação a elementos constitucionais essenciais e à justiça básica devem repousar sobre verdades claras, hoje amplamente aceitas pelos cidadãos em geral, ou acessíveis a eles. Caso contrário, a concepção política não ofereceria uma base pública de justificação (RAWLS, 2000, p. 274).

Desta forma, poderíamos concluir que não haverá desacordos sobre questões de justiça em discussões públicas, e conseqüentemente em uma sociedade bem-ordenada a ideia de uma arena política em que os indivíduos apresentam, defendem suas concepções e seus desacordos sobre princípios de justiça ou da política seria inexistente. Waldron acredita que Rawls quer dizer que a ideia de razão pública não é compatível com desacordos a respeito dos fundamentos da justiça, de modo que os indivíduos possam concordar com uma concepção geral razoável, e poderão discordar a respeito dos detalhes de aplicação de seus princípios. Waldron adverte que na sociedade as pessoas discordam não apenas sobre detalhes da justiça como também sobre questões fundamentais, e ao que parece o posicionamento de Rawls é que as diferenças serão debatidas apenas internamente no meio dos princípios gerais estabelecidos pela posição original. Portanto, inicialmente diversas concepções divergentes poderiam ser candidatas razoáveis para regular os debates sob a razão pública, e ao final a mais adequada poderia ser adotada como a melhor opção para regular o debate, e conseqüentemente deixariam de existir desacordos sobre fundamentos da justiça, restando apenas desacordos relativos à aplicação da concepção geral<sup>57</sup>.

Waldron não rejeita a concepção de justiça como equidade ao discorrer sobre justiça, mas indica falhas na teoria de justiça sob um contexto político, a partir do momento que Rawls constrói as instituições já sob a premissa de que desacordos sobre os fundamentos da justiça estariam eliminados substancialmente. Isso não pode ser feito na arena de discussões políticas, pois, concluir que do debate chegaríamos a uma concepção que não esteja passível de desacordos sobre seus detalhes fundamentais, seria negar o que ele chama de circunstâncias da política. Normalmente o que compreendemos como política é uma arena em que pessoas debatem para encontrar as maneiras mais adequadas para chegar a uma decisão em determinada controvérsia, ainda que discordem dos princípios envolvidos no mérito desses problemas<sup>58</sup>.

Como resposta a esse problema, nós devemos separar nossa adesão enfática a uma concepção fundamental de justiça, da nossa atuação política, pois em determinados momentos teremos que ceder em nossas pretensões e aceitar como politicamente correto uma decisão que

---

<sup>57</sup> Cf. WALDRON, 1999a, p. 153-154.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 157-159.

podemos considerar injusta para nossos interesses individuais, porque essa decisão teve origem nos procedimentos políticos adequados. O consenso com a decisão que consideramos como injusta se dá porque nós reconhecemos estar sob circunstâncias da política, pois em alguns momentos é necessário haver uma decisão comum diante de desacordos irreconciliáveis<sup>59</sup>.

Waldron não rejeita o posicionamento de Rawls, mas apenas compreende que sob as circunstâncias da política é inevitável a existência de desacordos sobre questões fundamentais de justiça, e logo reconhece ser possível uma transição, embora muito difícil, de uma situação não ideal de desacordos disseminados, para uma situação ideal de razão pública<sup>60</sup>. Desta forma Waldron oferece um caminho de transição de uma situação não ideal para uma situação ideal:

Essas especulações sobre o desaparecimento dos desacordos razoáveis sobre justiça em uma sociedade bem-ordenada não nos deve cegar para o fato de que fortes desacordos sobre justiça permanecem como a condição mais notável de nossa política. Nessas circunstâncias, devemos ser muito cautelosos ao inferir qualquer coisa para nossa política – incluindo nossa jurisprudência constitucional – da possibilidade puramente teórica de uma sociedade bem-ordenada como Rawls a entende (WALDRON, 1999a, p. 163)<sup>61</sup>.

Para Waldron isso é possível, mas difícil de alcançar. Uma teoria política deve considerar os desacordos sobre a justiça algo inevitável, por ser parte das circunstâncias da política, pois uma das tarefas fundamentais dessa política é proporcionar a cooperação entre os cidadãos, ainda que eles discordem sobre a justiça e sobre o bem. Mas para a discussão sobre o discurso de ódio em uma sociedade bem-ordenada, não iremos nos aprofundar em detalhes divergentes entre os autores sobre os desacordos políticos. A discussão aqui apresentada se resume na adoção por parte de Waldron de uma única ideia de Rawls, a ideia de sociedade bem-ordenada, para compreender o discurso de ódio como um desacordo não razoável. Os motivos pelos quais o discurso de ódio é incompatível com a ideia de uma sociedade bem-ordenada serão discutidos no item 3.3 do Terceiro Capítulo.

Portanto, a democracia constitucional detém tal nomenclatura não apenas por referência ao procedimento instrumental (Constituição de Direitos), no qual são instituídas normas das mais fundamentais, entre elas, os direitos fundamentais, mas também por intentar a cooperação entre a representatividade dos interesses do indivíduo comum com a responsabilidade inerente ao exercício de seus direitos de acordo com preceitos democráticos constitucionais

---

<sup>59</sup> *Ibid.*, p.160-161.

<sup>60</sup> Cf. CARDOSO, et al. 2019, p. 18

<sup>61</sup> “*These speculations about the withering away of reasonable disagreement about justice in a well-ordered society should not blind us to the fact that full-blooded disagreement about justice remains the most striking condition of our own politics. In these circumstances, we should be very careful about inferring anything for our politics – including our constitutional jurisprudence – from the purely theoretical possibility of a well-ordered society as John Rawls understands it.*”

fundamentais. É uma forma de governo que pretende unir dois elementos essenciais à legitimidade decisória, a saber: a participação mais ativa dos cidadãos em procedimentos que versem sobre os próprios direitos, e a responsabilidade inerente ao exercício desses direitos, como algo que deva ser garantido por todos, ainda que porventura tal garantia seja imposta através de uma decisão contramajoritária de uma Corte Constitucional.

Desacordos não razoáveis, portanto, esbarram na exigência de justificação perante o ideal de razão pública. No caso do discurso de ódio, a afirmação de que esse tipo de discurso é protegido pela liberdade de expressão não o transforma em desacordo razoável, em virtude de não conseguir ser aceito por todos, por causar danos à dignidade de grupos vulneráveis, e por contrariar preceitos democráticos, demonstrando não ser minimamente razoável. Portanto, devemos analisar a forma que o direito protege a dignidade e como ela se apresenta como direito e fundamento de direitos de modo que possamos compreender como o discurso de ódio pode violar a dignidade.

### **1.3 A PROTEÇÃO NORMATIVA DA DIGNIDADE HUMANA**

Atribuir aos direitos fundamentais a igualdade em seu alcance sem que haja mecanismos efetivos que garantam “reais condições de igualdade” no exercício desses direitos, consiste em apenas formalidade da norma. Em uma sociedade diversificada em seus aspectos, sejam eles sociais, culturais ou econômicos, é impossível que haja igualdade de oportunidades distribuídas de um mesmo ponto de partida; há discrepâncias no alcance dessas oportunidades, principalmente em relação aos indivíduos que sofrem com desigualdades oriundas da sua própria diferença, injustamente<sup>62</sup>. Faltam-lhes “dignidade”.

Conferir ao indivíduo um tratamento que o enxerga como titular de um status de dignidade é reconhecê-lo como agente responsável capaz de controlar e regular a sua conduta a partir de sua compreensão das normas. Tratá-los de acordo com sua dignidade envolve confiar nesse indivíduo como aquele que reconhece a norma, aprende com a influência que ela exerce sobre sua conduta, agindo de acordo com esse reconhecimento. Em casos em que essa premissa de auto aplicação de normas se mostra prejudicada, ou impossível em virtude da existência de uma disputa sobre o exercício de um direito ou a sua aplicação, é necessário que sejam desenvolvidas determinações oficiais (leis ou interpretação judicial) que determinem o modo como esses direitos serão interpretados. Leis contra o discurso de ódio cumprem esse papel,

---

<sup>62</sup> Cf. RAWLS, 2000, p. 358-359.

diante da divergência interpretativa sobre a receptividade ou não desses discursos pelo direito à liberdade de expressão, sob o fundamento de proteger a dignidade dos indivíduos. A coerção aparece apenas como uma alternativa quando não ocorre o cumprimento voluntário da determinação normativa ou decisória.

Desta forma, a proteção da dignidade pode demonstrar ser muito mais frágil do que o esperado, diante da necessidade de os sistemas jurídicos em lidar com o fardo de sua própria história carregada de reflexos de concepções discriminatórias, na qual a dignidade esteve relacionada com a classe social de pessoas, submetendo algumas a tratamentos inferiores e não dignos<sup>63</sup>. O discurso de ódio aparece como um mecanismo que inferioriza determinados grupos vulneráveis, destituindo-os de um status de dignidade, e representando os reflexos de uma cultura incompatível com uma concepção de justiça que vê seus cidadãos como livres e iguais em direitos e oportunidades.

Analisaremos a dignidade a partir de alguns de seus usos normativos, para então, discutirmos sobre a possibilidade de um status de dignidade servir como fundamento para a identificação do discurso de ódio como abuso de direito à liberdade de expressão. Essa análise é sugerida por Waldron em virtude da recorrência do termo em tratados internacionais de direitos humanos e constituições nacionais, bem como, pelo fato de ser a dignidade um princípio fundamental aos direitos mais básicos, estando historicamente relacionada aos direitos subjetivos. A ideia defendida nos próximos parágrafos é aquela desenvolvida por Waldron em *Dignity Rank and Rights, Dignity Rights and Responsibilities, e Is Dignity the Foundation of Human Rights?*, que busca a instituição de um status de dignidade a partir da noção da dignidade humana como fundamento de direitos, sem, contudo, atribuir à mesma a característica de um direito natural ou percebê-la como um direito atribuído à humanidade como algo advindo de premissas divinas ou de normas hierarquicamente superiores à própria Constituição. O resultado será a instituição de um terceiro campo de apreciação da concepção de dignidade advinda de uma construção social e jurídica que, ao mesmo tempo se relaciona à racionalidade do indivíduo, à inteligibilidade, à capacidade de compreensão da própria agência<sup>64</sup>.

A dignidade se apresenta como direito de extrema importância aos indivíduos, assim como fundamento de direitos dos mais importantes, principalmente ao observarmos no uso normativo do termo a sua indicação como um princípio de extrema relevância. Ela assume um caráter tanto de princípio da moralidade como de princípio do direito, sendo possível, desta forma, discuti-la a partir do campo do direito, admitindo que a filosofia moral não é o único

---

<sup>63</sup> Cf. WALDRON, 2012a, p.64.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 15.

recurso de exploração da ideia. A lei torna-se um “habitat natural da dignidade” pela recorrência de sua invocação<sup>65</sup>, e, portanto, ao discutirmos sobre a proteção normativa da dignidade humana é interessante analisá-la a partir das considerações sobre a sua proteção normativa.

Em determinados dispositivos normativos (internacionais e nacionais) observamos o uso da dignidade como um fundamento de condições básicas atribuídas aos indivíduos humanos. É desta forma referenciada, por exemplo na Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB – que a institui, em seu Artigo 1º, inciso III, como “fundamento” do Estado Democrático de Direito<sup>66</sup>, e na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha que considera a dignidade algo intangível, impondo ao poder público sua proteção e respeito<sup>67</sup>; em âmbito internacional, o Preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos – DUDH – a considera como fundamento da “liberdade, justiça e paz no mundo”, e institui o reconhecimento da dignidade “inerente a todos os membros da família humana”<sup>68</sup>, de forma semelhante ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>69</sup>, bem como, no Preâmbulo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos - PIDCP – que considera a dignidade como o fundamento do qual “derivam os direitos instituídos em seu conteúdo”<sup>70</sup>.

Entretanto, é possível extrairmos de dispositivos normativos semelhantes um significado da dignidade como uma condição específica a ser protegida, para além da ideia de fundamento de direitos. Por exemplo, na DUDH, o Artigo 23 (3) ao versar sobre a remuneração justa do trabalhador, institui que ela deva ser “compatível com a dignidade humana” (1948, p. 12); no PIDCP, o conteúdo do Artigo 10 (1), ao versar sobre o direito das pessoas que se encontram sob medidas privativas de liberdade, institui a obrigatoriedade de tratamento “com respeito à dignidade inerente à pessoa humana” (1992a, p. 4); no PIDESC, o teor do Artigo 13 (1), dispõe como objetivo da educação a promoção do “desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade” (1992b, p. 54).

A dignidade aparece, portanto, como algo atribuído à própria condição humana e também derivado da própria condição humana. Consequentemente, poderíamos deduzir que o objetivo de todos os direitos humanos é promover a dignidade humana e, sendo assim, para descobrir

---

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>66</sup> Cf. BRASIL, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

<sup>67</sup> Cf. REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1949, p. 16. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>.

<sup>68</sup> DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948. Disponível em: [https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf).

<sup>69</sup> PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS SOCIAIS E CULTURAIS, 1992b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm).

<sup>70</sup> PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1992a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm).

quais são os direitos humanos, bastaria descobrir o que a dignidade inerente à condição de pessoa humana envolve em relação à sua proteção e à sua promoção. Porém, a pretensão de escapar de uma perspectiva substancial da democracia constitucional que atribui à dignidade humana um valor supremo que ofusque os demais, não significa negar-lhe importância. Identificá-la a partir do campo jurídico-normativo é essencial para criar uma terceira dimensão de caráter social da dignidade, posto que, os enunciados das Cartas de Direitos Humanos não possuem necessariamente um rigor filosófico, podendo ser apenas demonstrativas de um compromisso público com a humanidade<sup>71</sup>.

A dignidade em disposições normativas se apresenta como fundamento de direitos dos mais básicos, e como conteúdo de direito, conforme os exemplos supracitados. Por vezes ela apresenta um significado de norma geral estabelecendo uma posição inerente aos seres humanos, sendo um fundamento para reivindicações dos direitos aos quais está relacionada, e por outro lado ela se apresenta em normas de caráter específico determinando o respeito por essa condição ou proibindo formas que possam violá-la, isto é, tornando-se algo que o próprio direito exige.

As suas diferentes significações podem parecer ser um entrave para a sua compreensão, ou, sob uma perspectiva mais otimista, podem permitir que enxerguemos a beleza da diversidade de concepções de um termo multifacetado, de modo que as ambiguidades sejam vistas mais como contribuições de umas significações às outras, do que como ideias rivais entre si. Por exemplo, no item anterior em que discutimos o contexto democrático, observamos a possibilidade de diferentes atribuições de significados à democracia a depender da perspectiva adotada para sua análise. Em um exercício de combinação de significados<sup>72</sup>, Waldron propõe enxergar a democracia como “um sistema de competição regularizada entre elites políticas, organizada sob os fundamentos da igualdade política, com efeito de fornecer às pessoas comuns o controle substancial sobre o seu governo” (WALDRON, 2012a, p. 16)<sup>73</sup>, e propõe que o

<sup>71</sup> Cf. WALDRON, 2013a, p. 02-03.

<sup>72</sup> Cf. WALDRON, 2012a, p. 16. "Alguns afirmam que significa “igualdade política”. Alguns afirmam de acordo com a definição de Joseph Schumpeter [...]. Agora podemos enxergar esses três significados como rivais se quisermos, e lamentar a confusão inerente ao termo. Porém, deveríamos primeiro verificar se as ditas ambiguidades poderiam ser combinadas como contribuições complementares a uma única ideia multifacetada”. Trecho original: “Some people say that “democracy” means “rule by the people.” Some people say it means “political equality”. Some say, with Joseph Schumpeter [...] Now we can see these three meanings as rival definitions if we like, and complain about the inherent confusion of the term. But we should first check whether the alleged ambiguities might not be combinable as complementary contributions to a single multifaceted idea”.

<sup>73</sup> “Democracy is a system of regularized competition among political elites, organized on the basis of political equality, with the effect of given the common people substantial control over their government.”Waldron extrai essa definição a partir do conceito de Joseph Schumpeter de que a democracia consiste apenas em um tipo de sistema político que assegura a estabilidade por intermédio de uma competição regular de poder entre elites políticas sob um fundamento institucionalizado. Nesse sentido, ver também SCHUMPETER, 1962, p.269.

mesmo talvez possa ser feito com a ideia de dignidade analisada no campo dos direitos. Desta forma, a dignidade pode ser usada tanto para transmitir um significado a respeito da posição inerente aos indivíduos, quanto para transmitir a ideia de exigência de respeito sobre essa mesma posição<sup>74</sup>, configurando o status de dignidade waldroniano.

Não há consenso sobre o significado da dignidade extraído do campo dos direitos, da mesma forma que não há um consenso rigidamente estabelecido sobre um determinado direito ser um direito humano sem cairmos na armadilha de resumi-lo a um direito do qual todos os seres humanos possam ser titulares. A mesma imprecisão é relacionada com a dignidade, de modo que sua definição apenas como fundamento de direitos não fornece uma premissa sólida o suficiente para sustentarmos uma condição atribuível a todos relacionada ao seu dever de cidadania. Segundo Waldron:

Pelo contrário, nos instrui a dar atenção às questões a respeito da dignidade ao tentar aprofundar em matéria de direitos; implica uma linha de investigação sobre outra. Por exemplo, ao abordar questões sobre os limites dos direitos e a possibilidade de desenvolver conceitos como abuso de direitos, estamos convidados a explorar discussões recentes sobre a dignidade humana que abordem seu caráter moralista ou não-emancipatório, ideias de dignidade humana que explorem a responsabilidade que cada indivíduo tem em relação à dignidade humana incorporada em sua pessoa (WALDRON, 2013a, p. 7).<sup>75</sup>

Para compreender os direitos que são atribuídos aos indivíduos é essencial compreender os elementos que lhe fornecem a fundamentação coerente, como a dignidade, pois um fundamento é um valor que auxilia a interpretação das disposições normativas relacionadas a um direito, determinando a forma como serão os procedimentos de reivindicação desses direitos e o modo como lidar diante de conflitos de interpretação, como no caso da dignidade contraposta ao livre exercício de discurso de ódio.

Buscando compreender a afirmação de que a dignidade é fundamento de direitos humanos, Waldron propõe um exercício de aplicação de dois conceitos (dignidade humana e direitos humanos) sob quatro hipóteses. Veremos que é através da quarta (IV) e última hipótese de apreciação que a dignidade é considerada como fundamento de direitos para a instituição de um status de dignidade socialmente sustentável<sup>76</sup>. Consideremos o seguinte: { $\alpha$  = dignidade

<sup>74</sup> Cf. WALDRON, 2012a, p.14-17.

<sup>75</sup> “Rather, it instructs us to pay attention to questions about dignity in trying to address questions about rights; it implicates one line of inquiry in the other. For example, in addressing issues about the limits on rights and the possibility of developing concepts like abuse of rights, we are invited to explore recent discussions of human dignity that address its moralistic or non-emancipatory character, ideas of human dignity that explore the responsibility that each individual has in respect of the human dignity embodied in his or her person.”

<sup>76</sup> Cf. WALDRON, 2013a, p. 13-13. Consideremos ainda que, nesses casos, os direitos humanos podem ser compreendidos como conceito, ou como uma lista de direitos, ou como a prática de sua aplicação e reivindicação, sendo que, todos estes podem ser compreendidos em termos morais e jurídico- normativos. Desta forma, a

humana,  $\beta$  = direitos humanos}; afirmar que a dignidade é fundamento de direitos humanos, significa afirmar que, citamos:

- (i) que, por uma questão histórica e de genealogia,  $\beta$  foi gerado a partir de  $\alpha$ ;
- (ii) que  $\alpha$  é a fonte de  $\beta$ , na medida em que a aplicação de uma proposição legal pode ser a fonte da legitimidade de outra;
- (iii) que  $\beta$  pode ser derivado logicamente de  $\alpha$ , dedutivamente, ou com a ajuda de premissas empíricas; ou
- (iv) que  $\alpha$  lança alguma luz indispensável sobre  $\beta$  ou ajuda na interpretação de  $\beta$ . (WALDRON, 2013a, p. 12)<sup>77</sup>.

Sendo assim perante a última hipótese (IV), que é a que interessa para essa discussão, a dignidade lançaria uma luz indispensável sobre os direitos humanos auxiliando sua interpretação: trata-se de uma chave para a compreensão interpretativa, mas, que admite que a dignidade, como fundamento de direitos humanos é uma premissa demasiadamente abstrata, da qual derivam esses mesmos direitos. Partindo do pressuposto do entendimento desses direitos como uma lista de direitos humanos aceitas de forma ampla, a dignidade torna-se um valor que serve de auxílio para a compreensão dessa lista. A partir disso podemos atribuir a ela um papel formalmente fundamental, sem, contudo, ter um sentido rigidamente teleológico. Chamá-la de fundamento é apenas uma forma de compreender o ponto central desses direitos para que se interprete disposições específicas, defina o espírito que norteie a prática e a reivindicação desses direitos, e a forma de lidar com conflitos e limitações que os envolvam<sup>78</sup>.

Fornecer à dignidade um novo significado de origem social não é virar as costas para as formas que a dignidade se apresenta pela análise de premissas legais, como um direito e um valor fundamental. Descartar os significados de premissa fundamental já fornecidos só seria possível com a certeza de que eles nada contribuem à compreensão de outros conceitos a ela atrelados como legados da filosofia moral e filosofia política, sendo, portanto, mais interessante explorar seus significados e suas relações com outros conceitos legais e outros conceitos morais. A sua compreensão a partir de seu uso normativo nos permite enxergar a multiplicidade de significados que o termo sugere, de modo que sejam esses significados fundamentos

---

dignidade humana como fundamento de direitos depende de sua consideração para uma proposta legal ou moral, para um conceito moral ou legal, e para práticas morais ou legais. O objetivo desta análise se concentra nas premissas jurídico-normativas.

<sup>77</sup> "(i) that, as a matter of history and genealogy,  $\beta$  was generated out of  $\alpha$ ; (ii) that  $\alpha$  is the source of  $\beta$ , in the way that the application of one legal proposition may be the source of the validity of another; (iii) that  $\beta$  can be derived logically from  $\alpha$ , either deductively or with the help of empirical premises; or (iv) that  $\alpha$  throws some indispensable light on  $\beta$  or helps in the interpretation of  $\beta$ ."

<sup>78</sup> Cf. WALDRON, 2013a, p. 12-21.



suficientemente fortes para defendermos a rejeição do discurso de ódio nos procedimentos de participação, por ser algo que viola a dignidade dos indivíduos<sup>79</sup>.

A dignidade, portanto, se tratada como status que pressupõe não apenas uma condição, mas também um fundamento de direitos, não a resume a uma necessidade de ser expressa em rol de direitos, pois ela também expressa uma ideia subjacente que demonstra a importância de cada um desses direitos em relação à humanidade. A combinação de significados permite que a dignidade seja enxergada tanto como um valor, uma condição e como um fundamento de direitos, podendo operar também como um bem jurídico a ser protegido – o status de dignidade. Dotar o indivíduo de um status de dignidade permite que eles sejam tratados como iguais, mas que tal nivelamento seja de alto valor (*high rank*), expressando a expectativa de tratamento dos indivíduos com o respeito e a deferência que antes fora atribuída apenas à nobreza. Desta forma há a interdependência entre a dignidade e a igualdade<sup>80</sup>, mas como uma condição formal que deve ser garantida aos cidadãos em um regime político qualificado pelo procedimento de participação

### 1.3.1 O Status de Dignidade Na Perspectiva De Jeremy Waldron

A dignidade humana nessa conjuntura é considerada fundamento essencial da estrutura de uma sociedade que, sob os atributos de uma sociedade moderna, busca se afastar de um Estado autoritário em direção ao Estado de Direito, e pretende atribuir a todos os indivíduos a igualdade de condições no exercício de seus direitos. A proteção normativa da dignidade em democracias constitucionais está conectada com a igualdade de condições, e nesse sentido é também o entendimento de Daniel Sarmiento que a considera um valor incorporados às estruturas institucionais do Estado, com o advento do Iluminismo, em consequência da valorização de uma condição igualitária intrínseca atribuída aos cidadãos<sup>81</sup>.

As pessoas, diferente dos animais e das coisas, não possuem preço, e sim dignidade, constituindo fins em si mesmas. Tal noção de dignidade é fundamentada em preceitos Kantianos sobre a autonomia da pessoa humana, que lhe confere a capacidade de agir de acordo com a moralidade<sup>82</sup>. Nesse sentido é o fundamento da dignidade, para John Rawls em *História da Filosofia Moral* (2005), que consiste na a capacidade de fazer a lei universal e de agir segundo o princípio de autonomia, sendo, portanto, uma característica dos seres racionais

---

<sup>79</sup> *Ibidem*, p.11.

<sup>80</sup> Cf. WALDRON, 2012a, p.45-56.

<sup>81</sup> Cf. SARMENTO, 2016, p.28.

<sup>82</sup> Cf. KANT, 1996, p. 77.

capazes de se autodeterminar de acordo com a lei moral<sup>83</sup>. Em consonância com os estudos Kantianos, Daniel Sarmiento afirma que é partir dessa ideia de dignidade que a relacionamos com a ideia de um imperativo categórico, como máximas de ações universais, válidas para todas as pessoas em todas as situações<sup>84</sup>.

Immanuel Kant, em *A Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, traz uma reflexão sobre o conceito de dignidade, ao exprimir que a ela não deve ser atribuído um valor de troca, sendo, portanto, característica da moralidade, e não apenas do direito:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. [...]. Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade (KANT, 1996, pp. 77-78).

A dignidade mostra-se um valor atrelado à condição humana, ou seja, não mercadológica, e não animalesca. Muito embora alguns estudiosos apresentem a questão da dignidade conectada com a ideia moral, como fez Kant, Waldron busca defini-la a partir de seu uso jurídico-normativo, pois pretende analisar os significados e os reflexos que a dignidade traz para as instituições jurídico-normativas da sociedade nos moldes da Democracia Constitucional.

Muito se fala em dignidade no discurso público e na literatura filosófica. Muitos podem atribuir a esse termo uma noção de honra, e outros podem atribuir a ela uma noção de valor. Meir Dan-Cohen, ao ponderar sobre a dignidade em Waldron, observa alguns aspectos interessantes da dignidade ao compará-la com a noção de honra e a noção de valor, ideia que explicaremos nas próximas linhas. Honra e valor são dois conceitos que podem ser comparados mediante quatro dimensões, são elas: quanto à sua origem, seu escopo, sua distribuição e sua força. A honra, quanto à sua origem, reflete a noção de uma posição social, um status de honra atribuído ao indivíduo, bem como regras implícitas ou explícitas que definem o status de honra; em seu escopo, a honra é princípio de alcance limitado, privilegiando alguns que ocupam determinada posição social em detrimento de outros; quanto à sua distribuição a honra é desigual, não é atribuída a todos e possui um caráter hierárquico ao refletir uma espécie de estratificação social; quanto à sua força, a honra é contingente de modo que signifique algo que pode ser merecido ou concedido e conseqüentemente retirado ou perdido.

---

<sup>83</sup> Cf. RAWLS, 2005, p. 242.

<sup>84</sup> Cf. SARMENTO, 2016, p. 50.

Por outro lado, o valor, quanto à sua origem, possui semblantes metafísicos como, por exemplo a noção de valor Kantiana (*Würde*)<sup>85</sup>, como a autonomia do indivíduo de valor incondicionado. Seus conceitos, seus significados são subjetivos, relacionados ao que cada um acredita ser pra si algo de valor, e nesse caso, um valor incondicionado de dignidade humana; quanto ao seu escopo, o valor é ilimitado, não atingindo uns em detrimento de outros; quanto à distribuição, esse valor é universal, atribuído ao todo da humanidade; e quanto à sua força, possui muito mais força que a noção de honra, pois é categórico, concedido a todos os seres humanos independentemente das circunstâncias de sua vida. Portanto, é quase intuitivo pensar na noção de dignidade humana de acordo com o valor, e acredita-se que a preferência da noção de valor sobre a noção de honra para pensar nessa dignidade tenha sido mais bem aceita em razão de sua força ser muito maior nesse sentido.

Então, por qual motivo alguém se interessaria em atribuir a fraca noção de honra a algo de profundo significado como a dignidade? Waldron sugere ressignificar a dignidade com a noção de honra para atribuir à dignidade o aspecto de status socialmente construído àqueles que participam de um procedimento de cooperação. A dignidade, assim como a honra, teria a característica de “posição social elevada” (*high rank*), porém com ressonâncias do significado de valor, destoando da definição pura de honra fornecida no parágrafo anterior. Seu status de dignidade seria, “em cada detalhe, universal em escopo e igualitário em sua distribuição, como aquele dos mais devotos kantianos” (DAN-COHEN, 2012, p. 5)<sup>86</sup>, ao buscar distanciar-se da dignidade como atribuição hierárquica estratificada que varie de acordo com seu status de classe<sup>87</sup>.

Ao reconhecer, portanto, a fragilidade da concepção específica de honra, a proposta consiste em aproximá-la da força de um valor, elevando-a a um status de condição jurídica e socialmente atribuída ao indivíduo, de modo que não seja facilmente perdida ou retirada<sup>88</sup>. Consiste em uma tarefa de manter a dignidade sob aspectos de origem social e atribuir à mesma

---

<sup>85</sup> Cf. WALDRON, 2012a, p.13-36. A definição da dignidade dessa forma está relacionada com a tradução do termo alemão *Würde* para o inglês *Dignity*, de acordo com uma prática comum observada por Waldron. Entretanto, *Würde* está mais próximo da noção de “valor” do que o termo “dignidade” abordado em sua teoria. *Würde* expressa um valor, *Dignity*, por sua vez, transmite a ideia de *status*, e a diferenciação é possível ao reconhecer que, em teoria morais, o *status* atribuído ao indivíduo não significa esse valor, mas pode dele ser derivado. É possível distingui-los também ao reconhecer que um valor deve ser promovido, protegido, enquanto um *status* envolve respeito e consideração pelo indivíduo que o detém.

<sup>86</sup> “*His conception of dignity is every bit as universal in scope and as egalitarian in distribution as that of the most devout Kantian.*”

<sup>87</sup> Cf. DAN-COHEN, 2012, p.4-5.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 6. Meir Dan-Cohen adverte que o argumento de que a perda da dignidade como um status, da mesma força que possa ser concedida, por mudanças de um pensamento ou força bruta, é igualmente devastadora para qualquer noção fundamental da dignidade, pois nenhuma concepção seria robusta o suficiente para suportar tamanhas adversidades.

a força de um imperativo categórico<sup>89</sup>, de modo que ela possa ser vista também como uma perspectiva normativa, isto é, uma máxima que pode ser elevada à condição de norma igualmente aplicável aos indivíduos nos procedimentos de participação. Isso ocorre ao buscamos nos desvencilhar da proposta de que existe um direito natural à dignidade humana, como uma essência humana incondicionada e pouco compreensível às práticas sociais comuns. O status de dignidade advém das práticas e ações individuais e coletivas considerando-se um indivíduo quanto à sua origem social. Nesse sentido afirma Dan-Cohen afirma:

Se o portador da dignidade não é um ser incondicionado abrigado no Reino dos Fins, colocado em uma região última das coisas em si, mas um ser socialmente construído, a distância entre dignidade como posição e a dignidade como valor, diminui, e talvez as duas concepções possam convergir. Uma concepção de dignidade socialmente fundamentada poderia ser ainda, universal, igualitária, e assegurada por um imperativo categórico (DAN-COHEN, 2012, p. 7)<sup>90</sup>.

A dignidade waldroniana pode ser concebida como um status jurídico relacionado às noções de “posição” (*rank*) e “função” (*role*) do princípio, partindo de uma ideia antiga de dignidade sobre um status de titular de direitos, deferência e respeito, antes atribuído a nobreza, bem como de responsabilidades inerente ao exercício de direitos, mas em um contexto sob fundamentos modernos e igualitários atribuído à condição humana do indivíduo independentemente das circunstâncias de sua vida. Isso permite enxergar o status de dignidade não apenas como uma condição de “privilégios”, pois é essencialmente importante considerar a função desse status relacionada à responsabilidade no exercício de direitos, na qual as funções de civilidade são mais importantes do que uma posição dada por privilégios sociais.

Nessa acepção surge a perspectiva de Jeremy Waldron que enxerga no discurso da dignidade humana o seu caráter inevitavelmente social, ideia desenvolvida no teor de seus trabalhos, mas principalmente, em *Dignity Rank and Rights* (2012a). Trata-se de uma ideia compatível com a perspectiva democrática constitucional, pois a compreensão da dignidade em sua perspectiva social necessita de um “alto nivelamento” (*high rank*) do tratamento dado aos

---

<sup>89</sup> Cf. KANT, 1996, p. 48-50 “A representação de um princípio objectivo, enquanto obrigante para uma vontade, chama-se um mandamento (da razão), e a fórmula do mandamento chama-se Imperativo [...] O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma acção como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade. Como toda a lei prática representa uma acção possível como boa e por isso como necessária para um sujeito praticamente determinável pela razão, // todos os imperativos são fórmulas da determinação da acção que é necessária segundo o princípio de uma vontade boa de qualquer maneira. No caso de a acção ser apenas boa como meio para qualquer outra coisa, o imperativo é hipotético; se a acção é representada como boa em si, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme à razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é categórico”

<sup>90</sup> “If the bearer of dignity is not a noumenal self, the distance between dignity-as-rank and dignity-as-worth shrinks, and the two conceptions might converge. A socially grounded conception of dignity might yet be universal, equal, and secured by categorical grip.”

indivíduos, isto é, a ideia de exigência de garantias de um status de dignidade – antes atribuído apenas aos “nobres” – em igualdade de condições, ou seja, atribuível a todos. Esse status é uma concepção legal atrelada à uma espécie moderna de “posição social” (*rank*), embora a ideia moderna de posição social mantenha algumas semelhanças com a sua antiga ideia de hierarquia. A partir do campo dos direitos esse status é exemplificado pela condição de titular de direitos; esse status é semelhante às antigas concepções de “posição social de titular de direitos”, mas que agora busca operar em um ambiente novo com objetivos igualitários<sup>91</sup>.

A dignidade como um status, para Waldron é, portanto, um termo que indica a existência de um status, de uma condição, legal, política e social, de elevado valor, ou de “alta posição”, conferido a todos, sem distinções. Podemos visualizar a dignidade como um status geral fundamental, bem como, perceber a existência de regras específicas que a protegem de forma positiva, garantindo o seu usufruto, e também através de normas de prestação negativas, que proíbem a sua violação, como observado no item anterior deste capítulo. Atribuir à dignidade um alto valor não significa imputá-la ao peso moral “como o peso moral de um episódio específico de prolongado prazer, como por exemplo, o cálculo felicífico de Jeremy Bentham” (WALDRON, 2012a, p. 21)<sup>92</sup>. Trata-se da possibilidade de atribuição de um status elevado que se fundamenta na dignidade, que possui aspectos característicos atribuídos antes à nobreza, como o direito de se autoafirmar (*self-disclosure*), de ser agente de si, ter autocontrole, exigir consideração e respeito, e não ser submetido a condições abjetas contrárias à noção igualitária defendida nas concepções modernas de democracia<sup>93</sup>.

O status de dignidade na democracia constitucional traz uma noção de posição social, porém “elevada” e igualitária, na tentativa de atribuir aos indivíduos comuns a dignidade antes atribuída à nobreza. A ideia é, portanto, da existência de um status que enxerga o indivíduo sob uma posição elevada de dignidade, que lhes atribui autoridade e respeito, sendo esses os dois aspectos essenciais de seus status de dignidade, conferindo ao cidadão a condição de ser agente de seus próprios direitos, e exigindo dos demais o respeito e igual consideração para que ele possa usufruir de seu direito de participação, não apenas com o peso moral, mas principalmente como um status jurídico superior.

No que tange à discussão acerca de um status, Waldron define dois tipos de status observados no decorrer da forma de organização e instituição das sociedades, explicados a

<sup>91</sup> Cf. WALDRON, 2012a, p. 14, 54-55.

<sup>92</sup> “‘Highness’, here, is not like moral weight (as in the moral weight of a particularly prolonged or intense episode of pleasure for the purposes of Jeremy Bentham’s felicific calculus.”

<sup>93</sup> Cf. WALDRON, 2012a, p.18, 47.

seguir: ele apresenta o status de classe (*sortal status*), e o status de condição (*conditional status*), para a partir disso executar a pretensão de definir a sociedade sob o governo de uma Democracia Constitucional, como protetora da dignidade, como uma sociedade de indivíduos que possuam um status de dignidade. Nesse sentido, o status de condição é um status legal atribuído aos indivíduos em virtude das condições em que se encontram, mas não necessariamente permanentes, e sim mediante escolha ou casualidade, nas palavras do autor:

Eles incorporam as mais importantes consequências legais relativas a alguns dos estágios comuns da vida humana (casamento, condenação, serviço militar, ser um alienígena) ou às vicissitudes herdadas pela humanidade comum (loucura), ou que, por azar ou por má administração, podem afetar os negócios cotidianos de uma pessoa em relação às outras (falência, por exemplo). (WALDRON, 2012a, p.58)<sup>94</sup>.

Já o status de classe (*sortal status*) categoriza os indivíduos tendo como fundamento a classe de pessoas a qual pertencem, definindo um ponto de partida (condição que “vem de berço”) e até mesmo o destino do indivíduo. Por exemplo, em sociedades aristocráticas, aquele que nascesse sob a condição de nobreza não detinha tal condição e não pertencia a essa classe por escolha ou por circunstâncias normais do curso de vida alcançáveis e oponíveis a todas as pessoas sem distinções. Outro exemplo é o período do Apartheid na África do Sul, ou nas Leis Jim Crow nos Estados Unidos que vigoraram nos séculos XIX e XX, que reconheciam status por classe de pessoas diferenciadas a partir da raça.

Esse status de classe é rejeitado pela perspectiva da dignidade como um status igualitário, que não admite a segregação de pessoas por classes, em virtude de todos serem indivíduos titulares de dignidade humana. A perspectiva da dignidade igualitária enxerga apenas um status, ou uma classe de pessoas no que tange à participação: a de pessoas humanas cidadãos. Isto é, ela transforma em padrão, modelo, arquétipo ou paradigma um status bastante elevado, o suficiente para ser relacionado com as intensas definições da “dignidade”<sup>95</sup>.

Para ilustrar esse status, Waldron faz uma analogia da vida comum com a condição de nobreza. Em outras palavras, seríamos todos considerados tal como apenas os nobres algum dia foram. Leiamos, agora, à letra de Waldron:

O Status padronizado das pessoas é mais como o de um conde do que como o de um camponês; mais como o de um cavaleiro do que como o de um escudeiro. [...] é mais como o status de um homem livre do que como um status de um servo ou de um escravo; é mais como um status de uma pessoa *sui juris* do que como o status de um

<sup>94</sup> “They embody the more important legal consequences of some of the ordinary stages of human life (infancy, minority), or some of the choices people make (marriage, felony, military service, being a alien), or some of the vicissitudes that ordinary humanity is heir to (lunacy) or that through bad luck or bad management may afflict one’s ordinary dealings with others (bankruptcy, for example).”

<sup>95</sup> Cf. WALDRON, 2012a, p. 58-60.

sujeito que necessita de alguém que fale por ele; é o status do titular de direitos – e não o status de alguém que esteja submetido apenas aos deveres; é o status de alguém que emite comandos ao invés do status daquele que apenas obedece (WALDRON, 2012a, p. 59-60)<sup>96</sup>.

O que Waldron precisamente quer dizer é que todos os cidadãos possuem a dignidade de reis diante de uma real perspectiva igualitária<sup>97</sup>. Desta forma, o status de dignidade seria a institucionalização dessa garantia, porém, agora, atribuída a todos os cidadãos independentemente da classe social em que nasceram ou a que venham a pertencer. Todos possuem status de dignidade que os reconhece como titulares de direito que são capazes de questionar as normas às quais estejam submetidos, capazes de exigir que sua voz seja ouvida no empreendimento de organização pública, falar por si mesmo e em nome de suas necessidades, assim como seus pares, porém, em observância às normas de boa convivência, dar espaço, ouvir e respeitar os seus semelhantes<sup>98</sup>. Waldron sugere que esse status poderia ser melhor compreendido se chamado de *cidadania jurídica*<sup>99</sup>.

Observamos a tentativa de fazer uma conexão das concepções modernas de dignidade (valor) com uma concepção antiga relacionada a posição social ocupada por determinado indivíduo (honra), justificando a necessidade de elevação da posição de dignidade de todos os cidadãos, titulares dessa “cidadania jurídica”. São os indivíduos considerados cidadãos não apenas mediante condição formal institucionalizada que signifique dizer se alguém possui a nacionalidade vinculada a um país ou a outro país. A cidadania é uma ideia que vai mais adiante, como conceito e não apenas como requisito formal. Segundo Waldron:

---

<sup>96</sup> “The standard status for people now is more like an earldom than like the status of a peasant; more like a knight than a squire. [...] it is more like the status of a free man than like a slave or bondsman; it is more like the status of a person who is *sui juris* than the status of a subject who needs someone to speak for him; it is the status of a right-bearer – the bearer of an imposing array of rights – rather than the status of someone who mostly labors duties; it is the status of someone who can demand to be heard and taken into account; it is more like the status of someone who merely obeys them.”

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 133-148. Isso faz parte de um experimento mental proposto por Waldron, um experimento imaginativo no qual se consideram privilégios anteriormente atribuídos à uma “classe nobre” como agora direitos individuais e concedidos a todos. Ele reconhece os riscos desse experimento, porque a cultura de privilégios (hoje, direitos) aristocráticos envolve uma mentalidade de arrogância, abuso e irresponsabilidade. Ele responde à crítica de Don Herzog sobre esses aspectos negativos da mentalidade de nobreza, dizendo que se trata de um experimento ilustrativo, e não definitivo. A ideia de um alto status de dignidade não incorpora a mentalidade arrogante da nobreza, em razão de seu caráter de horizontalidade. As pessoas veem a si mesmos e os outros como titulares de uma dignidade igualmente atribuída, de modo que envolva necessariamente o respeito pelo outro.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 47-48

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 60. “Legal citizenship” é a forma como o autor escolhe nomear o status de “alta posição” ou de dignidade atribuído a todos os membros da comunidade associado aos seus direitos fundamentais. A proposição de uma caracterização do indivíduo como cidadão diverge da mera formalidade de cidadania, isto é, não é circunscrita à uma condição documental formalmente reconhecida de “cidadão”. Ela intenta atribuir ao cidadão um status-único de cidadania legal, fundamentado na dignidade humana, e elementar à instituição de princípios iniciais na consolidação do dispositivo organizacional de uma sociedade que busca constantemente o alcance da justiça.

[...] deveríamos considerar as formas pelas quais a ideia de dignidade humana se mantém fiel ao antigo sistema hierarquizado da dignidade, isto é, como posição social oficial ou nobre, e que deveríamos enxergá-la em sua forma moderna como uma equalização do status elevado, e não como algo que evita completamente falar em status. (WALDRON, 2012a, p.47)<sup>100</sup>.

Alguns aspectos da dignidade na concepção de Waldron traz consigo resquícios de uma concepção antiga, executada de forma reversa. Todos seriam reis no sentido de ter a dignidade de um rei. Essa dignidade incorpora a autoafirmação e o autocontrole do indivíduo, isto é, o direito de se apresentar como cidadão e a noção de ser agente de sua própria vontade. Envolve o direito de contestar o próprio governo, as leis às quais esteja submetido, de ser ouvido, de ser levado a sério, ou seja, de ser digno: digno de preocupação, de atenção e de consideração, por possuir um direito à participação.

A palavra status remete à ideia de posição reconhecida publicamente. Uma pessoa que busca por status almeja um tipo de reconhecimento perante os demais. O que interessa aqui é essa posição publicamente reconhecida, mas não resumida às qualificações individuais (privilégios, talento, riqueza, etc.). Trata-se de um status publicamente reconhecido por todos, evidenciado por princípios, e que não é garantido apenas aos que possuem títulos de nobreza ou privilégios econômicos. Esse status de dignidade relacionado à cidadania jurídica do indivíduo agente, em condição de igualdade perante os demais, é essencial para compreender o direito de participação que será abordado no Capítulo Dois. Isto é, essa ideia de “dignidade” conectada à ideia de indivíduo portador de direitos individuais independe de suas origens, de seus talentos ou dos acontecimentos de sua vida. Trata-se de compreender a garantia da dignidade ao conceder a todos uma condição digna de vida, que antes fora direcionada apenas aos membros da nobreza.

O exercício da cidadania pressupõe responsabilidades cívicas dos agentes sociais que devem garantir o status de dignidade de si mesmo e do outro. E novamente, a dignidade possui essa força porque também configura como fundamento de direitos individuais, sendo mais do que um simples compromisso público. A dignidade como status pode ter tanto um caráter difuso, ao estabelecer a posição equitativa dos indivíduos, quanto específico ao ser ilustrada por meio de normas específicas que determinem o respeito a essa posição ou a proibição de sua deterioração. Ao interpretá-la também como fundamento para instituição de alguns direitos individuais, ela pode ser vista como um critério exigido pelo próprio direito. Isto é, o

---

<sup>100</sup> “[...] we should consider ways in which the idea of human dignity keeps faith with the old hierarchical system of *dignity as noble of official rank and that we should view it in its modern form as an equalization of high status rather than as something that eschews talk of status altogether*”



estabelecimento de direitos individuais fundamenta-se, em muitos aspectos, necessariamente na possibilidade de exercício de uma vida digna, garantida a todos, por todos.

Enquanto algumas instituições estabelecem dignidade como fundamento da sociedade – como na Constituição Brasileira a dignidade humana é fundamento da república (BRASIL, 1988) – outras normas mais específicas podem estabelecer proteções ao status igualitário de forma afirmativa, ao estipular condições concretas a serem respeitadas, mesmo que de forma negativa, como proibições de tratamentos humilhantes<sup>101</sup>. Portanto, a proposta de um status de dignidade envolve a unificação desses dois sentidos de dignidade: a dignidade geral fundamental à vida humana, que pressupõe a ideia de respeito, e uma posição social elevada de titular de direitos, deveres, e/ou proibições relacionadas a esse mesmo status, que pressupõe uma ideia de autoridade<sup>102</sup>.

A dignidade, portanto, não se resume à instituição de um rol taxativo de direitos individuais, como também fundamenta muitos desses direitos. Vê-la como fundamento de direitos e também como uma condição necessária aos indivíduos sociais, explicita a importância destes, permite que a sociedade busque a igualdade de tratamento dos agentes sociais, garantindo aos mesmos as noções de honra antes atribuídas apenas a alguns privilegiados. Ao rejeitarmos o discurso difamatório à condição de dignidade – como a limitação da liberdade de expressão para impedir o discurso de ódio – o Estado exercita a proteção e garantia da dignidade dos alvos desse discurso. Se a dignidade do cidadão é vista como direito, fundamento e condição social, a sua garantia torna-se objetivo necessário às instituições e aos agentes sociais.

Devemos salientar, entretanto, que Waldron não pretende ignorar as lições Kantianas a respeito da importância da dignidade humana como valor, mas compreende que a perspectiva que enxerga a dignidade como um fundamento de direitos não deve ser a única, podendo ser complementada por uma concepção que envolva uma construção social, que esteja entre o aspecto individual da dignidade (condição de honra), e o aspecto de valor universalmente atribuído a todos que possa executar um papel fundamentador. A origem do status de dignidade humana estaria na construção social de seres humanos sobre si mesmos como agentes de uma sociedade. A construção da noção de dignidade humana ocorre da mesma forma que o indivíduo se constitui, isto é, torna-se atributo de sua condição como ser humano e ser social acomodado

---

<sup>101</sup> Cf. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948, *online*; PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1992a, *online*. Por exemplo, A DUDH em seu Artigo 5 dispõe sobre a garantia de que nenhum indivíduo será submetido à tortura, tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, de forma semelhante ao instituído pelo PIDCP no Artigo 7.

<sup>102</sup> Cf. WALDRON, 2012a, p. 18-19.

em um procedimento de cooperação e convivência, portanto, podendo atribuir à dignidade, nesse sentido, um escopo universal nos procedimentos de participação.

O desafio é atribuir à noção de dignidade como posição socialmente construída um verniz de valor Kantiano, de modo que faça parte da inteligibilidade da capacidade de ser racional do indivíduo, sem, contudo, adentrar questões incondicionadas e pouco compreensíveis ao indivíduo comum. O intuito disso é dar à dignidade o caráter de ser alcançável e de ser compreensível a todos, para que o indivíduo compreenda a importância de sua agência como ser social, como parte integrante de sua própria humanidade. Agir racionalmente seria agir a partir da compreensão dessa humanidade e do status de dignidade a ela atribuído, agir por um dever compreensível – de garantir a dignidade em igualdade de condições – para que um “fim” – a defesa dos direitos individuais em cooperação harmoniosa – seja perseguido por todos, e mais importante, que seja um fim alcançável, compreensível e respeitado<sup>103</sup>. Envolve a compreensão dos valores endossados pelo outro em uma atmosfera de reciprocidade, mas que reconhece que seu reconhecimento e compreensão por todos depende de razões razoavelmente sustentáveis perante o ideal de razão pública de Rawls em uma sociedade bem-ordenada<sup>104</sup>.

Portanto, status de dignidade é apenas uma conveniência expositiva, sendo um status jurídico qualificado por um conjunto de direitos, deveres, limitações, imunidades, poderes, privilégios e sujeições atribuídas à pessoa em virtude da condição em que ela se encontra como cidadão<sup>105</sup>. Não constituem esses elementos em um rol taxativo arbitrário, e sim uma lista de proposições jurídicas complementada por outras proposições, que juntas deem sentido a esse rol de direitos transmitindo uma ideia subjacente sobre uma circunstância particular da condição humana: a dignidade<sup>106</sup>. Desta forma, o status de dignidade waldroniano possui aspecto procedimental, como uma condição que lhe pressupõe cidadania que exige respeito dos demais indivíduos por um fundamento de dignidade humana no exercício de direitos, e que pressupõe a esse indivíduo o caráter de ser autoridade para discutir em termos razoáveis, sobre os mesmos direitos.

Neste capítulo discutimos a ideia de democracia constitucional e como a dignidade humana figura nesse instituto. Trata-se de um arranjo político que busca instituir aos indivíduos

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 49-50.

<sup>104</sup> Cf. RAWLS, 2000, p. 364-379. Trata-se da noção de cooperação recíproca entre os indivíduos em uma sociedade bem-ordenada. Ela deve ser incluída, pelo menos implicitamente no conteúdo dos princípios de justiça de uma sociedade, devendo ser publicamente reconhecida por todos aqueles que cooperam. Rawls chama essa noção de reciprocidade de “união social de uniões sociais” que possibilita que um determinado regime de governo norteie as atividades que contribuam efetivamente em nome de um bem-estar geral. Isso corresponde ao distanciamento de uma concepção de justiça composta por uma infinidade desgovernada de interesses individuais.

<sup>105</sup> Cf. WALDRON, 2013a, p.24-25.

<sup>106</sup> Cf. WALDRON, 2012a, p. 57-61.

o exercício de liberdades fundamentais em igualdade de condições e fundamentados na dignidade da pessoa humana. A nomenclatura democracia constitucional diz respeito à uma teoria de autoridade que visa estabelecer a competência decisória sobre direitos fundamentais. Desta forma, a proposta pressupõe que a garantia de direitos fundamentais à democracia é responsabilidade tanto dos indivíduos como do Estado. Em situações excepcionais a tomada de decisões acerca de direitos fundamentais pode ser feita mediante decisão judicial contramajoritária, mas somente quando verificada a violação de preceitos fundamentais democráticos e a impossibilidade da garantia desses preceitos realizada pelo procedimento legislativo. É essencial que sejam garantidos aos indivíduos a capacidade de desenvolver concepções de justiça que criem uma cultura política que procura defender os fundamentos de uma democracia, através do ideal de razão pública.

A sociedade democrática constitucional pode ser fundamentada na ideia de sociedade bem-ordenada rawlsiana, a qual demanda o reconhecimento recíproco de um acordo público fundamentado em princípios de justiça historicamente determinados que traduzam o compromisso com valores protegidos pelas constituições de direitos, como as liberdades fundamentais em igualdade de condições e a proteção da dignidade humana. Nesse ideal de sociedade as pessoas assumem a responsabilidade de exercer suas liberdades fundamentais em espaços públicos de discussão em consonância com valores minimamente democráticos, principalmente em se tratando de desacordos razoáveis que devem ser fundamentados na razão pública.

A ideia de razão pública, também rawlsiana, diz respeito à necessidade de justificação de argumentos publicamente defendidos em caso de desacordos, que necessariamente devem ser adotados por agentes públicos e ratificados pelos cidadãos. Desta forma, é possível desenvolver um senso público compartilhado de justiça fundamentados em razões públicas minimamente razoáveis, ou seja, que possam ser aceitos pelos cidadãos que reconhecem suas responsabilidades como cidadãos, e deliberam de acordo com princípios de justiça fundamentais à democracia, como a dignidade da pessoa humana. A defesa da razão pública em Waldron possui um caráter mais procedimental, de modo que em procedimentos de participação o cidadão só poderá adotar na argumentação pública desacordos que se mostrem razoáveis, sendo que, o discurso de ódio não é um tipo de desacordo razoável, e, portanto, não deve ser adotado como mecanismo de argumentação em procedimentos de participação exercido por agentes que são responsáveis no exercício de seus direitos.

A dignidade humana é protegida pelo ordenamento jurídico tanto em âmbito nacional quanto internacional, demonstrando ser um importante fundamento de direitos dos mais básicos

e como uma condição exigida pelos mesmos direitos. Em razão de seus múltiplos significados extraídos das disposições normativas que a consideram, a proposta de instituição de um status de dignidade consiste em considerá-la não apenas como fundamento de direitos, mas também como uma condição, um status que deve ser garantido aos titulares de direitos, responsabilidades e funções cívicas, bem como, deve ser seriamente considerado em debates públicos que visam o aperfeiçoamento de direitos.

O status de dignidade torna-se uma condição formal atribuída aos integrantes de uma sociedade que o reconhece como agente participativo capaz de administrar suas ações, buscando desenvolver direitos fundamentais em condição de igualdade, principalmente aos menos favorecidos. Sendo assim, a dignidade incorpora a autonomia política do indivíduo sobre questões particulares de concepções de bem ou questões coletivas, como o desenvolvimento de um senso de justiça essencial para as diretrizes do exercício de um direito de participação.

O próximo capítulo discutirá a conexão entre a noção de status de dignidade com o direito de participação do indivíduo, reconhecendo-o como algo essencial à configuração de uma sociedade democrática constitucional bem-ordenada. Ao compreendermos os elementos que fundamentam a sua participação, poderemos compreender como discurso de ódio é prejudicial às premissas de uma sociedade democrática constitucional.

## **CAPÍTULO 2 - O DIREITO À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NO CONTEXTO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL – PAREI AQUI**

No capítulo anterior, compreendemos a democracia constitucional como um arranjo político cuja participação dos indivíduos figura como pressuposto para a justificação da legitimidade democrática de decisões e normas sobre direitos, uma vez que a democracia possa ser compreendida como forma de governo que se orienta pela vontade de seu povo. O indivíduo, compreendido como um cidadão nesse ideal de democracia, pode ser qualificado na proposta waldroniana, por uma espécie de status de dignidade o qual consiste em uma condição formal lhe atribui titularidade de direitos fundamentais e principalmente lhe confia a responsabilidade pela manutenção e aperfeiçoamento desses direitos. A perspectiva do status de dignidade pressupõe a agência participativa do indivíduo como uma condição exigida pela ideia de dignidade humana, a qual também fundamenta direitos básicos em uma configuração democrática de sociedade, unificando os significados de condição e valor atribuídos à dignidade humana, e reconhecendo-a como uma condição formal subjacente à instituição de direitos fundamentais. Nesse sentido, os procedimentos públicos decisórios que intentam a instituição desses direitos, dada a infinidade de concepções individuais sobre a dignidade, devem ser fundamentados e motivados pela ideia de razão pública, de modo que não incorporem em suas razões aquelas advindas de concepções de bem particulares que não sejam minimamente razoáveis e não contribuam para um acordo coletivo fundamentado na cooperação equitativa.

O status de dignidade waldroniano, como visto no capítulo anterior, é uma condição formal que enxerga o cidadão como agente participativo em igualdade de condições com o demais, atribuindo a todos a mesma capacidade para contribuir em decisões sobre direitos. Desta forma, a participação política se torna um elemento essencial da configuração de uma democracia que busca conferir autoridade aos indivíduos, pois é através da possibilidade de participar que o indivíduo se expressa, de acordo com valores e concepções que julga ser razoáveis, para fornecer a defesa de determinada concepção que contribua para as decisões sobre direitos. Nesse sentido surge a proposta de Waldron principalmente em *Law and Disagreement (1999a)* e *The Dignity of Legislation (1998b)*, que, em se tratando de teorias de autoridades sobre direitos, deve-se dar preferência pelas decisões legislativas como modo de atribuir legitimidade democrática à decisão, pois decisões contramajoritárias podem possuir aspecto antidemocrático, por serem tomadas por elites políticas que não são democraticamente eleitas pelos cidadãos, e ele fundamenta sua afirmação na proposta de que a participação

política deve ser compreendida como um direito político, a partir das circunstâncias da política para que se chegue a uma decisão cujos fundamentos sejam minimamente razoáveis.

Ao afirmar que um direito à participação é mais bem compreendido a partir das circunstâncias da política, Waldron quer compreender a autoridade do direito, mas especificamente, da legislação diante de circunstâncias que demandam um procedimento decisório técnico, sendo aquelas que nos permite compreender a diversidade de virtudes políticas, como a civilidade, a tolerância, a oposição leal e o Estado de Direito, logo são indispensável para compreender ideias de obrigação, respeito, e autoridade sobre direitos. A ideia de circunstâncias da política é desenvolvida através de outra adaptação de uma ideia rawlsiana, sobre circunstâncias da justiça, para o cenário de disputas políticas. As circunstâncias da política incorporam um papel argumentativo que justifica a possibilidade e a necessidade de regras e princípios, e assim como a justiça, a política também necessita de condições que deem sentido às suas instituições, e, portanto, a ela é vinculado um mesmo papel argumentativo sobre autoridade do direito em procedimentos democráticos.

Desta forma, são duas as circunstâncias da política. A primeira é a necessidade que é sentida pelos cidadãos, de se obter um esquema, um curso de ação comum ou uma decisão sobre determinada questão de direitos. Essa circunstância diz respeito à ação de uma comunidade política, e, portanto, com relação a uma necessidade de decisões, esquemas ou ações comuns, sob os quais os cidadãos agem conjuntamente, participam de práticas políticas, e estabelecem instituições. É uma necessidade sentida pelos cidadãos, pela qual acreditam ser necessário o estabelecimento de um curso de ação conjunta. A segunda circunstância da política é o desacordo, sob o qual incida um esquema, decisão ou curso de ação comum. Para o autor é o desacordo, e não um consenso ideal que permite as mudanças da democracia moderna. O desacordo como uma circunstância da política toma emprestada a ideia de Rawls dos fardos do julgamento. Essa ideia reconhece a existência de diversos e numerosos empecilhos ao exercício correto e consciente dos poderes da razão e e julgamento na vida política comum, conferindo obstáculo para ideias de consenso, ainda que seja entre pessoas razoáveis. Os desacordos não devem ser ignorados em uma sociedade bem-ordenada sob o argumento de que os cidadãos não discutem sobre questões fundamentais de justiça (ainda que sejam somente em detalhes de aplicabilidade dos princípios de justiça), pois é através desses mesmos desacordos que faz com que a sociedade necessite de uma decisão em comum, de um curso de ação quando há a necessidade de sua instituição<sup>107</sup>. As circunstâncias da política são as circunstâncias que

---

<sup>107</sup> Cf. WALDRON, 1999a, p. 101-106. Nesse sentido Cf. BALDIN, 2015, p. 65-86.

demonstram as condições que operam determinada sociedade, de modo que se possam estabelecer procedimentos em igualdade de condições no exercício de direitos. É através dessas circunstâncias que nós identificamos as disparidades no exercício de direitos e a vulnerabilidade de alguns grupos historicamente desfavorecidos no alcance de condições minimamente democráticas.

Como muito bem pontuado por Mateus de Campos Baldin em *O princípio Majoritário e a Fundamentação da Autoridade e da Legitimidade do Direito Democrático*, os debates controversos sobre direitos têm sido realizados no âmbito do judiciário e discutidos em teoria de direitos a partir da interpretação desses direitos em consonância com princípios e normas estabelecidas na sociedade. Como exemplo, o autor elenca uma série de decisões judiciais tomadas pela corte constitucional no Brasil, o Supremo Tribunal Federal – STF – que envolvem diversos assuntos sobre aplicabilidade e constitucionalidade de determinados direitos, como como a constitucionalidade do racionamento de energia elétrica<sup>108</sup>, a permissão de violência contra animais em eventos como brigas de galo e farra do boi<sup>109</sup>, a coleta forçada de material genético para exame de DNA<sup>110</sup>, a obrigatoriedade estatal de fornecimento de medicamentos às pessoas com problemas de saúde<sup>111</sup>, a legalidade de manifestações a favor de descriminalização de drogas<sup>112</sup>, a impossibilidade de prisão do depositário infiel<sup>113</sup>, o reconhecimento das entidades familiares formadas por casais do mesmo sexo<sup>114</sup>, entre outros<sup>115</sup>.

---

<sup>108</sup> BRASIL. 2001. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 9 / DF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14749488/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-9-df>. Acesso em 10 de maio de 2021

<sup>109</sup> BRASIL. 1997. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 153.531 / SC. disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>; BRASIL, 2005. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2514 / SC disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14737214/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2514-sc>; BRASIL. 2011a. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1856/RJ, disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626753/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1856-rj-stf>. Acesso em 10 de maio de 2021

<sup>110</sup> BRASIL. 1994. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 71373 / RS. disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747033/habeas-corpus-hc-71373-rs>. Acesso em 10 de maio de 2021

<sup>111</sup> BRASIL. 2010. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2021

<sup>112</sup> BRASIL. 2011b. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4274 / DF. disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21585355/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4274-df-stf/inteiro-teor-110379937>. Acesso em 10 de maio de 2021

<sup>113</sup> BRASIL. 2008a. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 87585 / TO. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em 10 de maio de 2021

<sup>114</sup> BRASIL. 2011c. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 / RJ. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>. Acesso em 10 de maio de 2021

<sup>115</sup> Cf. BALDIN, Mateus de Campos. O princípio majoritário e a fundamentação da autoridade e da legitimidade do direito democrático segundo Jeremy Waldron. Porto Alegre: UFRGS, 2015. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/seminariodofilosofiadodireito/publicacoes/legitimidade-e-autoridade-do-direito>. Acesso em 10 de maio de 2021.

Para Waldron, as discussões sobre direitos se concentraram na interpretação judicial de normas e princípios fundamentais, em virtude de uma perspectiva constitucionalista que cresceu após a Segunda Guerra Mundial como forma de combater as desigualdades e violências permitidas pelo próprio sistema jurídico, ainda que um princípio de igualdade de tratamento já estivesse normativamente positivado. O autor defende, principalmente em *The Dignity of Legislation* (1998b) que a participação deve ser considerada a partir do âmbito político, e deve-se considerar a legislação como a principal expressão da vontade do povo através de seus representantes eleitos<sup>116</sup>, pois, a interpretação jurídica costuma deixar de lado, como já apontado por Cristina Consani no capítulo anterior, a dimensão propriamente política do direito, concentrando as discussões no raciocínio judicial e nos procedimentos de interpretação do direito pelo Poder Judiciário. Ao discutir sobre autoridade decisória sobre direitos, filósofos políticos argumentam com frequência sobre o papel dos tribunais, sobre decisões judiciais, discussões sobre interpretação jurídica, e a forma como devem operar essas instituições, deixando para um plano secundário a questão da autoridade legislativa<sup>117</sup>. Para o autor, a filosofia política incorpora a filosofia do direito, e o descrédito com a legislação valoriza o trabalho do Poder Judiciário e demonstra desconforto com a ideia de democracia majoritária, que pode ocorrer em virtude de uma preocupação com a grande número de participantes na decisão majoritária e pela suscetibilidade dos legisladores às paixões e concepções nocivas. Desta forma, torna-se tarefa da filosofia política também analisar a questão de autoridade decisória sobre direitos a partir da perspectiva representativa e legislativa, por ser uma forma de conferir autoridade decisória aos participantes de um governo democrático<sup>118</sup>.

Assim sendo, a participação é tratada em um contexto político, como um direito político, que opera sob circunstâncias da política que consistem em circunstâncias a partir das quais se estabelece um procedimento que possibilite um acordo razoável. Um processo político determina nossos objetivos como sociedade, o conteúdo e a distribuição de direitos fundamentais, e de acordo com as circunstâncias da política, é possível compreender e instituir procedimentos decisórios democráticos diante de desacordos sobre direitos, pois a especificação de direitos ocorre por intermédio de processos políticos<sup>119</sup>. Desta forma, a participação intenta uma ação coletiva, cuja necessidade de organização de uma ação conjunta

---

<sup>116</sup> Cf. Waldron, 1998b, p. 26.

<sup>117</sup> Cf. Waldron, 1998b, p. 1-2.

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> Cf. WALDRON, 2013b, P. 321.



é sentida pelos indivíduos, diante de desacordos que envolvam concepções irreconciliáveis<sup>120</sup>. Nesse sentido afirma Mateus Baldin:

Há na teoria da autoridade do direito de Waldron, a pressuposição de um certo tipo de sociedade com um certo tipo de cidadão, a qual pode ser descrita como uma visão do que seria, nos termos de John Rawls, uma sociedade ou comunidade política bem ordenada, na qual os atos de coerção e a distribuição do poder político estão ordenados de tal modo a serem legítimos e a terem autoridade sobre os cidadãos (BALDIN, 2015, p. 22).

Em uma sociedade bem-ordenada, as normas jurídicas não devem ser vistas meramente como a expressão da opinião da maioria dos cidadãos, devendo ser compreendidas como algo cuja existência se dê em nome da comunidade política como um todo, independentemente de seu conteúdo. Desta forma, o direito possui autoridade para exigir a obediência dos cidadãos, a partir da ideia de equidade, mesmo daqueles que acreditam possuir boas razões para não o obedecer. As razões para a ação política devem ser fundamentadas em razões de equidade, pois o êxito da apreciação da participação sob as circunstâncias da política é tratar todos com o mesmo grau de consideração e respeito em procedimentos de tomadas de decisão, buscando conceder ao indivíduo o maior poder decisório possível compatível com um peso equânime atribuído a cada cidadão<sup>121</sup>. Na sociedade bem-ordenada, o indivíduo contribui ao participar das decisões que interfiram no exercício de seus direitos a partir da visão de mundo que adota para si, para a vivência da própria vida e persecução dos próprios fins. Os valores adotados pelo indivíduo são refletidos no modo como ele interpreta os próprios direitos e as condições relacionadas ao exercício desses mesmos direitos. Necessariamente os dissensos e os desacordos estarão envolvidos, pois o que cada indivíduo considera para si como um valor essencial ao desenvolvimento de suas faculdades morais, difere daquilo que outro indivíduo considera como tal, podendo surgir desacordos em escalas maiores que suscitem uma decisão coletiva diante dos entraves de sua aplicação<sup>122</sup>.

Nesse sentido, os debates sobre direitos podem ser compreendidos com expressões das diferentes concepções de bem entre os diferentes grupos que compõem a sociedade. Como

<sup>120</sup> Cf. WLADRON, 1999a, P. 99-101.

<sup>121</sup> *Ibidem*.

<sup>122</sup> Cf. WALDRON, 2012c, p. 162. Waldron procura responder ao argumento de Edwin Baker de que leis contra o discurso de ódio viola a autonomia do indivíduo, em virtude de ferir sua *self-disclosure*, pois não é possível obrigar os indivíduos a modificar os valores que eles adotam como essenciais para a própria vida, pois isso seria como não apenas obriga-los a mudar de roupa, mas de trocar a própria pele. Na ocasião ele responde ao argumento dizendo que o *self-disclosure* considerado por Baker não possui apenas uma função expressiva como também uma função interativa, de modo que o indivíduo que deseja se “auto-divulgar” por intermédio de discursos difamatórios contra grupos vulneráveis não busca a defesa de uma liberdade e sim o direito de se mostrar sujeito preconceituoso, e isso traz consequências a um procedimento de participação que intenta ser igualitário e proteger os grupos vulneráveis aos discursos de ódio de terem sua dignidade violada.

observado no capítulo anterior, o fato do pluralismo identificado por John Rawls nas sociedades modernas, nos permite enxergar a sociedade marcada por uma infinidade de doutrinas abrangentes sujeitas aos desacordos. Esse mesmo fato do pluralismo demanda, segundo a ideia de razão pública rawlsiana, que as concepções sejam não apenas abrangentes, mas também razoáveis, pois, como discutido no capítulo anterior, Waldron considera o descordo razoável não somente uma característica da sociedade democrática moderna, mas uma característica de uma sociedade bem-ordenada.

Assim sendo, o indivíduo exerce o seu direito de participação ao exigir que suas demandas sejam ouvidas e consideradas em procedimentos de tomadas de decisões, desde que em conformidade com um ideal de equidade. Relacionar a participação com a ideia de equidade não significar considerar apenas um exercício de articulação de argumentos com impactos decisivos, ou, em outras palavras, considerar apenas uma disputa de razões que pressuponham meramente a derrota de um argumento e o êxito de outro. A ideia de equidade como um pressuposto da participação se dá principalmente em virtude da preocupação com a condição de grupos historicamente menos favorecidos em procedimentos de participação<sup>123</sup>.

A participação para Waldron constitui um direito que engloba diversos direitos individuais que permitem sua participação (como liberdade de expressão, liberdade de crença, de associação, etc.), por meio dos quais o cidadão sustenta suas concepções visando contribuir para o aperfeiçoamento de direitos. Ao considerá-lo um direito político, o autor afirma que ele não deve ser resumido a um amontoado de direitos individuais disputando espaço de aplicação, visando apenas o êxito de determinada interpretação sobre outro, pois como observado no capítulo anterior, a mera instituição normativa de liberdades fundamentais como direitos oponíveis ao arbítrio do Estado não é suficiente para a garantia (*assurance*) de que sejam exercidos em caráter de igualdade, devendo essa garantia ser demonstrada na prática política dos cidadãos. A participação, portanto, intenta o estabelecimento de uma base de ação sob a qual muitos titulares de direitos fundamentais atuarão em conjunto para fornecer contribuições nos procedimentos decisórios, pois direitos políticos não conseguem ser assegurados por uma norma que apenas restringe a força executiva do Estado<sup>124</sup>.

Uma sociedade bem-ordenada é efetivamente regulada por uma concepção de justiça que confere ao cidadão o direito de participar, pois enxerga-o como agente de seus pensamentos, dotado de capacidade moral para deliberação razoável, e que transcende à mera preocupação com interesses individuais. Ainda que o cidadão não faça a escolha mais justa, lhe devem ser

---

<sup>123</sup> Cf. WALDRON, 2013b, p. 311-314.

<sup>124</sup> Cf. WALDRON, 2013b, p. 309-310.

garantidos meios para ponderar razoavelmente suas razões que envolvam escolhas. Nas circunstâncias da política, o indivíduo pode se encontrar submetido a uma obrigação ou a uma responsabilidade, ainda que ele considere sua sujeição indesejável. Por exemplo, quando o indivíduo não concorda com a impossibilidade de poder proferir suas ideias por intermédio de um discurso de ódio difamatório, mas compreende que, para um procedimento de participação harmonioso, ele pode estar sujeito a um conjunto de regras a serem cumpridas, devendo se atentar às responsabilidades inerentes ao exercício da liberdade de expressão, e, portanto, não a exercer de modo a causar danos aos outros indivíduos. É função da política e função do direito estabelecer estruturas sociais e orquestrar as agências coletivas quando diante de controvérsias de difícil resolução<sup>125</sup>.

A compreensão do direito de participar em igualdade de consideração nas decisões políticas da sociedade, integra a concepção de democracia constitucional representativa, de modo que sejam estabelecidas instituições políticas que visam a participação comprometida com o ideal de equidade, e que compreenda a legislação como principal fonte do direito na democracia. De acordo com Waldron em *Can There Be a Democratic Jurisprudence?* o direito representa soluções públicas para problemas que são públicos, e as normas que os instituem não devem funcionar apenas como meros comandos reconhecidos pelos participantes em uma prática que visa ação coletiva, devendo ser compreendidas como normas que existem em função de uma comunidade política relacionadas às questões que são de interesse dos membros dessa mesma comunidade<sup>126</sup>.

Assim sendo, Waldron interpreta a tradição política do liberalismo como aquela comprometida com uma concepção que promova o exercício de liberdades fundamentais em respeito à ideia de equidade, gerando um compromisso que pressuponha que as diretrizes de uma prática política sejam aceitáveis ou passíveis de serem aceitas por todos os cidadãos, isto é, de acordo com o critério de reciprocidade exigido na ideia de uma sociedade bem-ordenada. A tradição liberal política tem como uma ideia central também a estrutura de direitos que regulem ou imponham limites às ações do cidadão nas práticas políticas, devendo tal estrutura ser compreendida como uma posição de segurança, com a qual se pode contar em caso de desacordos irreconciliáveis. Trata-se de uma tradição que aponte para a necessidade de uma estrutura de direitos afastada de laços comunais ou pessoais, e com a qual as pessoas possam contar como uma base segura para ações políticas no exercício de participação<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> Cf. WALDRON, 2013b, p. 323-330.

<sup>126</sup> Cf. WALDRON, 2008, p. 14-43.

<sup>127</sup> Cf. WALDRON, 1993, 374-379.

Ao discutirmos sobre uma estrutura de direitos que seja compatível com a ideia de uma sociedade bem-ordenada, inserimos na discussão o questionamento de se discursos de ódio difamatórios devem ser considerados por parte legítima do direito à liberdade de expressão em procedimentos políticos de participação. Devemos compreender a ideia waldroniana da participação como direito de extrema importância para uma democracia constitucional representativa, que engloba a liberdade de expressão, de modo a compreender a importância desse direito fundamental para sociedades democráticas e a sua conexão com o status de dignidade da proposta waldroniana, afastando o discurso de ódio do campo semântico do conceito de liberdade de expressão.

Para atingirmos esse objetivo, o capítulo dois encontra-se dividido em duas partes. A primeira parte será dedicada à compreensão do direito de participação como um direito político que opera sob circunstâncias da política. São as circunstâncias da política que determinarão a forma como desacordos sobre direitos irão operar em uma sociedade que confere aos seus indivíduos um status de dignidade que o atribui titularidade de direitos fundamentais e responsabilidade pela manutenção desses direitos demonstrados em práticas políticas. Na segunda parte iremos compreender como Waldron se apoia na ideia de sociedade bem-ordenada rawlsiana para justificar a necessidade de instituição de termos equitativos de cooperação, como uma base para ações coletivas e políticas fundamentadas na ideia de equidade, pois a igualdade pressuposta pelo direito de participação está intimamente conectada com o status de dignidade e exercício de liberdades fundamentais em procedimentos políticos. O critério da reciprocidade rawlsiano demonstra a necessidade de um procedimento coletivo que saiba lidar com desacordos, devendo estes serem razoáveis, em respeito ao status de dignidade, principalmente dos menos favorecidos. Waldron não utiliza toda a teoria de justiça de Rawls para fundamentar sua perspectiva de democracia, pois ele acredita que as decisões sobre direitos são mais democráticas se tomadas pelos meios legislativos após a deliberação dos cidadãos, e tenta afastar sua concepção da necessidade de instituir pré-compromissos fundamentais, pois até mesmo esses pré-compromissos devem ser decididos de acordo com a interpretação majoritária da vontade da sociedade, mas reconhece que em sociedades reais isso pode ser controverso.

Desta forma o autor se apoia na ideia de sociedade bem-ordenada para afirmar que até mesmo nesse ideal de sociedade, em que todos aceitam e reconhecem que os demais aceitam os mesmos princípios de justiça, é utópico pensar em uma sociedade que não necessita de normas coercitivas e restritivas de direitos, como leis contra um discurso de ódio, ao questionar sobre a aparência de uma sociedade bem ordenada marcada por episódios de discriminação causados pelo discurso de ódio. Em sociedades reais isso pode ser não apenas possível como

algo necessário para garantir uma participação igualitária. Após compreendermos como é tratada a ideia de participação, poderemos prosseguir para discutir sobre a liberdade de expressão no intuito de afastar o discurso de ódio do campo semântico dessa liberdade.

## 2.1. O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO EM JEREMY WALDRON

A participação do cidadão em democracias constitucionais representativas considera os indivíduos como seres dotados de racionalidade e capacidade para compreender que não deve ser o único sujeito a ter perspectivas, valores e necessidades considerados em discussões sobre direitos, isto é, capacidade para ser razoável<sup>128</sup>. A capacidade de ser razoável permite que indivíduo reconheça e compreenda que suas reivindicações públicas não devem ser guiadas por crenças particulares, especialmente se estas forem fundamentadas em uma cultura difamatória e discriminatória contra minorias<sup>129</sup>. Os indivíduos que exercem a participação compartilham entre eles um compromisso com a equidade, isto é, com a real igualdade de condições no exercício da participação, ainda que seja necessário, segundo Rawls em *Justiça como equidade: uma reformulação*, um esquema de adequação de normas e comportamentos para que se compreenda a importância desse compromisso<sup>130</sup>. Nesse sentido, Daniel Sarmiento esclarece que há uma ideia de autonomia do indivíduo sob um caráter instrumental político que visa a integração dos menos favorecidos nos procedimentos de participação, pois a sociedade bem-ordenada intenta promover melhorias nas condições de vida daqueles que foram excluídos, e deve, por vezes, conferir um peso político maior às demandas desses grupos vulneráveis diante da desigualdade de acesso à agenda de instituições eletivas, e portanto, tende a proteger de forma mais concisa a dignidade de membros de grupos vulneráveis como uma forma de equalizar o acesso aos direitos, oportunidades e recursos<sup>131</sup>.

Logo, o direito de participar é o de contribuir em processos de resolução de controvérsias relativas aos direitos e suas práticas, para que possamos deliberar sobre os objetivos de uma sociedade e as concepções de justiça pelas quais a gestão política e a instrumentalidade sejam definidas, e, bem como, para determinar o conteúdo, distribuição e aplicabilidade dos direitos

---

<sup>128</sup> A capacidade de ser razoável, no sentido rawlsiano, diz respeito à faculdade moral do indivíduo da capacidade de desenvolver um senso compartilhado de justiça, que, juntamente da capacidade de desenvolver uma concepção de bem, compõe as faculdades morais dos indivíduos, cujo desenvolvimento é essencial para uma sociedade bem-ordenada. Cf. *Supra* página 22-13.

<sup>129</sup> Cf. WALDRON, 2013b, p. 312.

<sup>130</sup> Cf. RAWLS, 2003, p. 60-62. Esse entendimento de Rawls diz respeito ao primeiro princípio de justiça, um princípio de liberdades fundamentais, em que todos possuam o direito a um esquema adequado de liberdades fundamentais iguais, compatível com o mesmo esquema de liberdade para todos os indivíduos

<sup>131</sup> Cf. SARMENTO, 2016, P. 148.

individuais desde que não fundamentadas em concepções particulares de cunho discriminatório e excludente<sup>132</sup>.

Waldron considera a participação como um direito e lhe confere tamanha importância ao ponto de concluir, em termos de direitos, que a participação política configura o mais importante de todos os direitos, fundamentada na ideia de que o indivíduo humano é considerado um agente pensante dotado de habilidade para deliberação moral, transcendendo os interesses individuais e enxergando o mundo a partir de um ponto de vista do outro. Nesse sentido, “o recurso aos direitos demonstra que o recurso à equidade é compatível e exigido pela moralidade dos direitos” (BALDIN, 2015, p. 145), de modo que conferir aos indivíduos o direito de participar consiste na confiança na capacidade de pensamento moral de cada indivíduo, posto que, os direitos incorporam também a possibilidade de agir de forma moralmente errada em determinado âmbito de escolha, algo que é importante para o desenvolvimento das faculdades morais dos indivíduos. Os indivíduos, portanto, são capazes de reconhecer a existência de desacordos sobre os próprios direitos, e a discussão sobre os direitos das pessoas envolve considerar indivíduos capazes de opinar a respeito dos próprios direitos, demonstrando ser incoerente a ideia de não conceder a esses mesmos indivíduos o direito de resolver disputas que envolvem seus direitos<sup>133</sup>. Nesse sentido é a afirmação de Baldin:

E o direito de resolver disputas a respeito de direitos seria, então, o “direito dos direitos”, porque é ele que está ligado ao modo como, enquanto comunidade, decidiremos disputas a respeito de quais direitos temos, quais deveres são por eles implicados, e como resolver casos em que há recursos escassos para a satisfação simultânea de todos esses deveres. E o direito à participação política se traduz justamente na exigência de equidade: a igual consideração e respeito devido a cada membro individual da comunidade na tomada de decisão política (BALDIN, 2015, p. 146).

O direito a participação, portanto, consiste no direito de contribuir para resolução de controvérsias a respeito dos próprios direitos, diante da confiança depositada na agência participativa do indivíduo em virtude de sua responsabilidade com seus próprios direitos e com os direitos dos demais em um procedimento coletivo, conforme argumenta Waldron:

Tudo o que tenho tentado mostrar até agora é que não há nada óbvio em combinar um respeito aos direitos com uma profunda desconfiança das pessoas em suas capacidades democráticas e representativas. Portanto, não há nada de perverso em dizer: As razões que me fazem pensar no indivíduo humano como portador de direitos são as próprias razões que me permitem confiar nele como portador de responsabilidades políticas. É precisamente porque vejo cada pessoa como um potencial agente moral, dotado de dignidade e autonomia, que estou disposto a confiar às pessoas *em massa* o fardo do

<sup>132</sup> Cf. WALDRON, 2013b, p. 321-322.

<sup>133</sup> Cf. WALDRON, 1999a, p. 250-254; WALDRON, 1993, p. 81-84.

autogoverno. Uma vez que vemos isso como um conjunto inteligível de atitudes, podemos estar mais hesitantes em expressar nosso entusiasmo pelos direitos em termos de incapacidade das instituições representativas. (WALDRON, 1999a, p. 223)<sup>134</sup>.

Desta forma, a participação reconhece o cidadão como agente participativo destinatário de normas jurídicas e decisões do Estado, e principalmente os reconhece como coautores das normas, a partir do momento que busca assegurar às pessoas a possibilidade de contribuir, ainda que de modo indireto (por seus representantes eleitos) nos processos que envolvam a manutenção de direitos. Essa capacidade é instituída pelo status de dignidade waldroniano, como observado no capítulo anterior, considerando-os como agentes do direito, e não, como afirma Daniel Sarmiento, como “ovelhas de um rebanho conduzido por algum ‘governante-pastor’ que supostamente conheça os caminhos certos para a coletividade” (SARMENTO, 2016, p.148)<sup>135</sup>.

Portanto, tratar a participação como um direito que envolva outros direitos, ou como o “direito dos direitos<sup>136</sup>”, em uma teoria na qual se discute autoridade decisória sobre eles, não significa lhe conceder necessária prioridade moral de aplicação sobre outros direitos. Em vez disso, conforme o entendimento de Waldron em *Participation: the Right of Rights*, tratar a participação como um direito dos direitos, é tratá-la um direito que engloba uma série de outros direitos individuais, cujo exercício seja apropriado em situações que configurem divergências razoáveis sobre esses mesmos direitos. Direitos estes individuais, e direitos que, embora individuais, estejam inseridos em práticas políticas coletivas como o direito de participação, o

---

<sup>134</sup>“All I have tried to show so far is that there is nothing obvious about combining a respect for rights with a profound mistrust of people in their democratic and representative capacities. Accordingly, there is nothing perverse in saying: ‘The reasons which make me think of the human individual as a bearer of rights are the very reasons that allow me to trust him as the bearer of political responsibilities. It is precisely because I see each person as a potential moral agent, endowed with dignity and autonomy, that I am willing to entrust the people en masse with the burden of self-government. Once we see this as an intelligible set of attitudes, we might be more hesitant in expressing our enthusiasm for rights in terms of the disabling of representative institutions.’”

<sup>135</sup> Cf. SARMENTO, 2016, p. 148. Embora possamos perceber que a discussão feita por Daniel Sarmiento ao tratar da dignidade humana envolve uma compreensão sobre um conceito de autonomia, não iremos nos aprofundar na discussão sobre esse conceito em virtude de ser um conceito extremamente controverso para a filosofia política. Não significa, entretanto, que não consideramos ser a discussão sobre a autonomia algo que contribua para a melhor compreensão das práticas políticas dos indivíduos como agentes dos direitos na democracia constitucional. Acreditamos que seja uma discussão proveitosa a ser feita nos próximos estudos a partir deste, mas, por ora, trataremos da “autonomia do indivíduo participante” como a capacidade de contribuir razoavelmente para discussões sobre direitos, de acordo com o ideal de razão pública rawlsiano e o status de dignidade waldroniano que lhe confere essa capacidade.

<sup>136</sup> Cf. WALDRON, 2013b, 307-308. A expressão “direito dos direitos” tem sua autoria atribuída a William Cobbet por Jeremy Waldron, que argumenta ao final de seu trabalho sobre o direito de participação (2013a) que este pode ser considerado uma resposta natural do teórico de direitos ao problema da autoridade e as divergências a respeito de direitos que dão origem ao problema, concordando com a afirmação de Cobbett, portanto, que ele possa ser considerado desta forma “o direito dos direitos”.

que conseqüentemente demanda também gerenciamento e instrumentalidade política<sup>137</sup>. Desta forma, a caracterização da importância de um direito à participação expressa uma ideia de dignidade subjacente a esse direito, ao considerarmos a necessidade de um status de dignidade que pressupõe os indivíduos como agentes de seus direitos como condição de sua dignidade humana.

O status de dignidade proporciona compreender o indivíduo não apenas como um ser racional isolado, mas como uma pessoa concreta que possui necessidades. Uma pessoa que está inserida em um campo de relações sociais intersubjetivas que constituem sua própria identidade, adquirindo a dignidade, nesse sentido, uma dimensão social e relacional. Não se trata de retornar a uma concepção pré-moderna e estamental do ser humano como parte subordinada ao todo social, como também não estabelece uma concepção que se apega à visão “insular” do indivíduo como no discurso jurídico liberal burguês. A dignidade como um status permite que o indivíduo permaneça sob o aspecto kantiano como um fim em si mesmo, sem, contudo, figurar apenas como uma abstração racional valiosa em virtude de possuir a lei moral dentro de si. É uma condição que trata o indivíduo como um ser social concreto, inserido em um universo material e simbólico, capaz de exercer sua participação diante das possibilidades de relações intersubjetivas<sup>138</sup>.

A igualdade de condições no exercício da participação requer considerar um ideal que pressuponha uma espécie de compartilhamento de concepções que Waldron denomina como igualdade em “um sentido mais radical”. Trata-se da existência de uma noção de equidade que pressuponha que o indivíduo possua condições de compartilhar suas perspectivas visando o aperfeiçoamento das regras às quais se encontra submetido, mas que tal exercício possua reais condições de igualdade, e não uma igualdade meramente formal<sup>139</sup>. Considerar um ideal de equidade subjacente ao direito de participação é considera-lo um direito fundamental diante da possibilidade do envolvimento de pessoas comuns (independentemente da classe econômica, do grupo, dos interesses do grupo) mesmo que por intermédio de seus representantes, ao exercer autoridade sobre os próprios direitos. Esse compartilhamento em um sentido mais radical diz respeito não somente ao compartilhamento de concepções, valores e perspectivas de interpretação de direito pelos cidadãos comuns, mas, principalmente, diz respeito a necessidade de compartilhamento em uma comunidade política de aspectos que não são comuns aos cidadãos, como os procedimentos internos relativos ao trabalho dos legisladores, de modo que

---

<sup>137</sup> Cf. WALDRON, 2013b, p. 308, 321.

<sup>138</sup> Cf. SARMENTO, 2016, p. 50.

<sup>139</sup> Cf. WALDRON, 2013b, p. 329-330.



seja possível que o indivíduo pense como se fosse um legislador, ou melhor, que compreenda sua capacidade de contribuir como parte do trabalho desses legisladores. Da mesma forma, o legislador deve compreender que possui uma função consultiva que deve prevalecer entre suas funções, demonstrando estar no cargo para representar os interesses de uma sociedade plural e democrática.

A participação pressupõe a coexistência de modos de governo diferentes compartilhados em um regime diversificado, orientando o trabalho dos representantes legisladores pelos interesses de uma sociedade democrática. Portanto, ao classificar a participação como um direito humano, Waldron demonstra que a participação significa muito mais do que o compartilhamento de valores, perspectivas e concepções. Trata-la desta forma nos permite exigir que um direito à participação seja mais do que a exigência pela existência de um elemento popular no governo, mas, a exigência de que o elemento popular seja algo decisivo, exigindo-se a democracia e não apenas a inclusão de um elemento democrático em um regime misto<sup>140</sup>.

Portanto, tratar a participação como um direito fundamental que exige um compartilhamento em um sentido mais radical diz respeito à possibilidade de o cidadão exigir o seu direito de fazer sua própria parte em uma democracia, em consonância com uma parte igual exercida pelos demais cidadãos, isto é, de acordo com uma ideia de equidade subjacente. Deste modo, o titular de um status de dignidade é o titular de direitos que exige que seja considerado nas tomadas de decisões públicas. E considerar a participação como direito fundamental diz respeito a uma exigência de consideração dos indivíduos que reconhecem que seus interesses não são os únicos a serem considerados da mesma forma, e que seus interesses não devem ser considerados mais do que os interesses dos outros titulares de direitos em processos políticos. O indivíduo participante titular de um status de dignidade, demanda não apenas uma parte igual de consideração, mas a existência de uma lógica de equidade no exercício desse direito, consistindo em uma igualdade exercida em maior grau de efetividade individual, e consistente com uma mesma efetividade para todos.

---

<sup>140</sup> Cf. WALDRON, 1999a, p. 311-312. Waldron exemplifica essa afirmação com a participação dos Romanos no governo da república através de *Comitia* (assembleias) e também pela intercessão do Tribunal Plebeu que instituiu o primeiro cargo do estado romano a ser aberto para plebeus. Desta forma o ideal de compartilhamento trazido por Waldron diz respeito a uma participação que está relacionada aos elementos não populares na república assim como o Senado (aristocrata). está relacionado com a influência que cidadão comuns podem exercer no exercício dos cargos públicos por representantes por eles escolhidos, de modo que esses representantes exerçam uma função consultiva, mais importante que sua própria função legislativa, pois ele irá legislar de acordo com os interesses dos eleitores que os elegeram. entretanto, no ideal contemporâneo de participação nos sabemos que não basta legislar para os interesses do grupo que o elegeu, pois, suas decisões devem ser fundamentadas em um ideal de razão pública que necessita do critério de reciprocidade, como vimos anteriormente, demanda que as razões sejam minimamente razoáveis para que sejam razões públicas aceitas por toda uma comunidade política.

A ideia de compartilhamento pressupõe uma coletividade, e, portanto, a participação toma forma de direito político coletivo para Waldron em seguimento ao raciocínio de Karl Marx adotado em sua obra *On the Jewish Question*. Ao tratar dos direitos do indivíduo e dos direitos atribuídos aos cidadãos coletivamente, Marx considera este último como um conjunto de direitos relacionados à participação do indivíduo comum, exercidos em comunidade<sup>141</sup>, como o direito ao voto, a elegibilidade para cargos públicos, a liberdade de discutir e criticar normas de conduta impostas por outros procedimentos coletivos<sup>142</sup>. Portanto, a participação como direito político coletivo incorpora uma espécie de capacidade do cidadão de deliberar ativamente em sua comunidade política. Além de um direito fundamental, a participação é um direito político que opera sob circunstâncias da política, e a sua importância, ao ponto de ser considerada o direito dos direitos está conectada com a importância da agência participativa do indivíduo de acordo com um status de dignidade, e não em virtude de uma necessidade desse direito em prevalecer em âmbitos morais sobre outros direitos.

Considerar a participação um direito coletivo não significa dar-lhe a característica de um amontoado de direitos individuais disputando espaço de aplicação, mas compreender a existência de uma base de ação, a partir da qual grande número de indivíduos atuará em

---

<sup>141</sup> Cf. RAWLS, 2000a, p. 84-87. Devemos considerar aqui as diferenças entre sociedade, comunidade e associações dadas por Rawls em *O Liberalismo Político*. A título de definição o autor considera uma comunidade como um tipo especial de associação, unida por uma doutrina abrangente, como por exemplo, uma igreja. No caso de falarmos em uma comunidade política para o exercício do direito de participação falamos das pessoas que, em uma sociedade bem-ordenada, assumem papéis ativos na participação de acordo com uma concepção de justiça que fundamenta os atos desse procedimento. A diferença entre uma sociedade e uma associação é que a primeira é vista como um sistema social completo e fechado, no sentido de ser autossuficiente e ter espaço para todos os objetivos da vida humana, em que se entra pelo nascimento e só sai pela morte. A sociedade não possui objetivos ou fins últimos como uma associação, que embora possua fins compartilhados, eles podem não constituir uma doutrina abrangente e ser puramente instrumentais. Os fins constitucionalmente especificados em uma sociedade, como a ideia de uma justiça mais perfeita, os benefícios da liberdade, e a defesa comum devem se submeter à uma concepção política de justiça e a sua razão pública. Nesse sentido uma sociedade não admite conferir valor diferente aos indivíduos, como pode ocorrer em uma associação, em virtude de sua potencial contribuição para a sociedade como um todo. Pensar na democracia como uma comunidade é negligenciar o alcance limitado de sua razão pública fundamentada numa concepção política de justiça. Pensar na sociedade democrática como uma associação é supor que a sua razão pública inclua valores e objetivos não-políticos. Isso consiste em negligenciar o papel fundamental de suas instituições básicas no estabelecimento de um mundo social em que somente nele podemos nos conceber como cidadão livre e igual. Waldron provavelmente utiliza o termo comunidade para se referir a um procedimento instituído e delimitado de participação onde as pessoas escolhem participar de acordo com as regras desse procedimento, que devem ser normativamente instituídos, e caso queiram, podem não participar, exercendo apenas os direitos de participação que são coercitivos como o voto obrigatório em alguns países.

<sup>142</sup> Cf. WALDRON, 2013b, p. 308 Waldron não discute, entretanto, assim como não será objeto dessa discussão, a crítica Marxista à sociedade burguesa que aponta para a distorção do caráter coletivo do direito de participação. Nesse sentido, tal direito é utilizado como um meio para a garantia de fins específicos econômicos para uma determinada elite que detém o poder. É um problema relacionado ao direito de participação quando uma democracia não se mostra representativa. Cf. MARX, K. '*On the Jewish Question*', in Jeremy Waldron (ed.) *Nonsense Upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man* (London: Methuen, 1988), pp. 144-6.

conjunto para exercer o que Waldron denomina como a função constitucional de controle<sup>143</sup>. Necessariamente, sua instituição e aplicabilidade se dará por meio de sistemas estáveis de normas organizadas que demandem esforços para garantir direitos nela envolvidos sob determinadas condições, incluindo tanto o exercício de liberdades positivas quanto liberdades negativas<sup>144</sup>. Como um direito político que pressuponha aplicação em uma coletividade, ele é composto por direitos individuais inseparáveis de suas responsabilidades, e são cumpridos de forma mais satisfatória quando instituídos e organizados por uma agência central (Estado), do que quando deixados à mercê das preferências individuais, pressupondo, portanto, a coexistência de agências individuais em um regime diversificado<sup>145</sup>.

Dotar o indivíduo com a capacidade de lidar com os próprios direitos envolve uma confiança na agência desse indivíduo como ser capaz de deliberar de maneira adequada sobre os próprios direitos, uma vez que a democracia pressupõe a representação dos interesses de toda uma coletividade. Confiar na sua agência, de modo que ele possa escolher entre opções de ação, mas que envolvem necessariamente o respeito em relação aos outros indivíduos, não significa que não ocorrerão abusos de direitos, mas a fé na agência do indivíduo considera que sua concepção seja suficientemente bem elaborada e ponderada diante das discordâncias, para que possa ser executada sem prejuízos ao status de dignidade dos demais cidadãos<sup>146</sup>.

Retomando a ideia de Rawls sobre liberdades fundamentais sob a ótica que os enxerga como direitos fundamentais, ao falar em um direito à participação, consideramos as lições de Robert Alexy em *Teoria dos Direitos Fundamentais*, acerca das concepções de liberdade positiva e liberdade negativa. As liberdades envolvidas no direito de participação relacionam-se tanto com uma concepção positiva de liberdade – que envolve o direito a determinada ação, ou bem primário – quanto com uma concepção negativa de liberdade que envolve a alternativa

<sup>143</sup> Cf. WALDRON, 2010, p. 17-18; WALDRON, 2013b, p.308. Controle é um dos verbos que Waldron utiliza para definir a Constituição de direitos, de modo que a função de controle seja aquela exercida pelo indivíduo comum, mas relacionada com a direção dos direitos que lhe dizem respeito, vigilância.

<sup>144</sup> Nesse sentido é o argumento de que direitos políticos não conseguem ser garantidos apenas com a instituição normativa da possibilidade de participação, pois não envolve necessariamente uma proteção contra interferência do abuso de poder do Estado, e sim a instituição de procedimentos que envolvam a ação direta do indivíduo participante, como o voto. Cf. RAWLS, 2008, pp. 278-286.

<sup>145</sup> Muitos teóricos dos direitos fundamentais os definem a partir da concepção de liberdades, de modo que signifique tanto uma concepção positiva de direitos fundamentais, como o direito de agir ou de ter acesso a um bem público, quanto uma concepção negativa de direitos que tem a ver com a possibilidade de se abster de agir de determinada forma ou de ter alternativas de ação. Cf. KANT, 2005, p. 213-214. Waldron propõe examinar o direito de participação dentre tais concepções de modo que não seja equivocado o entendimento de que a participação inclui apenas liberdades negativas. Por exemplo o voto não seria uma alternativa de ação, e logo uma liberdade positiva. A discussão incorpora o argumento de que não se pode atribuir aos direitos envolvidos no direito de participação a característica de uma liberdade meramente negativa. Nesse sentido ver WALDRON, 2013b, p. 310-311, 316-317. Para a compreensão desse tipo de caracterização de liberdades, ver ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 219-223.

<sup>146</sup> Cf. WALDRON, 1999a, p.229

de ação, o direito de fazer ou não, isto é, de se abster de determinada ação. Assim como a possibilidade de participação deliberativa, o voto também exerce sua função de liberdade positiva na participação, porque envolve a decisão pelo cidadão de quem representará os seus direitos em decisões que lhe afetam<sup>147</sup>. Ainda que consideremos irrisório o poder de decisão de um voto, os efeitos do voto de um grande número de pessoas não o é. O impacto moral do voto envolve uma agência conjunta de indivíduos em larga escala para garantir determinada decisão de acordo com seus interesses, devendo ser utilizado com responsabilidade e principalmente ao reconhecermos injustiças àqueles cujo alcance ao direito de participação seja desigual<sup>148</sup>.

A liberdade em sentido positivo consiste em ação necessária ou razoável. Para Kant, por exemplo, o conceito positivo de liberdade é “a faculdade da razão pura de ser, por si mesma, prática [...] por meio da sujeição da máxima de toda e qualquer ação à condição de ser apta a tornar-se lei universal” (KANT, 2005, p. 213-214). Por outro lado, uma pessoa exerce liberdade em sentido negativo na medida em que a ela não sejam vedadas alternativas de ação, não sendo aquilo que ela deva fazer ou que sob certas condições irá fazer, e sim o que ela pode ou não fazer. A liberdade aqui está conectada, não apenas com a descrição de algo que possa ser identificado como possibilidade de fazer algo, mas principalmente o conceito relativo a um valor que sirva de estímulo para seu próprio compartilhamento. Não se trata de atribuir à liberdade uma característica fungível de um objeto – como se fosse uma coisa - sendo preferível supor que se trata de uma qualidade que possa ser atribuída aos indivíduos integrantes de determinada sociedade pela titularidade de direitos fundamentais<sup>149</sup>. Portanto, a participação como um direito não deve ser vista apenas como uma liberdade negativa, nem mesmo como uma mera instituição que pressuponha limites à atuação estatal, posto que, é possível atribuir

<sup>147</sup>Cf. WALDRON, 2013b, p. 312-319 Refere-se aqui à participação pelo sufrágio em eleições representativas, em que se escolhe o representante do Poder Legislativo ou Executivo dos interesses da coletividade. Assim como em uma eleição, em um plebiscito, por exemplo, os indivíduos também exercem o voto para assegurar alguma premissa que só pode ser assegurada, nesses casos, com a agência conjunta dos indivíduos votantes.

<sup>148</sup> Cf. WALDRON, 2013b, p. 316-18 Para ilustrar o impacto de que um único voto não pode ser considerado como irrisório em políticas de participação ou em quaisquer outras situações que ilustrem ações coletivas de um grande número de participantes, Waldron faz uma analogia à responsabilidade dos motoristas na instalação de dispositivos que controlem a emissão de gases tóxicos para não causar danos ambientais e à saúde de outras pessoas. Nesse sentido, Waldron afirma que talvez o indivíduo sozinho não seja capaz de identificar o alcance da própria contribuição, mas esse mesmo indivíduo está ciente dos danos que a poluição causada pelos carros pode causar à saúde, por exemplo, das pessoas que vivem na beira das estradas. Se o indivíduo com tal consciência ainda insiste em dirigir sem adoção de mecanismos que diminuam a emissão de poluentes ele comete um erro diante de um dano indistinguível, sendo assim, ele falha ao fazer a própria parte num procedimento coletivo que envolve evitar um grande dano. Embora seja verdadeira a afirmação de que um procedimento de participação não enseja a completa participação de todos os indivíduos, não existem motivos justificáveis para que ele se esquive de sua responsabilidade. Nesse caso os danos em jogo são bastante altos principalmente porque envolve a agência de milhões de indivíduos motoristas e somente a participação conjunta de o maior número possível de pessoas seria capaz de resguardar a sociedade da ocorrência desse dano.

<sup>149</sup> Nesse sentido Cf. ALEXY, 2015, pp. 211-222.

ao direito de participação a característica de uma liberdade positiva, que exige ações estatais que visam sua garantia ao capacitar os indivíduos igualmente no exercício de seus direitos.

De acordo com a proposta democrática, a participação é efetiva quando fornece condições materiais mínimas para o seu exercício de modo que seja estabelecida uma esfera pública de relações simétricas entre os indivíduos considerados livres e iguais. Tais condições mínimas podem ser interpretadas, segundo o entendimento de Fernando Fróes Oliveira em *Direitos sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa*, como os meios pelos quais são garantidas as proteções contra riscos básicos que afastem a integração do indivíduo à comunidade, na qual o ordenamento é discutido e adaptado mediante trocas discursivas e pela possibilidade de apresentar argumentos favoráveis ou contrários a determinada concepção com pretensão de validade, principalmente quando almejar construir um padrão de comportamento obrigatório, normativamente imposto<sup>150</sup>.

O acesso historicamente prejudicado às condições materiais básicas de vida dificulta a fruição das liberdades fundamentais e a possibilidade de participação em igualdade de condições. Nesse sentido é o entendimento de Daniel Sarmiento que afirma que não reconhecer ou agir de modo a prejudicar o status de dignidade de grupos vulneráveis, provoca danos à personalidade de suas vítimas, atingindo-lhes a autoestima e conseqüentemente a sua capacidade de participar como sujeito igual nas interações sociais. O estabelecimento de condições mínimas está relacionado aos preceitos democráticos da dignidade humana, igualdade e principalmente à noção de solidariedade de modo que não permita a adoção de políticas públicas e práticas sociais que estigmatizam as pessoas em razão de seu pertencimento aos grupos historicamente vulneráveis, como também impõe que o Estado interfira nas relações sociais buscando eliminar valorações negativas conferidas pela cultura hegemônica a certos grupos. São medidas de compensação fundamentadas no respeito à diferença que não ofendem a igualdade e sim intentam garanti-la no mundo real, pois o respeito à diferença pressupõe, sempre que possível, uma adaptação razoável das normas e decisões estatais e privadas que impactem de modo desproporcional os membros de grupos vulneráveis<sup>151</sup>.

Em uma democracia bem-sucedida, Alain Touraine afirma ser imprescindível essa noção de cidadania, ou a consciência de filiação a um conjunto nacional regido por leis, que pressuponha a existência de um Estado, cujo objetivo seja o fortalecimento da sociedade pela modernização e integração social. É a necessidade da representação de interesses de modo que a democracia confira ao sistema político um papel mediador entre os atores sociais, e entre estes

---

<sup>150</sup> Cf. OLIVEIRA, 2013, p. 206.

<sup>151</sup> Cf. SARMENTO, 2016, p. 331-334.

e o Estado<sup>152</sup>. Trata-se, portanto, de um projeto de organização institucionalizado que se desenvolve na constante busca pelo ideal de justiça que abarque todos os cidadãos, ou que pelo menos, diminua a incidência dos reflexos da desigualdade ao máximo possível, sendo, portanto, indispensável a participação política de todos aqueles que compõem a sociedade, em igualdade de condições. Todos devem poder, igualmente, exercer o seu papel de influência nos procedimentos de tomada de decisões, novamente em consonância com princípios de justiça, independentemente de concepções particulares e características que os diferenciem.

Liberdades são fundamentais e diretamente vinculadas ao processo histórico de constituição de direitos, dependendo do exercício da igualdade de participação da necessária conexão entre liberdades e a ideia de respeito à dignidade cidadã. Nesse sentido, a instituição de direitos coletivos pressupõe a abdicação do valor absoluto de direitos individuais, sendo o Direito, segundo Kant, a “limitação recíproca de arbítrios em função de uma lei jurídica” (KANT, 2005, p. 34). De acordo com os fundamentos do liberalismo político, aqueles que pretendam exercer a liberdade e a igualdade de oportunidades aceitam um acordo no processo de construção de direitos, e são razoáveis ao admitir restrições justificadas dos seus próprios direitos em função da igualdade de oportunidades atribuída a todos. Buscamos um contrato social redigido a partir da razão pública, em contraste a um tipo de Liberalismo que defenda a razão puramente positivada pelo Estado<sup>153</sup>.

Ultrapassamos a concepção da mera defesa individual contra o poder abusivo do Estado e acrescentamos a necessidade de premissas que promovam uma participação dos cidadãos como uma forma de instituir garantias ao exercício de liberdades fundamentais, de modo que instituições sobre liberdades fundamentais advenham de acordo baseado em argumentos razoáveis, e não sejam fundamentadas em crenças discriminatórias, ainda que majoritárias. Isso ocorre a partir do momento que compreendemos liberdades fundamentais como direitos que necessitam de ações de uma agência central (Estado) que promovam seu exercício em igualdade de condições, e tais ações envolvem o consentimento da interferência do poder do Estado de Direito (*rule of law*) para assegurar condições mínimas de justiça sob as circunstâncias da política de uma determinada sociedade. Para que um determinado direito, no caso o direito de participação seja assegurado sob um critério de equidade, as ações do governo podem incluir, ainda que em última instância, o uso de forças estabilizadoras para assegurar o respeito com condições mínimas de dignidade, mesmo que isso inclua a limitação de determinadas formas

---

<sup>152</sup> Cf. TOURAINE, 1996, p. 213.

<sup>153</sup> Cf. RAWLS, 2000, p. 350.

de exercer o direito, como é o caso da limitação da liberdade de expressão para coibir o discurso de ódio.

Desta forma, a participação é considerada como um direito político porque opera sob a circunstâncias da política, e demanda garantias por parte do Estado para seu exercício em conformidade com preceitos democráticos. Nesse sentido, questionamos: qual a relação entre o direito de participação como um direito e a ideia organizacional de uma democracia constitucional? Podemos responder esse questionamento através do pensamento do autor em *Precommitment and Disagreement* (1998a) ao tratar do procedimento organizacional que pretenda estabelecer as diretrizes para procedimentos decisórios públicos, como uma Constituição de Direitos. A democracia constitucional tem como instrumento organizacional a constituição e essa constituição deve instituir as regras de procedimentos políticos decisórios, se preocupando não apenas com normas constitutivas de direitos como também com normas procedimentais que estipulam as condições para práticas políticas democráticas de acordo com pré-compromissos democráticos ainda que tácitos. Isso ocorre porque são regras que são extraídas do pensamento público, de acordo com a ideia de participação, para nortear os debates que envolvam decisões políticas. O compromisso prévio com valores democráticos, como a igualdade e a dignidade humana ao serem traduzidos em regras procedimentais de decisões públicas não devem ser considerados apenas como limitações ou restrições ao “livre mercado de ideias”, pois são regras que possibilitam um procedimento público de participação através do estabelecimento de diretrizes de interação que consideram contribuições individuais que se razoáveis podem ser instituídas no âmbito dos procedimentos públicos<sup>154</sup>.

Juntamente das instituições, a constituição de direitos estabelece os procedimentos pelos quais é realizada a política, conforme aduz o autor:

É uma política articulada que deliberadamente e deliberativamente, de estágio a estágio e de fórum a fórum, leva a sério a integridade de cada parte de dizer os processos de elaboração de lei ou de outro processo de decisão política. eu tenho em mente processos como a legislação bicameral, o requerimento do consentimento executivo, a relação articulada entre legislatura, de um lado, e as cortes e agentes do executivo que administram, interpretam e aplicam as leis (WALDRON, 2010, p. 21-22)<sup>155</sup>.

<sup>154</sup> Cf. WALDRON, 1998a, p. 290.

<sup>155</sup> “A constitutionalized politics is an articulate politics that moves deliberately and deliberatively from stage to stage and forum to forum, tanking seriously the integrity of each part of (say) the law-making process or of other processes of political decision. I have in mind processes like bicameral legislation, the requirement of executive consent, and the articulate relation between legislature on the one hand, and the courts and agents of the executive who administer, interpret and enforce the laws.”

Nesse sentido, a constituição de direito opera como instrumento organizacional de uma democracia constitucional e contribui para o fortalecimento da democracia ao estabelecer os critérios pelos quais os indivíduos, como cidadãos, participam visando um procedimento de cooperação e coordenação para perseguir projetos que não conseguem alcançar por conta própria.

Desta forma, a participação sobre um contexto político, como uma atividade política permite que as instituições estabeleçam mecanismos que sirvam como meio para estruturar a deliberação, não se preocupando apenas em instituir formalmente direitos que funcionem apenas como proteção contra o poder político do Estado<sup>156</sup>. Novamente sobre a constituição de direitos afirma o autor:

A importância do modo em que a constituição fornece *abrigo* para a atividade política de uma sociedade, estabelecendo um meio-termo de equipamento e formalidade de modo que a deliberação pública se torne um empreendimento estruturado, permitindo que as visões de uma pessoa sejam trazidas articuladamente em relação às visões de outras e facilitando a formação de opiniões bem pensadas, responsáveis e politicamente efetivas. Isso não é primariamente uma questão de restrição; é uma questão do que uma constituição afirmativamente torna possível a partir de algo que de outra maneira seria a política solta e cambaleante das ruas. (WALDRON, 2010, p. 23)<sup>157</sup>.

Portanto, sob as circunstâncias da política, a constituição de direitos de uma democracia constitucional pode ser usada como um mecanismo que confere aos indivíduos comuns a possibilidade de exercer controle sobre as fontes de seus direitos, bem como, a possibilidade de utilizar os mecanismos dispostos pelo poder público para defender suas concepções. Sendo assim, quando diante de controvérsias que demandem uma decisão externa através de um julgamento, elas devem ser analisadas de acordo com princípios e com valores que integram uma constituição de direitos interpretados de acordo com as circunstâncias da política, circunstâncias que permitem desacordos sobre direitos e questões políticas e de justiça<sup>158</sup>. Desta forma, um ideal de democracia constitucional waldroniano reconhece o direito de participar como um direito humano, de modo que o indivíduo como cidadão possua condições materiais

<sup>156</sup> Cf. WALDRON, *Constitutionalism: A Skeptical view*. New York University School of Law. 2010, p. 21-23. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=hartlecture>.

<sup>157</sup> “*In general, we need to understand the importance of the way in which a constitution provides housing for the political activity of a Society, establishing an in-between of furniture and formality so that public deliberation becomes a structure enterprise, allowing the views of others and facilitating the formation of well-thought-through, responsible and politically effective opinions. This is not primarily a matter of constraint; it is a matter of what a constitution affirmatively makes possible out of what would otherwise be the loose and lurching and dangerous politics of the street.*”

<sup>158</sup> Cf. WALDRON, 2010, p. 25-26.



para contribuir razoavelmente para o debate público, e busque responder questões que envolvam quais os direitos possuem, quem deve e como deve ser decididas questões sobre direitos ou sobre as condições políticas subjacentes ao exercício desses direitos. A participação sob um contexto político é aquela que reconhece que as circunstâncias da política inevitavelmente pressupõem a existência de desacordos, e necessita do estabelecimento de uma estrutura comum para operar esses desacordos.

Retornamos a um problema sobre a autoridade legislativa ser a melhor decisão em termos democráticos, mas ser contrária a ideais substantivas de justiça, posto que os desacordos operam também sobre circunstâncias do que é justo ou não. Embora Waldron tente formular uma teoria democrática representativa que se esquive de considerar argumentos substanciais sobre a justiça, como visto no capítulo anterior, em algumas democracias reais talvez isso não seja possível.

O autor responde a essa questão questionamento quando afirma que as circunstâncias da política devem receber mais atenção do que recebem na filosofia política e filosofia do direito. As circunstâncias da política nos permitem identificar as virtudes políticas de uma sociedade, como a tolerância, a ideia de civilidade e a ideia do Estado democrático de direito e o que as pessoas pensam sobre essas questões. São circunstâncias essenciais para que possamos compreender a nossa compreensão acerca das normas inclusive as regras que estabelecem os procedimentos majoritários de decisão. Desta forma ele especifica que a política necessita de determinadas condições, assim como a ideia de circunstâncias da justiça de Rawls. Desse modo as circunstâncias da política para Waldron é uma adaptação da ideia de circunstâncias da justiça rawlsiana as quais são condições que a justiça necessita para explicar a necessidade de regras e princípios de uma sociedade. Circunstâncias da justiça são os aspectos da condição humana como escassez moderada e altruísmo limitados dos indivíduos que tornam a justiça uma virtude e uma prática possível e necessária. Sendo assim, em um pensamento similar e adaptado, a necessidade sentida entre os membros de um grupo de uma decisão ou um curso de ação comum sobre determinada matéria são circunstâncias da política<sup>159</sup>. As circunstâncias da política que irão nos dizer onde se tem mais incidência de desigualdade no exercício de direitos e como devem essas incidências serem combatidas e equalizadas.

Nesse sentido, a teoria de autoridade legislativa waldroniana não consegue se esquivar totalmente de adotar pré-compromissos com valores substanciais de justiça ao falar em desacordos, principalmente ao fundamentar a ideia de desacordo numa ideia de equidade

---

<sup>159</sup> Cf. WALDRON 1999a, p. 102.

subjacente. Isso pode ser respondido em *Liberal Rights* quando ao falar em neutralidade como uma virtude do legislador ele assume um compromisso com valores substanciais ao afirmar que não há como ser neutro e tampouco tolerante com concepções e modos de vida que intentem excluir determinados grupos ou outros modos de vida de uma comunidade política<sup>160</sup>. Ele assume a possibilidade de se adotar na sociedade esses pré-compromissos quando se apoia na ideia de sociedade bem-ordenada fundamentada em princípios de justiça de liberdades fundamentais e igualdade de condições e oportunidades para argumentar sobre a necessidade de leis contra o discurso de ódio. Sobre esses pré-compromissos com valores democráticos, Mateus Baldin afirma que “A ideia é que há, em qualquer sociedade, leis cuja legitimidade independe de sua origem, visto que qualquer posição razoável de boa-fé concordaria com elas. Mas mesmo elas são apenas núcleos de concordância substantiva (BALDIN, 2015, p. 151)”. Assim sendo, a legitimidade de leis contra o discurso de ódio são condição de legitimidade exigidas pelo direito à liberdade de expressão, mas encara a questão substantiva como parte da questão procedimental, como um pré-requisito para o funcionamento de uma democracia representativa.

As restrições ao discurso de ódio possuem o condão de modificar o caráter do debate público em circunstâncias em que se torna razoável imaginar que, sem essas restrições, algumas pessoas correm o risco de serem excluídas do debate público, ou até mesmo do exercício do direito, bem como também correm o risco de serem violentadas em sua dignidade humana<sup>161</sup>. Desta forma, Waldron esbarra em um argumento substantivo de justiça quando recorre ao ideal de sociedade bem-ordenada rawlsiano para fundamentar uma democracia constitucional representativa sob modelos ideais, pois ele reconhece essa sociedade como aquela cujas estruturas fundamentais são reguladas e reconhecidas por assim serem pelos princípios de justiça e habitada por pessoas que possuem um senso compartilhado de justiça e são comprometidas com o alcance dessa<sup>162</sup>. Para Waldron uma sociedade bem ordenada não é formada apenas por desacordos, como também necessita de alguns consensos fundamentais, especialmente em falar em discurso difamatório, consensos a respeito de um discurso que pode ser feito no exercício da participação. Desta forma, o discurso de ódio são discursos que devem ser excluídos do debate democrático pelos prejuízos que trazem a esse mesmo debate, sendo que tal exclusão se dá em virtude das circunstâncias da política. As circunstâncias da política

---

<sup>160</sup> Cf. WALDRON, 1993, p. 159-159.

<sup>161</sup> Trata-se da ideia geral defendida na obra *The Harm in Hate Speech* na qual Jeremy Waldron defende a legitimidade e a necessidade de instituição de lei contra o discurso de ódio em virtude dos danos causados aos status de dignidade dos cidadãos.

<sup>162</sup> Cf. WALDRON, 2012c, Capítulo 4.

nos mostram que o discurso de ódio prejudica o debate público pois tende a perpetuar sentimentos de discriminação entre pessoas que supostamente se consideram livres e iguais. Porém, quando isso é ignorado ou controverso em determinada sociedade, a revisão judicial que intenta garantir proteção àqueles violados pelo discurso de ódio, passa a ser não somente aceita como necessária, como vimos no capítulo um. Nesse sentido afirma Baldin:

Se virmos na sociedade bem ordenada a base substancial para justificar a equidade no sentido de Waldron, temos então o esboço de uma resposta aos críticos que, como Gargarella, o acusam de circularidade. A equidade estará amparada por um mínimo de justiça substantiva e, mesmo que a circularidade permaneça até certo ponto, não creio que poderemos vê-la como uma circularidade vazia. Mesmo porque, se a equidade deve ser vista como um ideal ou virtude política de segunda ordem, ela o será sempre apenas para o que diz respeito aos desacordos substanciais sobre as exigências da justiça, dos direitos e do bem comum; e não havendo tais desacordos, não há de se falar em equidade (BALDIN, 2015, p. 152).

Uma sociedade bem-ordenada pressupõe indivíduos que se veem como titulares de direitos e principalmente como seres responsáveis pela manutenção de direitos em igualdade de condições – isto é, indivíduos que se vejam como cidadãos -, e tais responsabilidades não devem ser reconhecidas a partir de uma concepção de bem particular a respeito da justiça e dos direitos. O cidadão deve enxergar sua concepção de bem e seu projeto de vida apenas como uma dentre as diversas concepções presentes na sociedade, e reconhece que há a necessidade de que apenas uma concepção pública de justiça seja aquela que norteie as ações coletivas, sendo a visão que deve prevalecer em nome do bem comum, de modo a ser instituída em lei com a participação de todos no debate político e seguida pela votação majoritária<sup>163</sup>.

O direito à participação, portanto, para Waldron tem caráter de direito fundamental, pois são os procedimentos de participação que conferem a dignidade da titularidade e responsabilidade sobre direitos ao cidadão, essencial para o desenvolvimento de uma democracia que seja pautada no interesse de seus cidadãos, é um direito coletivo porque está vinculado a uma aplicação em processos coletivos em que todos cooperam, é um direito político porque engloba liberdades políticas para que o cidadão ofereça contribuições aos processos decisório sobre direitos – como a liberdade de expressão – é uma liberdade negativa (quando não impõe a obrigatoriedade de exercer a participação de alguma forma, por exemplo, obrigatoriedade de voto em algumas democracias), bem como uma liberdade positiva que necessita de garantias por parte do Estado para que seja exercido em igualdade de condições.

---

<sup>163</sup> Cf. WALDRON, 1999b, p.91.

## 2.2 A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA EM UMA SOCIEDADE BEM-ORDENADA

Até aqui compreendemos que a participação é um elemento essencial na cultura democrática, mais especificamente na cultura antes definida como Democracia Constitucional em razão de seu objetivo de unificar o respeito por princípios fundamentais instrumentalizados na Constituição, com o reflexo dos anseios e do pensamento do povo por ela governado. A conciliação, entre a perspectiva constitucionalista e a perspectiva representativa de um governo democrático,<sup>164</sup> pode ser feita através da participação efetiva do cidadão comum em questões que dizem respeito aos direitos desse mesmo indivíduo comum, de modo que seus direitos sejam expressão de seus pensamentos, de suas vontades, porém, de acordo com fundamentos elementares às concepções de democracia discutidas, como a igualdade de condições.

Waldron considera que as decisões que demandam desacordos sobre direitos possuem maior legitimidade democrática se tomadas pelo Poder Legislativo após a deliberação dos participantes, de modo a chegar a uma concepção razoável que fundamente normas que dizem respeito ao exercício de direitos fundamentais no exercício da participação, como a liberdade de expressão. O autor busca enfatizar a necessidade da filosofia do direito, entendida como sendo uma parte da Filosofia Política, considerar as circunstâncias da política para que se possa compreender as condições dos cidadãos no exercício de direitos fundamentais, especialmente em procedimentos de participação. Desta forma a participação toma a forma de um direito político fundamental que exige prestações positivas por parte do Estado para que seja exercido em igualdade de condições.

As circunstâncias da política permitem que se perceba a fragilidade em democracias reais em pautar a atuação dos representantes legislativos de acordo com um ideal de razão pública, podendo estes violar compromissos fundamentais à democracia, e por isso podem estar sujeitos à uma decisão contramajoritária para garantir o respeito com princípios fundamentais à democracia. Isso ocorre porque a perspectiva representativa de Waldron encontra dificuldades ao lidar com um Poder Legislativo que não pauta sua atuação em uma ideal de razão pública, adotando concepções não razoáveis para fundamentar a instituição de direitos, admitindo que algumas defesas de valores fundamentais à democracia possam ser feitas por decisões judiciais de uma corte constitucional.

Essa lacuna é preenchida a partir do momento em que Waldron se apoia na ideia de sociedade bem-ordenada de Rawls, compreendendo que a defesa de alguns ideais democráticos

---

<sup>164</sup> Cf. Supra pp. 33-34; 40-41.

se pauta em valores para definir questões procedimentais da participação. Desta forma, devemos compreender a forma que Rawls trata a participação como um princípio que endossa a imprescindibilidade do reforço do valor da igualdade para que todos os cidadãos possam exercer influência em processos políticos. Nesse sentido afirma o autor:

Todos os cidadãos têm o direito de participar de partidos políticos, de candidatar-se a cargos eletivos e de ocupar postos de autoridade. Certamente, pode haver qualificações de idade, residência e assim por diante. Mas essas limitações devem estar relacionadas às funções do cargo; é de presumir que essas restrições sejam do interesse comum e não discriminem pessoas ou grupos de maneira injusta, o que significa que devem atingir a todos igualmente no curso normal da vida (RAWLS, 2008, p. 276).

O direito de participação da forma concebida por Waldron demanda uma sociedade em que as pessoas reconhecem a sua responsabilidade no exercício de direitos e reconhecem que a defesa de suas concepções deve ser minimamente razoável, de modo a ser aceita por todos como parte de um acordo que transpareça os termos equitativos de uma participação. Devemos, entretanto esclarecer a forma como Rawls se refere ao valor equitativo das liberdades em relação aos procedimentos de participação definidos por uma constituição de direitos.

As liberdades são as mesmas para todos os cidadãos, mas o seu valor – sua utilidade estimada pelo índice de bens primários<sup>165</sup> - não é. Uns possuem mais renda e riqueza do que outros, e portanto, dispõem de mais recursos materiais para realizar seus fins. A justiça como equidade deve justificar providências que garantam um valor equitativo de liberdades políticas, pois é através desse valor equitativo que se capacitam os cidadãos para exercer seu direito de participação em condições de igualdade na vida pública. Nesse sentido afirma Rawls:

(I) Essa garantia significa que o valor das liberdades políticas para todos os cidadãos, seja qual for sua posição econômica ou social, tem de ser suficientemente igual no sentido de que todos tenham uma oportunidade equitativa de ocupar cargos públicos, de afetar o resultado das eleições e assim por diante. Essa ideia de oportunidade equitativa é comparável com a igualdade equitativa de oportunidades no segundo princípio. (II) Quando os princípios de justiça são adotados na posição original, supõe-se que o primeiro princípio inclui essa providência e que as partes levam isso em consideração em seu raciocínio. A exigência de valor equitativo das liberdades políticas, bem como o uso de bens primários, faz parte do significado dos dois princípios de justiça. (RAWLS, 2003, p. 211).

Embora o autor não especifique qual a melhor forma de garantir o valor equitativo das liberdades políticas ele considera a possibilidade de algumas reformas, alguns ajustes necessários para maximizar o valor das liberdades políticas aos menos favorecido. Por exemplo,

---

<sup>165</sup> Cf. *Supra* Nota 19

ele cita a restrição de financiamentos privados de campanhas políticas, a garantia de acesso equitativo aos meios de comunicação, regulamentações que envolvam liberdade de expressão e liberdade de imprensa, nos quais incidam conflitos entre liberdades fundamentais igualmente importantes que necessitem de ajuste no valor dessas liberdades, para que seja um valor equitativo. Esses ajustes não devem ser rejeitados por infringirem a liberdade de expressão, pois Rawls reconhece que essa liberdade não impera necessariamente sobre liberdades políticas que tenham um valor equitativo garantido. A garantia de um valor equitativo de liberdades políticas pode ser feita através de ajustes nos limites de outras liberdades, de modo a assegurar o acesso igual e equitativo de cidadãos aos recursos que sirvam aos propósitos políticos, especificados por regras e procedimentos constitucionais que governam o processo político<sup>166</sup>.

Desta forma, Rawls compreende que o direito à participação inclui uma igual possibilidade de influenciar na agenda política, na igual possibilidade de os cidadãos contribuírem com o que acham importante para ser resolvido politicamente, podendo assim participar o cidadão dos processos de elaboração de normas.

É reconhecido pelo fato do pluralismo a existência do choque de convicções políticas, interesses e atitudes como parte das circunstâncias da justiça, e tais convicções influenciam as práticas políticas dos indivíduos. Desta forma, cada uma das liberdades políticas pode ser definida de maneira mais ou menos extensiva. Por exemplo, quando uma constituição limita a abrangência ou a autoridade de uma maioria decisória, exigindo uma maioria qualificada para determinadas decisões, ou por declarações de direitos que restringem poderes políticos dos legisladores, a liberdade política é menos extensiva. A constituição de direitos deve instituir medidas para reforçar o valor dos direitos iguais de participação e influência dos indivíduos nos processos políticos decisórios.

As liberdades políticas perdem seu valor quando detentores de maiores recursos utilizam suas vantagens para controlar os rumos do debate público, exercendo uma influência maior sobre procedimentos legislativos, atribuindo, conseqüentemente um peso maior às questões sociais com as quais concorda ou que favorecem suas posições privilegiadas. Desta forma, podem ser instituídas na legislação medidas de compensação para que se estabeleça um

---

<sup>166</sup> Cf. RAWLS, 2003, p. 210-213. Embora os cidadãos tenham seus direitos e liberdades fundamentais formalmente instituídos, a incidência de desigualdades sociais e econômicas nas instituições permitem que os que possuem maior renda e riqueza e melhores posições sociais controlem a vida política, influenciando decisões sobre direitos de acordo com seus próprios interesses. Um princípio da diferença ao maximizar o índice de bens primários disponíveis para os menos favorecidos, maximiza o valor que as liberdades iguais tem para eles. Sem garantir o valor equitativo de liberdades políticas, o princípio da diferença não será capaz de lidar com a desigualdade no exercício da participação.

exercício equitativo de liberdades políticas, pois os legisladores não devem agir como meros agentes de seus eleitores porque em uma sociedade bem-ordenada eles procuram, em primeira instância, aprovar legislações justas e eficazes como o primeiro interesse da sociedade, e em segunda instância devem promover os interesses de seus eleitores na medida em que sejam consoantes com a justiça. São os princípios de justiça adotados por uma sociedade em uma constituição que fornecem os critérios a serem considerados no julgamento sobre a atuação do representante legislativo e das razões que ele apresenta para justificar suas ações.

Portanto, mencionar uma possível limitação de uma liberdade relacionada à participação não significa abandonar o princípio da participação igualitária, mas, diz respeito ao aumento ou diminuição de sua aplicação até o ponto em que o perigo para a liberdade, causada pela limitação do poder político daquele que o detém, seja compensada por uma garantia de liberdades alcançadas pela maior utilização de dispositivos constitucionais. Trata-se de pesar e comparar as diferentes interpretações e concepções sobre direitos como liberdade políticas, pois a prioridade de um princípio da liberdade não exclui a necessidade de pequenas trocas dentro do sistema de liberdades, visando garantir as liberdades políticas dos menos favorecidos. Sempre que houver uma desigualdade de tratamento na estrutura básica da sociedade, ela deve ser justificada para aqueles que estão em posição de desvantagem de modo a demonstrar que a desigualdade no exercício de uma liberdade política consegue ser razoavelmente aceita pelos menos favorecidos em troca de uma proteção maior de outras liberdades<sup>167</sup>.

Desta forma, as liberdades políticas são as mesmas para todos os cidadãos, mas o valor no sentido de utilidade dessas liberdades, estimada pelo índice de bens primários, não é mesma para todos. Embora essa distinção seja apenas uma definição, a exigência de um valor equitativo de liberdades integra os significados dos princípios de justiça, e embora o autor não analise qual a melhor forma de instituir termos equitativos para o exercício de liberdades políticas, esse valor equitativo parte do princípio de que existam modos institucionais viáveis para tornar a participação compatível com o exercício de outras liberdades básicas, como a liberdade de expressão. Uma sociedade marcada pelo pluralismo deve instituir a base de uma unidade social que é melhor fundamentada numa concepção pública de justiça que avalia os direitos dos cidadãos de acordo com as suas necessidades. O autor reconhece os cidadãos não apenas como livres e iguais, mas também como seres racionais e razoáveis em respeito à igualdade de participação nos processos políticos decisórios da sociedade sujeitos aos limites do juízo. Desta forma não há porque nenhum cidadão possua o direito de usar o poder do Estado para favorecer

---

<sup>167</sup> Cf. RAWLS, 2000b, p. 241-256.

uma doutrina abrangente ou impor suas aplicações ao demais<sup>168</sup>, a menos que seja formada por uma família de concepções razoáveis que justifiquem sua instituição em favor de uma concepção justa.

A participação, portanto, é a capacidade do indivíduo comum, como um cidadão, de exercer autoridade sobre os direitos que lhe são atribuídos, e sua especificação incorpora questões de instrumentalidade de direitos individuais, envolvendo tanto a responsabilidade do indivíduo comum com um exercício legítimo de liberdades fundamentais, quanto a responsabilidade dos representantes eleitos de considerar as ponderações e as alegações dos cidadãos, visando promover os interesses da sociedade, exercendo a sua importante função consultiva para instituir direitos de forma instrumentalizada. Os valores adotados em uma Democracia Constitucional e os direitos decorrentes desses valores são indicadores do interesse da sociedade e devem ser organizados e instrumentalizados adequadamente. A constituição de direitos é um instrumento forte que sistematiza toda a estrutura social de acordo com valores essenciais à sociedade bem ordenada como a igualdade de condições. Seu objetivo é instituir premissas fundamentais relacionadas aos interesses e às práticas políticas dos indivíduos, como a delimitação do direito à liberdade de expressão em procedimentos de participação. E isso significa não atribuir a essas premissas o caráter de direitos absolutos, sendo possível o direito de participação e os direitos que façam parte dessa prática vir a sofrer limitações em sua aplicabilidade, para evitar que sejam exercidos de maneira que prejudiquem a participação do outro em igualdade de condições.

Se instituídos e garantidos os procedimentos que promovam uma participação igualitária é possível atenuar os reflexos das desigualdades percebidas na manutenção de vantagens sobre o controle dos rumos de um debate político, através de ajustes necessários. Leis contra o discurso de ódio cumprem esse papel de ajustes necessários, mas, como qualquer outra instituição de limitação de uma liberdade fundamental, ela não deve ser utilizada para alimentar ambições de dominação causando o efeito oposto ao que se disponha a fazer que é a promoção da igualdade de condições na participação política. Novamente, essas instituições devem seguir um ideal de razão pública, sendo necessária moderação e razoabilidade na análise dessas possíveis limitações, de modo a serem reconhecidas como limitações razoáveis e necessárias<sup>169</sup>.

Uma sociedade que respeita a igualdade de condições dos direitos políticos, como o direito à participação, e justifica possíveis limitações sob um ideal de razão pública promove o senso de capacidade política do indivíduo, reconhecendo a capacidade desse indivíduo em lidar

---

<sup>168</sup> Cf. RAWLS, 2003, p. 211-273.

<sup>169</sup> Cf. RAWLS, 2008, p. 271-281.



com seus direitos e com as responsabilidades deles inerentes. Essa compreensão do dever de civilidade diz respeito ao objetivo de uma sociedade em garantir um status de dignidade de indivíduos que ao reconhecerem a ideia de dignidade subjacente no exercício de seus direitos, fazem suas reivindicações repudiando aquelas fundamentadas em crenças discriminatórias de cunho racial, sexual, de gênero, religioso que historicamente proporcionaram discussões permissivas à negativa de direitos básicos a grupos historicamente vulneráveis<sup>170</sup>.

Portanto, em uma sociedade bem-ordenada os direitos individuais envolvidos em uma prática política de participação podem ter sua extensão limitada, devendo ser identificados e justificadas tais limitações de modo que coadunem com os princípios de justiça considerados na sociedade. Esses limites, para Rawls, só podem ocorrer em virtude da necessidade de instituir um corpo legislativo mais justo, devendo as limitações funcionar no intuito de promover a liberdade de grupos menos favorecidos que, embora pareça uma ideal paradoxal, sejam justificadas as restrições a partir da necessidade de se garantir maior segurança e um maior alcance de outras liberdades ao menos favorecidos<sup>171</sup>. Nas palavras do autor, essa tarefa consiste em aumentar ou diminuir o alcance do princípio da participação até o ponto em que “o risco para a liberdade, decorrente da perda marginal de controle sobre os que detêm o poder político, só ocorra na medida necessária para garantir a segurança da liberdade obtida por meio da maior utilização de dispositivos constitucionais” (RAWLS, 2008, p. 284).

A possibilidade de limitação é justificada pela pretensão de impedir a ocorrência de abusos no exercício de liberdades, quando estes prejudiquem o senso de igualdade que deve ser garantido a todos, principalmente aos menos favorecidos. A limitação de certos poderes do Legislativo ilustra bem essa assertiva: no decorrer das disposições constitucionais podem haver dispositivos que limitem a utilização do poder coercitivo do Estado por seus agentes públicos. Ainda que um cidadão não atenda aos requisitos necessários para candidatura a determinado cargo público, isso não interfere no seu direito de igual participação no processo político, pois, segundo Rawls, ele “deve ter condições de avaliar como certas propostas interferem em seu bem-estar e quais políticas promovem sua concepção do bem público” (RAWLS, 2008, p.278), e isto se dá através da informação, da educação acerca dos compromissos fundamentais de uma república democrática, bem como através do debate público e do voto representativo. Ao garantirmos o direito de participação igualmente atribuído a todos os cidadãos, evitaríamos que detentores de um maior recurso privado – financeiro, cultural, ou de qualquer outra natureza –

---

<sup>170</sup> Cf. WALDRON, 2009b, p.. 1626-27.

<sup>171</sup> Cf. RAWLS, 2008, p. 282-3.

utilizem suas vantagens para controlar os rumos do debate público. E, se identificada tal ocorrência, todos os integrantes do aparato social devem reivindicar o seu impedimento<sup>172</sup>.

Eis a controvérsia: sabendo que muitas sociedades falham em reconhecer os requisitos básicos de uma democracia constitucional, como lidar com as desigualdades que influenciam diretamente nas decisões sobre direitos referentes a todos? Cientes da existência das desigualdades, e do tráfico de influência legislativa exercido pelos mais abastados, como garantir que os menos favorecidos tenham amplo acesso às questões políticas que lhe dizem respeito? A resposta em Rawls considera a fragilidade do governo constitucional em assegurar o valor igual da liberdade política quando exercida apenas em sua forma normativa; faltam-lhe providências corretivas necessárias, e reconhecê-las é primordial. Disparidades que excedem o compatível com a liberdade política têm sido toleradas por democracias liberais, ao identificarmos a ausência de recursos públicos aplicados na manutenção de instituições necessárias para garantir o valor equitativo de uma liberdade política.

São disparidades que devem ser repudiadas, e imediatamente eliminadas valendo-se dos poderes conferidos ao Estado garantidor. Caso contrário, tornar-se-á uma democracia constitucional deturpada, menosprezada, e massacrada por aqueles que deveriam protegê-la, e conseqüentemente, o poder político pode se acumular em uma determinada parcela da população e se tornar desigual. Servindo-se do poder do Estado, algumas pessoas em situações de vantagem podem garantir para si uma posição privilegiada no debate público, de modo a dar preferência para as próprias concepções de bem, e isso não condiz com uma sociedade bem-ordenada<sup>173</sup>. Desta forma, Rawls afirma que a Constituição pode definir uma liberdade de participação mais ou menos extensiva, permitindo diferenças justificáveis no exercício de liberdades políticas, bem como, pode haver uma quantidade maior ou menor de recursos destinados a garantir o valor dessas liberdades para o cidadão<sup>174</sup>.

Retomamos a ideia de que apenas a instituição de direitos fundamentais como regra – instituições meramente formais – é insuficiente para impedir a ocorrência de condições desiguais. E, considerando que a insurgência dessas disparidades econômicas, sociais e culturais prejudica a condição de seres iguais e livres, é incoerente a ideia de uma permissão, pela qual possuidores de maior capital econômico ou de privilégios historicamente concebidos, possam ter mais facilidade de acesso aos meios legislativos. São necessárias, portanto, medidas de compensação que garantam o valor equitativo das liberdades políticas. Nesse sentido, Rawls

---

<sup>172</sup> Cf. RAWLS, 2008, p. 248.

<sup>173</sup> Cf. RAWLS, p. 279-280.

<sup>174</sup> Cf. RAWLS, 2008, p. 381.

não sugere o abandono do princípio da participação, em situações que mereçam algum tipo de compensação, mas que se alterem limites de seu alcance, de modo que o risco proveniente da limitação de uma liberdade seja justificado pela possibilidade de exercício de outras liberdades em igualdade de condições<sup>175</sup>. Ao falar em discurso de ódio devemos avaliar os limites da livre expressão, identificando o discurso capaz de reduzir a liberdade dos menos favorecidos por intermédio da pura intenção difamatória aos seus status de dignidade.

É necessário instituímos um procedimento constitucional que conceda alcance suficiente ao princípio da participação sem colocar em risco outras liberdades. Mencionar a possibilidade de medidas de compensação significa que a questão está relacionada com garantias primárias, sendo que diferenças sobre critérios de aplicação em determinado direito só devem ser aceitas pelos menos favorecidos em troca de uma maior proteção. Os princípios de justiça são inerentes à estrutura básica social, devendo instituir primordialmente liberdades básicas e a possível incidência de limites, bem como, parâmetros de distribuição de vantagens econômicas e sociais<sup>176</sup>.

Desta forma, ao mencionar a possibilidade de participação do indivíduo que age como se legislador fosse exigindo que os agentes públicos pautem suas decisões em razões públicas razoáveis, é possível que seja instituída em lei a coibição do discurso de ódio difamatório em procedimentos de participação, ao reconhecer que o exercício desse tipo de discurso se mostra um desacordo não razoável porque atenta contra princípios básicos da estrutura constitucional, como a igualdade de condições. O desacordo razoável de acordo com as circunstâncias da política envolve o desacordo sobre qual ação ou decisão deve ser tomada em nome da comunidade política, quando existe a necessidade de instituição de uma base de ação diante de perspectivas irreconciliáveis. Por exemplo, a discussão pública sobre a incidência ou não de limites à liberdade de expressão quando configurado o discurso de ódio é um desacordo razoável, porém, as discussões sobre questões de direitos cujos argumentos sejam proferidos por intermédio desse tipo de discurso (e principalmente a sua permanência do ambiente visível) não o são.

Os valores adotados pelos indivíduos são essenciais para sua constituição sujeito. Ainda que nós desejamos o desenvolvimento de uma sociedade que abandone concepções discriminatórias antes normalizadas, não somos capazes de impor a modificação do pensamento das pessoas, restando-nos modificar as consequências que a externalização desses pensamentos possa causar à sociedade que busca por condições reais de igualdade de condições no exercício

---

<sup>175</sup> Cf. RAWLS, 2008, p. 284.

<sup>176</sup> Cf. RAWLS, 2008, p. 284-286.

de direitos. E isso é possível a partir do momento que compreendemos que os indivíduos não devem ser dominados por uma concepção de boa vida imposta pelo Estado no desenvolvimento da própria vida, pois a ele deve ser garantido o direito de seguir seus próprios projetos, inclinações e preferências. Por exemplo, um indivíduo não pode ser proibido de acreditar na existência de papéis “naturalmente” diferentes entre homens e mulheres na sociedade, tampouco impedido de viver de acordo com sua crença, ainda que compreenda ser uma concepção pobre e deturpada de papéis de gênero, mas ele pode ser compelido a não praticar atos que configurem discriminação de gênero<sup>177</sup>.

Em relação ao discurso adotado como meio de expressão, expressa valores tanto por palavras quanto por ações que são percebidas, consideradas, sentidas e respondidas pelos demais indivíduos, sendo, portanto, capazes de produzir consequências no ambiente interativo. E desta forma, não o discurso em si, mas os atos de discurso como mecanismo de expressão podem ser planejados para causar danos aos status de dignidade de outros. Isso ocorre em virtude da possibilidade de colocar em risco bens públicos indispensáveis para a manutenção do status de dignidade do indivíduo em uma sociedade bem ordenada, e, portanto, não devem ser ignorados pela simples alegação de que a sociedade deve aprender a conviver com isso<sup>178</sup>. Desta forma, um indivíduo que, por exemplo, deseja vestir valores violentamente racistas, se identificando através de concepções violentamente racistas e que não abre mão do seu direito de manifestar suas discordâncias através de discursos violentamente racistas, quer se apresentar para os demais como sujeito racista, antes mesmo de argumentar em favor da defesa de uma liberdade na qual nenhum instituto deva interferir.

Uma sociedade bem-ordenada se compromete com a garantia desses bens públicos primários, e não deve admitir que determinados atos de discurso, que causem danos aos status de dignidade dos indivíduos, sejam considerados aspectos secundários de sua expressão. O seu status de dignidade é objeto dos atos de expressão, e por ser um bem público, a sociedade deve se comprometer com a sua instituição e garantia. Alguns discursos podem vir a ser regulamentados e, em alguns casos proibidos, nos casos que constituem danos graves à dignidade dos indivíduos. O discurso de ódio distancia a sociedade desse compromisso com a garantia de bens públicos, tornando o status de dignidade algo inseguro, pois retoma sentimentos discriminatórios em uma sociedade que supostamente não os admite<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> Cf. SARMENTO, 2016, pp. 146, 174.

<sup>178</sup> Cf. WALDRON, 2012c, p. 164-167.

<sup>179</sup> Cf. WALDRON, 2012c, p. 147, 153-4, 168.

Para compreendermos como os atos de discurso discriminatórios produzem consequências prejudiciais ao ambiente interativo, consideramos o exemplo de Sarmento:

Num ambiente social muito machista, por exemplo, é quase impossível que uma mulher chegue a formular o plano de vida de se tornar uma política influente ou de manter uma vida sexual com muitos parceiros e poucos compromissos. Em uma sociedade racista, as pessoas negras nem chegam, no mais das vezes, a alimentar projetos profissionais muito ambiciosos, porque a socialização no ambiente preconceituoso lhes inculca a crença de que este é um sonho impossível e ilegítimo, e de que devem se ajustar ao papel subalterno que a sociedade lhes destinou. Numa cultura homofóbica, um percentual maior de pessoas homossexuais tende a reprimir seus desejos e afetos, e estes indivíduos podem até alimentar a esperança de encontrar uma suposta “cura *gay*”, para se livrarem de culpas e estigmas (SARMENTO, 2016, p. 156).

O autor explica a ideia de que as pessoas tendem, de forma inconsciente, a adaptar suas escolhas e preferências de acordo com o ambiente, por mais injusto que seja. Aqueles que se aventuram a desafiar costumes e preconceitos enraizados, se deparam com o desprezo de uma sociedade que o desrespeita, tornando o ônus de lutar contra um *ethos* dominante algo muito mais difícil de se sustentar, em virtude de uma cultura compartilhada que asfixie sua condição como agente participativo<sup>180</sup>. Desta forma, é essencial que o indivíduo compreenda que concepções privadas de bem não devem nortear os procedimentos de participação, principalmente se tais concepções são pautadas em culturas discriminatórias contra os menos favorecidos.

O que Waldron intenta ao relacionar a defesa de leis contra o discurso de ódio com o ideal de sociedade bem-ordenada é questionar a aparência dessa sociedade, isto é, se uma sociedade bem-ordenada deve ser “colorida” pela infinidade não regulada de um livre mercado de ideias ou se ela deve admitir determinadas regulamentações em virtude de alguns preceitos democráticos fundamentais como a igualdade de condições. Como resposta ele afirma que por ser uma sociedade onde todos aceitam e reconhecem que os demais também aceitam os mesmos princípios de justiça, isso pressupõe que deva não apenas adotar esses princípios, mas demonstrar claramente que determinadas ações em procedimentos coletivos devem ser pautadas em respeito a tais princípios. Há um compromisso com fundamentos de justiça igualitária e dignidade humana nesse tipo de sociedade como parte de uma cultura política que adota um senso compartilhado de justiça, sendo incompatível com uma imagem de uma sociedade manchada por manifestações públicas e permanentes de discursos de ódio difamatórios contra grupos vulneráveis.

---

<sup>180</sup> Cf. SARMENTO, 2016, p. 156.

Uma sociedade democrática que seja reconhecidamente plural marcada pela diversidade de concepções deve buscar, pelo menos nos procedimentos públicos de participação que interfiram diretamente em decisões sobre direitos, um mínimo de consenso que se sobreponha à infinidade desgovernada de concepções para que se alcance uma base de ação razoável que fundamente os desacordos. Desta forma, busca estabelecer um senso compartilhado de justiça formulado a partir de concepções de bem razoáveis e compatíveis com princípios que constituam um mínimo democrático, como a igualdade de condições. Um acordo coercitivo em procedimentos de participação visa estruturar uma base de ações por meio da qual o cidadão fornecerá suas contribuições para tomadas de decisão, devendo ser endossado esse acordo pelos participantes ainda que por motivos diferentes, uns por acreditar nessas concepções, outros por compreender que a participação necessita de um procedimento que seja vantajoso para todos, por se tratar de um procedimento público. Deste modo torna-se inevitável a necessidade de escolha, em algum momento, dentre a infinidade de concepções irreconciliáveis, de uma interpretação adequada a um procedimento público decisório, e de acordo com uma concepção de justiça publicamente compartilhada entre os cidadãos.

Portanto, ao pensarmos em uma sociedade bem-ordenada como ideal de uma sociedade democrática que pressuponha uma agência participativa responsável dos cidadãos, não devemos abrir mão de mecanismos coercitivos como leis que objetivam garantir determinado direito em igualdade de condições, pela confiança cega no exercício responsável de direitos pois os indivíduos não são motivados a agir de maneira irresponsável, pois isso seria utópico. Porém, a confiança que depositamos na agência participativa responsável deve ser compreendida como a capacidade dos indivíduos em fornecer contribuições razoáveis para o debate público, devendo ser garantido a eles o direito de influenciar nessas decisões e não apenas permanecer a mercê de comandos ditados pelo Estado.

Isso não significa rejeitar as normas coercitivas que visam a garantia de alguma condição básica àqueles historicamente menos favorecidos, pois é função do Estado e dos indivíduos garantir uma sociedade que respeita valores fundamentais minimamente democráticos, logo leis serão necessárias até mesmo em um ideal perfeccionista em virtude do direito que temos de errar e aprender com tais erros para que possamos desenvolver plenamente nossas faculdades morais. A liberdade plena sem qualquer mecanismo de controle será utilizada em favor do domínio dos mais abastados, resultando em pouca, ou nenhuma liberdade dos menos favorecidos. O Estado deve instituir termos equitativos de cooperação para os procedimentos de participação.

A partir disso, questionamos a atribuição de um valor absoluto à liberdade de expressão do indivíduo quando identificado o discurso de ódio como algo que prejudica o debate democrático. A liberdade de expressão pode ser limitada sem que viole valores minimamente democráticos? Se sim, como identificar um abuso que demande tais limitações? O discurso de ódio é um limite ao desacordo razoável? E não menos importante, como garantir que seu significado não seja distorcido de modo que seja utilizado como medida arbitrária de silenciamento de manifestações contrárias ao poder? Isto é, como não permitir que qualquer manifestação seja equivocadamente vista como discurso de ódio passível de coibição? Uma sociedade bem-ordenada pode conferir proteção aos grupos vulneráveis contra os danos causados pelos discursos de ódio? Estes são questionamentos que pretendemos responder no próximo capítulo, na tentativa de distanciar o discurso de ódio do campo semântico da liberdade de expressão.

### **CAPÍTULO 3 - LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO**

No capítulo anterior compreendemos a participação como um direito de tamanha importância ao ponto de ser definido por Waldron como o “direito dos direitos”. Isso ocorre a partir do momento em que ele adota para a definição de democracia um caráter procedimental que necessita da garantia de alguns pressupostos democráticos em sua definição, de acordo com o que se propõe fazer um regime que atribui titularidade, responsabilidade e respeito aos indivíduos na manutenção de seus direitos. Sendo assim, uma sociedade democrática constitucional bem-ordenada necessita da participação de seus cidadãos, e os termos dessa participação devem ser expressos e difundidos de modo que os participantes saibam de seus compromissos, dos limites de seus direitos, dos seus poderes de reivindicação.

Uma das liberdades incorporadas ao direito de participação é a liberdade de expressão. Ela consiste na capacidade atribuída aos indivíduos de demonstrar publicamente os valores que eles adotam para persecução de seus fins em uma atmosfera interativa. Sem a liberdade de se manifestar não há o que se falar em participação. Nas discussões que dizem respeito à liberdade de expressão existe uma controvérsia relacionada com a possibilidade de interferência nessa liberdade quando configurado o discurso de ódio. Tal controvérsia será tratada neste capítulo, cujo objetivo é demonstrar que o discurso público de ódio possui características específicas, não devendo ser confundido com o livre discurso protegido pela liberdade de expressão, em virtude dos danos que causa ao status de dignidade dos indivíduos por ele atacados, de sua incompatibilidade com uma sociedade bem-ordenada, e pelos prejuízos que causa a um bom procedimento de participação.

Para atingirmos esse objetivo, este capítulo encontra-se dividido em três partes. A primeira parte será dedicada à compreensão da importância da liberdade de expressão em um regime democrático que se pauta na participação de seus membros. Apresentaremos as respostas que Waldron fornece aos seus opositores em favor de leis contra o discurso de ódio, de modo a compreendermos sua possibilidade e necessidade. A segunda parte será dedicada à caracterização do discurso de ódio de acordo com a teoria de Waldron, sendo o discurso definido por características específicas relacionadas a seus resultados, buscando demonstrar os danos que esse tipo de discurso causa, e que o impede de ser visto como contribuição ao debate livre. A terceira parte é dedicada aos motivos pelos quais esse discurso não deve ser aceito como parte do direito à liberdade de expressão em uma sociedade democrática constitucional bem-ordenada. Ele se mostra um discurso que prejudica a participação, que se distancia da livre



expressão, que viola os preceitos de uma sociedade bem-ordenada, e viola o status de dignidade dos indivíduos.

### 3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Após compreendermos a importância da participação do indivíduo para a ideia de uma sociedade democrática constitucional bem-ordenada, passamos à análise de uma liberdade que compõe o direito de participar, a liberdade de expressão. É através de um direito que lhe confere a possibilidade de “se expressar” que o indivíduo irá demonstrar quais as razões que ele considera essenciais para um procedimento em que se discutem direitos, no intuito de alcançar uma decisão sobre um curso de ação comum. Queremos aqui salientar a importância da liberdade de expressão para uma sociedade democrática constitucional bem-ordenada, o quanto fundamental ela é para um procedimento de participação, e quais os limites podem ser impostos sobre essa liberdade, justificadamente. Demonstraremos que a justificação desses limites se dá por razões de garantia e proteção ao status de dignidade de membros de grupos vulneráveis. Nos próximos parágrafos, consideramos as lições de John Stuart Mill em *Sobre a Liberdade* como essenciais para compreendermos como possibilidade de se expressar é algo não só importante, como condição de possibilidade para uma democracia.

A tensão entre “liberdade” e “autoridade” é algo conhecido na história das democracias liberais. A princípio, a primeira aparece como uma forma de proteção contra uma espécie de tirania da segunda, quando esta é exercida por intermédio do poder de governança. Essa percepção é possível, a partir do momento em que a humanidade identificou com estranheza uma posição antagônica entre o poder exercido por líderes e os interesses daqueles submetidos a esse poder, adquirindo a “liberdade” o caráter de atributo necessário aos indivíduos para contestar o poder ilimitado ou abusivo de seus governantes. Desta maneira, a liberdade começa a ser compreendida como uma capacidade individual necessária para exercer oposição às normas injustas e distantes dos interesses dos governados, isto é, capacidade para criticar publicamente a atuação de governantes sem que sofresse castigos indignos, e para exigir limites aos poderes de governança<sup>181</sup>. Com o passar do tempo, a ideia de liberdade individual passa a

---

<sup>181</sup> “Isso foi tentado de duas maneiras. Primeiro, obtendo-se o reconhecimento de certas imunidades, chamadas de liberdades políticas, ou direitos, cuja infração fosse vista como um descumprimento do dever do governante, e que, em caso de violação, tornaria justificável uma resistência específica ou uma rebelião geral. O segundo recurso, geralmente mais tardio, foi o estabelecimento de entraves constitucionais, pelos quais o consentimento da comunidade, ou de algum tipo de corpo que supostamente representasse seus interesses, fosse uma condição necessária para alguns dos mais importantes atos do poder governante”(MILL, 2017, p. 55)

demandar outros aspectos que não circunscritos à oposição ao poder do governante, exigindo então que estes fossem ser escolhidos periodicamente, sob a condição de representar os interesses da população, em virtude dessa escolha estar vinculada à necessidade da autoridade governante se pautar nos interesses de toda uma nação. Forma-se a ideia de democracia representativa.

A ideia de um regime de governo fundamentado nos interesses da nação, que escolhe quem irá representar esses interesses, se alastra e começa a alcançar uma larga escala na superfície terrestre, e com isso surgem outros questionamentos envolvendo liberdade e autoridade. Questiona-se não apenas o fato, mas os motivos que levam à uma ideia distorcida de autogoverno popular, causada pela discrepância entre interesses de governantes e governados, pois a ideia de autogoverno não diz respeito a um governo de “cada um por si” e sim “cada um por si e por todos os outros”. Desta forma, a tensão entre liberdade e autoridade percorre um caminho, passando do questionamento à autoridade ilimitada para a necessidade de representação dos interesses dos governados pelos governantes, culminando nas discussões modernas sobre a possibilidade de interferência do poder regulador na independência do indivíduo, sendo necessário, portanto, identificar limites tanto na interferência do poder regulador na vida individual, quanto limites na própria liberdade do indivíduo em relação aos outros indivíduos, surgindo a ideia de cidadania.

A tensão entre liberdade e autoridade, e os termos práticos para o exercício de ambas, levanta a questão de limites em termos de ajustes entre a independência individual e o controle social, e agora demanda, não apenas a proteção contra a autoridade governante abusiva, mas a adequação dessa proteção diante das atitudes dos indivíduos uns para com os outros, cuja adequação possa ser feita mediante normas de comportamento, ou em forma de livre opinião e crítica para aquilo que não seja objeto de regulação. E dada a multiplicidade de opiniões sobre aquilo que é louvável ou objetável, reconhecemos que as opiniões dos indivíduos podem ser afetadas “por todas as múltiplas causas que influenciam o que querem em relação ao comportamento dos outros, e são tão numerosas quanto as que determinam o que eles querem em relação a qualquer outra questão” (MILL, 2017, p. 59). Por isso, discussões que envolvem limites à independência individual são até hoje bastante controversas, e mais controversas ainda são aquelas que dizem respeito à recepção ou não da liberdade de opinião e crítica como objeto de normas reguladoras, como é o caso da discussão sobre discursos de ódio serem ou não protegidos contra intervenção reguladora.

Ainda em Mill, a humanidade só deve ser autorizada a interferir na liberdade dos indivíduos, contra a sua vontade, por um único propósito: alcançar a justiça em situações em

que a ação de uma pessoa possa causar danos às demais<sup>182</sup>. A coação e a punição só se mostram justificáveis em nome da segurança de todos, principalmente dos que sofram danos por determinada ação individual, e, portanto, a liberdade adquire além do caráter de um direito abstrato, a necessidade de ser considerada a partir de sua utilidade em um ambiente de cooperação<sup>183</sup>.

Desta forma, para os fins desta discussão, reconhecemos que a liberdade humana compreende o domínio da consciência, a liberdade de sentimento, de pensamento, e de opinião em diversas questões, inclusive morais. Ao indivíduo deve ser garantido o direito de ser livre para constituir suas preferências, seu plano de vida, e seu próprio caráter; ele deve agir da forma que deseja, consciente de estar sujeito às consequências de suas ações, e, portanto, não deve usar de sua liberdade para causar danos ao demais. Não incumbe, entretanto, à autoridade pública controlar o desenvolvimento individual, silenciando a opinião, pois, é através da livre expressão que se tem informação, e só mediante o acesso à informação que garantimos ao indivíduo a oportunidade de trocar as convicções erradas pelas certas<sup>184</sup>, em nome de um progresso individual.

Como antes aludido, porém, as discussões modernas sobre a liberdade de expressão ultrapassaram essa ideia de liberdade como ingrediente principal do progresso, nos permitindo identificar algumas controvérsias que envolvem danos causados pela expressão individual, e portanto, a livre expressão não deve ultrapassar os limites de uma discussão respeitosa, e a depender da forma como são expressas, e das consequências dessa manifestação, podem perder essa “imunidade que age em nome do progresso”, precisamente quando constituírem possíveis incitações para alguma ação nociva à ideia de democracia e civilidade. Em contraprestação ao benefício da proteção que a sociedade confere aos indivíduos, e diante do fato de estarem esses indivíduos inseridos em um ambiente coletivo e interativo, a eles pode ser incumbido o dever de se submeter a alguns limites em suas condutas em relação aos demais. A liberdade não

---

<sup>182</sup> A finalidade de seu próprio bem, físico ou moral, não é suficiente para conferir essa autorização. Ele não pode, sem que se cometa injustiça, ser compelido a fazer ou abster-se de fazer algo porque será melhor para seu próprio interesse agir assim, porque isso o fará mais feliz, porque, na opinião de outros, seria uma ação sábia, ou mesmo justa. (...) Para justificar isso, o comportamento que se deseja evitar que ele tenha deve, na medida em que se possa calcular, causar algum mal a outra pessoa. O único aspecto do comportamento pelo qual ele é obrigado a fazer concessões à sociedade é o que diz respeito a outras pessoas.” (MILL, 2017, p. 62).

<sup>183</sup> A utilidade aqui, entretanto, é considerada em um sentido mais amplo, fundamentada nos interesses dos indivíduos considerados como serem em progresso. Esses interesses, segundo Mill, autorizam, por vezes, a sujeição da espontaneidade individual a uma espécie de controle externo, circunscrito, entretanto, às ações que prejudiquem os interesses dos outros indivíduos. Isto é, a prática de um ato lesivo se constitui em situação passível de controle e até mesmo punição, seja nos termos da lei, ou mediante a reprovação geral quando penalidades legais não sejam aplicáveis. Cf, MILL, 2017, p. 63-64

<sup>184</sup>Cf. MILL, 2017, p. 54-69

consiste em um poder de prejudicar aspectos básicos conferidos aos indivíduos de uma sociedade democrática, como noções de dignidade e igualdade de tratamento; uma sociedade pode exigir determinados sacrifícios para proteger seus membros de terem direitos ou condições básicas violadas. A conduta individual que prejudicar direito alheio confere à sociedade jurisdição sobre esse indivíduo, abrindo espaço para a discussão que envolve a justificação de benefícios de uma intervenção na conduta individual em nome de um bem estar geral<sup>185</sup>.

A discussão de Mill, certamente, diz respeito à intervenção em um caráter puramente privado da escolha das pessoas, não havendo motivos para interferir em suas ações se elas não acarretam prejuízos às outras pessoas, isto é, se as consequências de suas ações incidirem apenas sobre si mesmas. Não é sobre um bem estar geral que pautamos a discussão do discurso de ódio, embora seja interessante considera-lo como um dos motivos. A discussão é, ao final, uma preocupação individual, que diz respeito a alguns elementos essenciais para uma noção de dignidade desses indivíduos, mas que opera em um ambiente público. A controvérsia do discurso de ódio não é relacionada ao caráter privado de formação de opinião, no qual o Estado não deva interferir. A questão diz respeito a um procedimento público de participação diante da possibilidade de condutas danosas causadas por um discurso público dos indivíduos ao status de dignidade das pessoas que está relacionado com as noções de igualdade fundamental essenciais a um Estado Democrático de Direito.

A liberdade de expressão é indubitavelmente uma condição elementar às democracias liberais modernas, cuja instituição em Constituições de direitos e em tratados e convenções internacionais de direitos humanos lhe atribui caráter de direito humano e fundamental. Como já referenciado nos capítulos anteriores, a ideia de democracia constitucional, da mesma forma, a considera como condição primordial ao cidadão, especialmente em relação ao exercício da participação em igualdade de condições. Nesse sentido, quando a liberdade de expressão está diante de um exercício controverso (como no caso do discurso de ódio), a tendência dos Estados democráticos modernos é evidenciar sua importância, adotando, muitas vezes, uma conduta de absterem-se de interferir em seu exercício, para que não sejam impostos limites que prejudiquem a promoção do debate público entre os indivíduos que exercem seu direito de participação<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> Cf. MILL, 2017, p. 104-129.

<sup>186</sup> Ronald Dworkin, diferentemente de Waldron, acredita que a tentativa de interferência por parte do Estado na expressão dos indivíduos, no intuito de impor limites ao seu exercício, constitui violação ao direito fundamental à liberdade de expressão, porque atinge diretamente a legitimidade democrática. Seu argumento é que o direito à liberdade expressão é parte constitutiva das práticas democráticas, cuja legitimidade é prejudicada quando os indivíduos são impedidos de contribuir no debate público através da imposição de limites em suas manifestações

Partindo da premissa de que o discurso incorpora não apenas a fala, mas também outras alternativas de ação como escritos, publicações, difusão por meios eletrônicos, etc., consideramos a formulação do verbete *Freedom of Speech*, feito por David Van Mill na Enciclopédia de Filosofia de Stanford (2021): o autor afirma que algumas formas de expressão são mais importantes do que outras e exigem conseqüentemente diferentes níveis de proteção. Por exemplo, em sociedades democráticas, a liberdade de expressão de críticas contra o governo é mais importante do que a liberdade de expressão do artista em ofender o seu público. Geralmente quando atos de discurso entram em conflito e causam danos – um impossibilitando o outro – há a necessidade de uma decisão que imponha a prevalência de um sobre o outro naquele contexto. Assim sendo, nenhum direito é ilimitado, nem mesmo a liberdade de expressão<sup>187</sup>.

Em uma sociedade democrática é possível instituir limites ao exercício do discurso quando diante de valores concorrentes e possibilidade de danos graves aos indivíduos alvejados por um discurso discriminatório. Ainda no verbete desenvolvido por Van Mill, o autor considera a afirmação de Stanley Fish de que o termo “*Free Speech*” é tomado como um termo útil para concentrar a atenção de todos nas interações humanas, e não significa necessariamente a atribuição de caráter absoluto ao referido direito. A expressão através dos atos de discurso não seria um ato independente, em virtude de seu pleno exercício depender do respeito a outros valores essenciais à cultura democrática<sup>188</sup> - como por exemplo a garantia do status de dignidade que pressupõe respeito e autoridade daquele que o possui, em procedimentos de participação. Ademais, no mesmo verbete Alan Haworth não considera o direito à liberdade de expressão como um valor intrínseco à condição humana, e sim uma condição socialmente construída sob determinadas circunstâncias<sup>189</sup> – da mesma forma que Waldron não considera a dignidade humana apenas como um valor incondicionado do ser humano, com origens no direito natural, mas sim como uma condição jurídica de alto valor fruto de uma construção de sociedade sob preceitos democráticos. Não obstante, a liberdade de expressão possui um alto valor, pois é através dela que se leva informações ao público; informações necessárias para que esse mesmo público desenvolva a capacidade de exercer plenamente seu direito de participação em termos razoáveis, logo, é essencial à democracia. Pelo mesmo motivo que se confere elevado valor ao

---

que dizem respeito às suas convicções políticas e preceitos morais escolhidos, incluindo os seus preconceitos. Trata-se da jurisprudência majoritariamente adotada nas Cortes estadunidenses. Cf. DWORKIN, 2009, v-vi.

<sup>187</sup> Cf. VAN MILL, David. *Freedom of Speech*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy. 2021, online. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/freedom-speech>>.

<sup>188</sup> Cf. FISH, Stanley. *Here's No Such Thing as Free Speech...and it's a good thing too*, New York: Oxford University Press. 1994, p. 102.

<sup>189</sup> Cf. HAWORTH, Alan. *Free Speech*. London: Routledge, 1998.

direito de se comunicar com os outros, de ter suas pretensões consideradas, isto é, de exercer o livre discurso, por outro lado, justifica também a rejeição da proteção aos atos de discurso de ódio que prejudiquem esse mesmo exercício em termos mutualmente respeitosos.<sup>190</sup>

A grande questão, portanto, é saber se a liberdade de expressão incorpora discursos de ódio difamatórios quando identificados os perigos de dano que a publicidade desses discursos possa causar àqueles cujo status de dignidade são fragilizados pela própria história dessa sociedade. Nesse sentido aduz Ronald Dworkin:

“[...] a liberdade de expressão colabora para que a estupidez e a corrupção do governo venham a público e faculta um debate público vigoroso que às vezes gera novas ideias e refuta ideias antigas. Porém, o papel igualitário da Primeira Emenda independe totalmente dessas outras funções. Ela proíbe a censura de pervertidos sexuais ou dos neonazistas, não porque alguém pense que as contribuições deles vão impedir a corrupção ou melhorar a qualidade do debate público, mas porque a igualdade exige que todos, por mais excêntricos ou desprezíveis que sejam, tenham a oportunidade de exercer sua influência não só nas eleições, mas na política em geral. Não se deduz daí que o Estado vá, no fim, respeitar igualmente a opinião de todos, nem que as decisões oficiais sejam igualmente favoráveis a todos os grupos. O que a igualdade exige é que todas as opiniões tenham a oportunidade de exercer sua influência, e não que todas triunfem ou mesmo sejam representadas naquilo que o Estado efetivamente faz.” (DWORKIN, 2006, p. 380)

Diante dessa necessidade de priorizar a liberdade de expressão, pois é através dela que se obtém informação sobre as circunstâncias em que a sociedade se encontra em discussões sobre direitos, nos questionamos se uma sociedade pode ser considerada uma sociedade democrática constitucional bem-ordenada ao permitir sob esses fundamentos apresentados por Dworkin, a disseminação de discurso de ódio<sup>191</sup>. Em uma sociedade democrática constitucional bem-ordenada há a preocupação em garantir uma diversidade colorida e indisciplinada de um livre mercado de ideias<sup>192</sup> ou essa sociedade deve se interessar em não admitir características visíveis

<sup>190</sup> Cf. VAN MILL, 2018, *online*.

<sup>191</sup> Trata-se do principal questionamento de Waldron ao adotar a ideia de sociedade bem-ordenada. O autor faz esse questionamento em virtude da defesa dos constitucionalistas estadunidenses de que uma sociedade livre não permite leis que proíbam esses discursos, sob o fundamento de que a proibição é impedida pelo compromisso com a liberdade de expressão da Primeira Emenda. Uma sociedade bem-ordenada deve manter em seu aspecto visível a publicação de discursos de ódio, ainda que as pessoas por esse discurso alvejado tenham dificuldade em confiar numa perspectiva de alto status que lhes garante a dignidade básica?

<sup>192</sup> Cf. WALDRON, 2012c, p.66: “Uma sociedade que permite tais publicações pode *parecer* bem diferente daquelas que não. Seus painéis e pôsteres podem ser rebocados de representações de membros de minorias raciais caracterizados como bestas ou sub-humanos. Podem ser publicações proclamando que os membros dessas minorias são criminosos, pervertidos ou terroristas, ou panfletos dizendo que seguidores de certa religião são ameaças às pessoas decentes e deveriam ser deportados ou obrigados a desaparecer. Pode haver cartazes e suásticas celebrando uma campanha genocida do passado. Pode haver dizeres indicando que membros de uma determinada minoria não são bem vindos em certas vizinhanças ou em uma sociedade educada, e símbolos em chamadas com intuito de intimidá-los, caso permaneçam. Isso é como aparenta uma sociedade quando a difamação de grupos é permitida. E o meu questionamento é: essa é a aparência de uma sociedade *bem-ordenada*?”. Original: “A *Society which permits such publications may look quite different from a society that does not. Its hoardings and its*

que sejam estranhas a um compromisso com uma concepção pública de justiça? Uma sociedade bem-ordenada do tipo rawlsiano todos aceitam e sabem que os demais aceitam os mesmos princípios de justiça, e, portanto, deixa claro que seus cidadãos possuem um compromisso com alguns fundamentos como a liberdade igual, igualdade equitativa de oportunidades e dignidade humana, devendo, portanto, transmitir visivelmente a garantia desse compromisso, como parte de uma cultura pública democrática<sup>193</sup>.

A preocupação de Waldron, portanto, é com manifestações públicas e visíveis de discurso de ódio em suas formas mais tangíveis e na sua permanência no ambiente social, de modo que possam se tornar parte de um imaginário definitivo de mundo que faz uma profunda diferença para aqueles que, nesse imaginário, são vistos como cidadãos de segunda classe. Uma sociedade bem-ordenada é efetivamente governada por uma concepção de justiça, e é incompatível a ideia de aceitar manifestações expressas de ódio projetadas para incitar mais ódio com as atitudes de um cidadão que definem a sociedade bem-ordenada. Desta forma, ainda que consideremos o que Rawls diz sobre religiões intolerantes deixarem de existir numa sociedade bem-ordenada, disso não podemos inferir que essa sociedade deturpa o papel da lei, considerando que leis como aquelas que limitam o discurso de ódio não serão necessárias em virtude de inexistir motivação dos cidadãos de uma sociedade bem-ordenada para prática de atos de discurso de ódio. Mesmo em uma sociedade em que todos aceitam e sabem que os demais aceitam os mesmos princípios de justiça, segundo Rawls:

O poder coercitivo do governo é um dos degraus necessários para a estabilidade da cooperação social. Pois embora, todos os homens saibam que compartilham um senso de justiça comum, e que cada adere aos arranjos existentes, eles podem, contudo não

---

*lampposts may be festooned with depictions of members of racial minorities characterizing them as bestial or subhuman. There may be posters proclaiming that members of these minorities are criminals, perverts, or terrorists, or leaflets saying that followers of a certain religion are threats to decent people and that They should be deported or made to disappear. There may be banners and swastikas celebration or excusing the genocidal campaigns of the past. There may be signs indicating that the members of the minority in question are not welcome in certain neighborhoods or in polite society generally, and flaming symbols intended to intimidate them if They remain. That is what a society may look like When group defamation is permitted. And my question is: Is that what a well-ordered society would look like?"*

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 69-70. Segundo o autor, no liberalismo político de Rawls, identificar as liberdades fundamentais depende de um exercício de inspeção de constituições de Estados democráticos, identificando uma lista de liberdades comumente protegidas, e o papel dessas liberdades que funcionam bem. Do trabalho de Rawls, entretanto, não dá para extrair um posicionamento conciso do autor sobre leis contra o discurso de ódio, e Waldron acredita que Rawls estaria entre aqueles que se posicionam de acordo com a jurisprudência da Primeira Emenda. Waldron, porém, não tem certeza que a prevalência da liberdade de expressão como uma defesa da subversão e da crítica seja estendida para a defesa de manifestações públicas que intimam a exclusão ou subordinação de grupos vulneráveis. Para o autor, Rawls não faz considerações desse tipo em que se analisa o status do discurso, seu conteúdo, e sua forma em conflito com a garantia que supostamente os cidadãos extraem uns dos outros através de um compromisso com a igualdade. Waldron fornece, portanto, a justificativa de leis contra o discurso de ódio numa sociedade bem-ordenada.

ter total confiança um no outro.[...] A existência de um maquinário penal efetivo serve como segurança dos homens, de uns aos outros. (RAWLS, 2008, p. 211).

Isso significa que Waldron não considera a sociedade bem-ordenada rawlsiana como algo utópico, na qual as leis não seriam necessárias em virtude do reconhecimento e aceitação de uma concepção de justiça por todos. É uma sociedade que através de suas instituições básicas, desencorajam certos modos de vida, e encorajam outros, e, portanto, o trabalho expressivo e disciplinar de uma lei pode ser um elemento essencial para a mudança de sentimento dos cidadãos interessados em elementos básicos de justiça. Uma sociedade bem-ordenada deve transmitir visivelmente a garantia e a segurança de que os indivíduos serão tratados com base em seus princípios de justiça detalhados. Em sociedades democráticas concretas – distantes de serem bem-ordenadas – quando se reivindica a garantia de que são todos igualmente humanos, possuem dignidade e direitos essenciais à justiça, e merecem proteção contra formas mais intensas de violência, exclusão e subordinação, se faz sob fundamentos de justiça, e não de acordo com a concepção favorita de alguém.<sup>194</sup> Por “fundamentos de justiça” Waldron compreende ser algo semelhante, mas não idêntico aos “fundamentos constitucionais” de Rawls no liberalismo político:

A ideia é que algumas alegações de justiça se baseiam ou pressupõem outras; alguns representam desenvolvimentos controversos ou extrapolam outros. Os fundamentos da justiça são as reivindicações que estão nas fundações dessas derivações e controvérsias. Eles incluem proposições que estabelecem o direito de todos à justiça e segurança elementar, a reivindicação de todos de ter seu bem-estar juntamente com o bem-estar de todos os outros na determinação da política social, e o status legal de todos como membros da sociedade que possuem direitos. Eles também incluem repúdio às reivindicações particulares de desigualdade racial, sexual e religiosa que, historicamente, forneceram motivos para negar esses direitos (WALDRON, 2012C p. 252)<sup>195</sup>

O discurso de ódio não é considerado apenas como expressões autônomas, não é apenas desabafo do racista. São manifestações que atacam o senso de garantia no qual membros de minorias vulneráveis devem confiar. Há uma negativa da garantia implícita fornecida pela

---

<sup>194</sup> *Ibid.*, p. 65-82

<sup>195</sup> “My reference here to the fundamentals of justice is similar to, but not quite the same as, Rawls’s idea of “constitutional Essentials”. The idea is that some claims of justice are based on or presuppose others; some represent controversial developments or extrapolations from others. The fundamentals of justice are the claims that lie at the foundations of these derivations and controversies. They include propositions establishing everyone’s right to justice and elementary security, everyone’s claim to have their welfare counted along with everyone else’s welfare in the determination of social policy, and everyone’s legal status as a rights-bearing members of society. They also include repudiations of particular claims of racial, sexual and religious inequality that have historically provided grounds for denying these rights.”



sociedade aos membros de grupos vulneráveis, a garantia de que eles são considerados da mesma forma que os demais. O discurso de ódio intenta enfraquecer essa garantia, questioná-la manchando-a com expressões visíveis de discriminação, ódio, exclusão e desprezo, e tal garantia, desta forma desafiada, não contribui para a defesa da necessária confiança nos demais em fornecer a esses grupos tratamento justo<sup>196</sup>. Discursos de ódio são ações performadas em público, com orientação pública, projetadas para enfraquecer bens públicos<sup>197</sup>.

Nesse sentido, além da forma e do conteúdo desses discursos demonstrarem estar em contradição com garantias supostamente fornecidas pelos membros de uma sociedade bem-ordenada como bens públicos, esses discursos intimam um retorno a algumas circunstâncias injustas familiares, experimentadas pelos membros de minorias anteriormente subordinadas. Isso está em total desacordo com as garantias que uma sociedade bem-ordenada deve oferecer, não sendo apenas garantias em abstrato, mas também relacionada com pesadelos históricos que o discurso de ódio busca despertar<sup>198</sup>.

O discurso de ódio, até aqui observado como discurso difamatório à dignidade de minorias, não se encaixa no exercício da liberdade de expressão política. Não se trata apenas de pensamentos com os quais não concordamos ou repudiamos. Vai além. Querer definir o discurso de ódio não significa encontrar meios para controlar a mente das pessoas de modo a tentar limitar sua liberdade fundamental de consciência. Fala-se aqui da liberdade de expressão política, aquela capaz de delimitar as vias discursivas da cidadania de modo que determinada linha de pensamento, manifestamente expressa, possa incitar o ódio, ou contribuir para a manutenção de grupos minoritários em posição desigual.

### **3.1.1. Justificando as restrições à liberdade de expressão**

Deveria o Estado permanecer silente diante da pública difamação contra grupos minoritários, de modo a excluí-los do processo de participação política, e mantê-los como cidadãos invisíveis? Acreditamos que não. Ao dissertar sobre um discurso difamatório, o interesse reside na reputação fundamental do cidadão como membros de uma sociedade bem-ordenada, e não aos detalhes relacionados à reputação particular de cada indivíduo ou de sua colocação na escala de estima social. A reputação individual pode ser atacada de diversas formas, variando de caso a caso e dependendo daquilo que se considera como parte dessa

---

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 88-89

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 100

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 102-3

reputação. Em contrapartida, a reputação fundamental, relativa ao status de dignidade do indivíduo que demanda proteção do Estado e respeito dos demais, é a mesma para todos. Quando os indivíduos assumem a responsabilidade dos deveres de cooperação, quando assumem agir de acordo com os princípios de justiça, assumem também o dever de garantir o fundamento básico da dignidade humana de cada um. Ao invés da particularidade de cada caso específico, devem procurar proteger as pessoas, considerando os impactos do discurso difamatório e o seu propósito – que geralmente imputa a um grupo de pessoas de determinada característica, um valor sub-humano<sup>199</sup>.

A primeira questão que deve ser pontuada para defender o distanciamento do discurso de ódio da liberdade de expressão advém da resposta de Waldron ao argumento de Anthony Lewis sobre a liberdade para os pensamentos que odiamos. A primeira coisa a se fazer é distanciar o discurso de ódio da ideia de crime de sedição e do crime de blasfêmia. A primeira porque não é o Estado o objeto de discursos de ódio, e não é sua proteção que está em jogo, e a segunda porque a reputação da religião em si não deve ser objeto de leis por ser algo de esfera privada<sup>200</sup>. O que está em jogo é o status de dignidade de membros de grupos minoritários. Por exemplo, em 1952, a Suprema Corte dos Estados Unidos confirmou uma Lei do Estado de

---

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 52-53. Por um lado, existe uma preocupação relacionada à reputação individual em casos cíveis, e por outro lado, a ideia de libelo como crime, tradicionalmente não está interessada em proteger detalhes intrincados à reputação individual de cada um, ou seu status em uma escala de estima social, e sim os fundamentos da reputação de cada um. Ao aproximar a ideia de libelo criminoso com a difamação, ele afirma que, agora, o interesse é da lei criminal, e ao lidarmos com os amplos fundamentos da reputação das pessoas, ao invés de suas particularidades, a lei deve buscar lidar com a proteção de um grande número de pessoas, como um grupo, conta os ataques em suas reputações fundamentais. Um ataque difamatório contra um grupo de pessoas – *group libel* – é aquele que “atinge diretamente as bases normativas da igual consideração, amaldiçoando os membros do grupo com caracterizações violentas que desumanizam suas características descritivas, definindo-os como insetos ou animais” – “*a group libel may go directly to the normative basis of equal standing, damning the members of the group with vicious characterizations that dehumanize their ascriptive characteristics and depict them as insect or animals.*”(WALDRON, *op. cit.* p.58).

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 42-47 O autor, ao explicar as variações na compreensão do termo “libelo” – que hoje se compreende como uma espécie de “infração” – *tort* - relata que durante algum tempo o libelo fora compreendido como crime, justificado para proteger a integridade do Estado e da Religião Cristã. No primeiro caso – *Seditious Libel* -, tem como exemplo mais conhecido a Lei de Sedição – *The Sedition Act* – promulgada em 1798, que transformava em crime a publicação de “escritos falsos, escandalosos e maliciosos” – “*false, scandalous and malicious writing*” que levassem o Presidente ou o Congresso ao descrédito, ou que “incite contra eles (...) o ódio do cidadão de bem dos Estados Unidos – “*to excite against them (...) the hatred of the good people of the United States*. Desde então o libelo criminoso passou a ser mal visto após essa desastrosa peça legislativa, em virtude de que, no início do século XIX, as cláusulas de livre discurso começaram a ser compreendidas como restrições ao poder do Estado; No segundo caso – *Blasphemous Libel* – temos o libelo do tipo blasfemo, adotado explicitamente pela Corte do Estado da Pensilvânia em 1824 sob o argumento de que “ a Cristandade em geral é, e sempre foi, parte da lei comum do Estado da Pensilvânia” (BLACKSTONE *apud* WALDRON, *op. cit.* p. 43) - “*general Christianity, is and always has been a part of the common law of Pennsylvania*”. Os Estados Unidos abandonaram a categoria do libelo blasfemo no século XIX, por ser compreendido como algo que constituía ataque contra a crença religiosa cristã em si, e não contra seus seguidores, matéria que, por razões institucionais, deixou de ser preocupação do Estado.

Illinois nesse sentido, em virtude de um panfleto distribuído por Joseph Beauharnais que atribuía aos negros características difamatórias:

Em 1952, a Suprema Corte confirmou uma lei de Illinois proibindo a publicação e exibição de qualquer escrito ou figura que atribuísse “depravação, criminalidade ou desvio de conduta a uma classe de cidadãos de qualquer raça, cor, credo ou religião.” O caso foi o de *Beauharnais v. Illinois*, e a Corte recusou a invocação da Primeira Emenda para derrubar a multa de \$200 imposta ao presidente da *White Circle League of America*, que distribuiu panfletos nas esquinas de Chicago incitando as pessoas a “proteger a raça branca de ser misturada” e aterrorizada pelos “estupros, roubos, armas, facas e maconha dos negros.” (WALDRON, 2012c, p.27)<sup>201</sup>

Apenas 140 anos depois da instituição da Primeira Emenda é que a Suprema Corte dos Estados Unidos passou a conferir proteção constitucional à liberdade de expressão<sup>202</sup> do discurso político, ao identificar o poder do Estado como mais ameaçador às liberdades individuais do que o contrário. Para Lewis, a importância da proteção dessa liberdade ocorre em virtude de uma característica da sociedade estadunidense, que consiste em ser periodicamente dominada por uma histeria: seja o medo de radicalismos, histeria contra a invasão comunista, medo do islamismo e sua relação com práticas terroristas, etc. Esse medo faz com que a sociedade, de tempos em tempos, exija o silenciamento de inimigos comuns, proporcionando uma caça aos inimigos, como a caça aos hereges, ou caça às bruxas, e consiste não mais do que uma “máscara favorita da hipocrisia<sup>203</sup>”, assumindo a sociedade uma virtude que não possuem <sup>204</sup>.

Em relação aos discursos de ódio, definidos como “publicações que expressam desrespeito, ódio e difamação profundas contra membros de grupos minoritários<sup>205</sup>”

<sup>201</sup> “In 1952, the Supreme Court upheld an Illinois law prohibiting the publication or exhibition of any writing or picture portraying the “depravity, criminality, unchastity, or lack of virtue of a class of citizens of any race, color, creed or religion.” The case was *Beauharnais v. Illinois*, and the Court refused an invitation on First Amendment grounds to overturn a fine of \$200 imposed on the president of the *White Circle League of America*, who had distributed a leaflet on Chicago street corners urging people to “protect the white race from being mongrelized” and terrorized by the “rapes, robberies, guns knives, and marijuana of the negro.”

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 24. Juristas como Oliver Wendell Holmes e Louis Brandeis foram dissidentes de leis contra espionagem e contra Lei Smith aprovada em 1940 - usada em décadas subsequentes para punir defensores do marxismo-leninismo. A opinião desses juristas mostrou uma Corte mais preocupada com os direitos. Em relação às críticas blasfemas, a mudança de pensamento se deu porque a lógica de punir blasfêmias exigia das cortes constitucionais a ideia de considerar as igrejas e o cristianismo em geral como um apoio indispensável ao governo, e em meados do século XIX as cortes estadunidenses se viram incapazes disso, mas não com base na liberdade de expressão, mas por razões anti-institucionais, de modo que a religião, no caso o cristianismo, deixasse de ser parte da organização dos mecanismos de controle social.

<sup>203</sup> Cf. LEWIS, Anthony. *Freedom fo the Thought That we Hate: A biography of the First Amendment*, Basic Books, 2007, p. 103-106; 129-130.

<sup>204</sup> Cf. WALDRON, 2012c, p. 23-26

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 27. “(...) publications which express profound disrespect, hatred, and vilification of the members of minority group.”

poderíamos analisá-los sob a ótica do libelo criminoso<sup>206</sup>, uma terminologia utilizada em algumas legislaturas para definir discursos de ódio difamatórios<sup>207</sup>, e assim como foi feito na decisão tomada pela Suprema Corte no caso *Beauharnais v. Illinois*<sup>208</sup>. Entretanto, para Lewis esse argumento foi derrubado pela suprema corte no caso *New York Times v. Sullivan*<sup>209</sup>, mas para Waldron isso não fica claro, pois os cidadãos afro-americanos difamados coletivamente pelo panfleto de Joseph Beauharnais não eram funcionários públicos que assumiram para si as responsabilidades desse ofício. Eles eram apenas cidadãos comuns que acreditavam possuir proteção contra acusações das mais abjetas- no caso de que “estupros, roubos, armas, facas e maconha era coisa dos negros”. Mas, Waldron acredita que a condenação de Joseph Beauharnais não seria confirmada hoje, em virtude de uma decisão de 1969 que revertera a condenação de um líder da Ku Klux Klan, afirmando que o discurso de ódio, assim como o

---

<sup>206</sup> Waldron argumenta que o libelo pode ser compreendido como um delito, mas que no passado fora frequentemente compreendido como uma ofensa criminal. O conceito de libelo de grupos se refere à possibilidade de difamações raciais e religiosas tornarem-se parte das características visíveis do ambiente social, isto é, parte daquilo que pode ser observado no espaço real e no espaço virtual. Por exemplo, a ideia de “libelo criminoso” para identificar tais discursos foi utilizada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1952, para sustentar a lei estadual confirmada no caso *Beauharnais v. Illinois*<sup>206</sup>, e utilizada como principal objetivo da *Jewish Anti-Defamation League* de impedir, por apelo à razão e à consciência, e se necessário pela lei, a difamação do povo judeu. Waldron acredita que não seria aceita a condenação por libelo criminoso atualmente pela suprema Corte dos Estados Unidos como exceção da proteção da Primeira Emenda, tendo em vista que o entendimento jurisprudencial atualmente adotado pelo país é de não proibir expressões ainda que através do discurso de ódio. Nesse sentido Cf. WALDRON, 2009b, p. 1602-04; WALDRON, 2012c, p.41, 61-63.

<sup>207</sup>Sob a ótica do libelo criminoso operam as restrições ao discurso de ódio encontradas, por exemplo na legislação Canadense, Dinamarquesa, Alemã, Neozelandesa e Britânica. O ponto em comum dessas legislações é o caráter difamatório do discurso de ódio pautado na degradação das características de seus alvos imputando lhes tratamentos desumanos, violentos e cruéis, manifestado publicamente e com potencial de permanecerem ao alcance das pessoas, de modo que possa ser disseminado e causar distúrbios prejudiciais ao ambiente público harmonioso e respeitoso, bem como a capacidade de serem incorporados à mentalidade da sociedade como práticas normais e aceitáveis incitando o descumprimento de normas que garantem o respeito à dignidade das pessoas. Cf. DOMINION OF CANADA, *Criminal Code*, 1985; KINGDOM OF DENMARK. *Denmark Criminal Code*, 2005); BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND, *German Criminal Code (Strafgesetzbuch)*, 1988; NEW ZEALAND/AOTEAROA. *Human Rights Act*, 1993; UNITED KINGDOM. *Public Order Act*, 1986.

<sup>208</sup> Cf. WALDRON, 2012c, p.28. Retornando ao caso de *Beauharnais v. Illinois*, o Juiz Felix Frankfurter, de acordo com a maioria, descreveu o panfleto de Joseph Beauharnais como libelo criminoso, possibilitando considerar esse ato como algo diverso que merecesse proteção da Primeira Emenda. Segundo o Juiz, “ultrajes difamatórios (...) não estão de acordo com a proteção constitucional dos discursos. Trecho original: “*Justice Felix Frankfurter, writing of the majority, described this pamphlet as a ‘criminal libel’, and he thought this put it beyond the protection of the First Amendment. ‘Libelous utterances’, he said, ‘are not within the area of constitutionally protected speech.’*”

<sup>209</sup> Cf. 376 U.S. 254, 1964, P. 270. *New York Times Co. v. Sullivan*. Na ocasião, o jornal *The New York Times* publicou um texto afirmando que agentes públicos racistas do Sul estariam usando táticas ilegais contra o movimento pelos direitos civis. Um comissário da cidade de Montgomery, no estado do Alabama processou o jornal afirmando que o jornal implicitamente estaria o acusando de ilegalidade. O jornal foi condenado a pagar uma multa de 500 mil dólares pelo Tribunal do Alabama, decisão que fora reformulada pela Corte Suprema dos Estados Unidos sob o argumento de que discussões acerca de questões públicas cujo país possui um profundo compromisso nacional incluem ataques cáusticos, e por vezes, desagradáveis aos membros do governo.

discurso sedicioso merece proteção da Primeira Emenda, a menos que seja projetado para incitar, ou que seja provável que incide condutas ilegais.<sup>210</sup>

Waldron questiona esse posicionamento ao considerar a forma como outras democracias liberais tratam o discurso de ódio, bem como o tratamento oferecido a esse discurso em tratados de direitos humanos internacionais, e como ponto de partida da discussão ele considera o argumento dado por Lewis no final de seu livro, em que o autor afirma não ter certeza de que a solução para o discurso de ódio seja promover mais desses discursos: “Em uma era em que palavras inspiraram genocídios e terrorismo, não é fácil para mim, como um dia foi, acreditar que o único remédio contra intenções maléficas deveriam ser as melhores possíveis, de acordo com (Juiz) Brandeis” (LEWIS, 2007, p. 166)<sup>211</sup>.

Desta forma, a partir do momento em que a sedição deixa de ser crime, em virtude do poder do Estado diante da insignificância de críticas dos indivíduos, devemos aplicar o mesmo às minorias vulneráveis? A resposta é não, pois seu status de cidadãos iguais não está tão bem assegurado ao ponto de não precisar de proteção contra depreciações violentas. E partindo também da conclusão de que a blasfêmia não deve ser considerada crime, pois é algo privado com que a lei não deva se preocupar, deve esse mesmo pensamento ser aplicado à reputação fundamental dos grupos vulneráveis? Para Waldron, a resposta para essa questão é negativa, pois considera que a posição de grupos minoritário que demanda respeito dos outros não é uma questão de crença privada. Desta forma para o autor, não parece equivocada a tarefa de democracias liberais de proteger uma atmosfera de respeito mútuo contra ataques violentos<sup>212</sup>. Os Estados e seus agentes devem ser fortes o suficiente para não se importarem com denúncias públicas, porém, o mesmo não se aplica ao status de grupos minoritários em sociedades marcadas pelo pluralismo de concepções, pois é uma conquista frágil nos Estados Unidos, não sendo algo sempre garantido. A ideia de que a lei deva ser indiferente aos discursos de ódio parece ser uma extrapolação injustificável daquilo que somos capazes de tolerar em desacordos políticos<sup>213</sup>.

---

<sup>210</sup> Cf. 432, U.S. 43, 1977. *National Socialist Party v. Skokie*. Na ocasião membros desse partido quiseram realizar uma marcha adornados por símbolos, bandeiras e uniformes nazistas em um bairro de maioria judia. Em recurso para a Suprema Corte, considerou-se que o uso de símbolos nazistas não seria considerado discurso de ódio e estaria totalmente protegido pela Primeira emenda. O judiciário estadunidense adota o posicionamento de prevalência da liberdade de expressão, ainda que tais ataques possam configurar discurso de ódio, abstando-se de interferir na livre expressão de seus cidadãos mantendo-se em posição de neutralidade quanto aos possíveis danos causados à dignidade de minorias.

<sup>211</sup> “*In a age Where words have inspired acts of mass murder and terrorism, it is not as easy for me as it once was to believe that the Only remedy for evil counsels, in [Justice] Brandeis’s phrase, should be good ones*”

<sup>212</sup> Cf. WALDRON, 2012c, p. 30

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 31. Waldron responde à alegação de que os Estados Unidos não adotam a mesma consideração pelo discurso de ódio como democracias europeias, em virtude das experiências passadas dessas sociedades, como o

A resposta de Waldron para Lewis é que, parece não ser adequado concentrar a discussão nessas espécies de histeria coletiva – em que o dissidente seja visto como um inimigo comum a ser combatido dentro de um contexto de pânico majoritário. A questão do discurso de ódio diz respeito a outras formas pelas quais essa histeria ameaça a própria liberdade de alguns. Desta forma, é possível concluir que a histeria coletiva é danosa tanto quando se manifesta por leis repressivas, mas também quando se manifesta por disseminação de ódio racial, não fazendo sentido ter proteção contra a primeira e não contra a segunda<sup>214</sup>.

Em primeiro lugar, porque a questão não diz respeito aos *pensamentos que odiamos*, como se leis contra o discurso de ódio intentassem interferir na mente das pessoas. A questão do discurso de ódio com o qual a lei deva se preocupar diz respeito à publicação e permanência desses discursos e os danos causados pela desfiguração de um ambiente social por manifestações de ódio visíveis, públicas e semipermanentes, que proclamam que membros de uma minoria não são dignos de cidadania igualitária. Em segundo lugar, a questão não se resume em nosso dever de aprender a tolerar os pensamentos que odiamos. O dano causado pelo discurso de ódio racista é, em primeira instância, direcionado aos grupos minoritários bestializados em suas publicações. Esses danos não dizem respeito “(...) aos danos - se pudermos dizer honestamente – causados aos brancos liberais que acreditam ser a investida racista detestável” (WALDRON, 2012c, p. 33)<sup>215</sup>, pois esse tipo de resiliência intelectual não é o que está em jogo. O que está em jogo nessa questão é a possibilidade de membros de grupos minoritários viverem suas vidas, criar seus filhos, e manter suas esperanças na dissipação de seus piores medos, em um ambiente poluído por tais manifestações, que incitam o contrário<sup>216</sup>.

Um segundo argumento a ser respondido em favor da ejeção do discurso de ódio das proteções conferidas à liberdade de expressão é a ideia dessa liberdade como trunfo. A ideia de direitos fundamentais como trunfos é de Ronald Dworkin, a partir da qual se um indivíduo possui um direito fundamental à liberdade de expressão, é incorreto a ideia de que a ele seja negado o exercício desse direito, ainda que determinada utilidade social fosse beneficiada por essa negativa. A sua liberdade de expressão, como um direito fundamental, triunfa sobre as

---

Holocausto, que influenciaram diretamente seus comportamentos com discursos de ódio. A sociedade estadunidense não pode se dar ao luxo de estar mais tranquila nesse aspecto, pois é marcada pela segregação racial que instituiu uma cidadania de segunda classe aos negros, terrorismo racista que não são menos presentes que as memórias do Macarthismo – que perseguiu os defensores da Primeira Emenda -, pois suas memórias de um terror racista são verdadeiros pesadelos ainda vivos, embora adormecidos, que são despertados pelo discurso de ódio na esfera pública.

<sup>214</sup> *Ibid.*, p. 32

<sup>215</sup> “*It is not harm – if I can put it bluntly – to the white liberals who find racist invective distasteful.*”

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 32-33

considerações de utilidade social que possam ser promovidas pela restrição de sua expressão<sup>217</sup>. Ao considerarmos apenas uma ideia abstrata de “utilidade social” do outro lado da balança, torna-se mais fácil defender a livre expressão de qualquer tipo de interferência. Para responder a essa crítica, Waldron propõe considerar a seguinte afirmação de Dworkin:

A instituição dos direitos contra o governo não é um presente de Deus (...) é uma prática complexa e problemática que torna mais difícil e mais cara a tarefa governamental de *assegurar o bem-estar geral*. Ela seria uma prática frívola e enganosa, caso não servisse a algum objetivo.” e que seria uma prática superficial e equivocada, a menos que isso tenha oferecido algum ponto.” (DWORKIN, 2002, p.304).

Se substituirmos o trecho “assegurar o benefício geral” por “proteger as pessoas contra danos” a justificativa de privilegiar o direito à expressão do interlocutor de ódio deveria ser mais forte. Para Waldron há uma lacuna na análise de Dworkin, não dizendo o suficiente a respeito da ideia de trunfos diante da prevenção de danos. A ideia de direitos como trunfos reconhece que esses direitos podem ser derrotados, mas apenas em casos em que conflitem com outros direitos, ou quando houver ameaça de catástrofe moral<sup>218</sup>.

Deveria a defesa pela liberdade irrestrita de expressão demonstrar que a limitação constitui dano ao indivíduo que possui o direito fundamental de dizer o que quiser da forma que quiser, e que esse dano é maior que o dano considerado do discurso de ódio, o que não parece ser muito provável dada a natureza do dano advindo do discurso de ódio. O dano do discurso de ódio inclui a prospecção aumentada de violência e discriminação, como também uma falha drástica na proteção da garantia em que pessoas precisam confiar, uma garantia de que podem seguir suas vidas sem o medo de serem considerados como cidadãos de segunda classe. Se comparados com esse tipo de dano, a irritação e o incômodo de ter que substituir o discurso abusivo, ameaçador e insultuoso do discurso de ódio por expressões mais moderadas da antipatia, parecem ser muito mais leves. A autonomia individual está em questão, mas numa sociedade moderna podemos ser privados de certas coisas, se uma leve perda da liberdade é justificada pela prevenção de danos maiores às outras pessoas.<sup>219</sup> Desta forma, ele responde ao argumento de que a liberdade de expressão possui uma importância especial para os indivíduos,

<sup>217</sup> “A ideia de direitos como trunfos é familiar na teoria política de Ronald Dworkin. De acordo com Dworkin, se um indivíduo possui um direito, então, é incorreto que ele seja negado ao exercício desse direito mesmo quando a utilidade social possa ser aprimorada por tais negativas – *The idea of rights as trumps is familiar from Ronald Dworkin’s political theory. According to Dworkin, if an individual has a right, then it is wrong for him to be denied the exercise of that right even when social utility would be advanced by the denials.*” (WALDRON, op. cit. p. 159).

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 159

<sup>219</sup> *Ibid.* p. 159-161

e que sua limitação causa danos correspondentes aos danos à dignidade que a regulamentação do discurso de ódio tenta evitar. Trata-se do argumento de Edwin Baker sobre o *self-disclosure* como parte da autonomia individual.

Nesse sentido, Waldron responde a outro questionamento, pontuado por Edwin Baker, de que a limitação da liberdade de expressão interfere na autonomia do indivíduo de se autodivulgar – seu *self-disclosure*. Parte das pessoas que advogam pela prevalência da liberdade de expressão aceitam que, em alguns casos, os discursos podem ser limitados<sup>220</sup>, embora a lógica dessas recepções não esteja muito clara. Primeiro elas existem sobre uma lógica de equilíbrio, evidenciando a importância da liberdade de expressão por um lado, e por outro o sopesamento que esse princípio pode sofrer com outros valores que podem ser danificados por discursos proibidos. Nesses casos, o dano a um interesse coletivo deve ser particularmente grave. Uma segunda perspectiva seria considerar que a proteção à livre expressão não engloba casos ofensivos como aqueles vistos como exceções ao princípio, associada com um tipo de perfeccionismo liberal defendido por Joseph Raz no fim dos anos 80, de modo que a ideia de autonomia perdesse seu valor quando seu exercício se torna ilícito de um ponto de vista moral.<sup>221</sup> A defesa de lei contra o discurso de ódio é mais sensata se for feita de acordo com a primeira perspectiva, em virtude do dano que o discurso de ódio possa causar, devendo ser um dano grave<sup>222</sup>.

A limitação do discurso de ódio torna a expressão pública de opiniões algo menos livre, de fato. A partir do que Baker considera, o discurso de ódio tipicamente racista “incorpora-se à

---

<sup>220</sup> *Ibid.*, 145: “Alguns enfatizam existir resíduos de interesses genuínos referentes à subversão e sedição que dominaram a jurisprudência Americana da liberdade de expressão nos anos iniciais do Século XX. Outros falam a respeito de “gritos de guerra.” “Fighting words” Outros enfatizam a incitação à violência. Outros seguem a doutrina da lei criminal a respeito de ameaças verbais, da incitação ou execução de qualquer infração penal. Alguns dizem que obscenidade e determinadas formas violentas de pornografia deveriam ser reguladas em algumas instâncias; quase todo mundo afirma a mesma coisa a respeito da pornografia infantil. Alguns reconhecem como exceção a difamação, pelo menos, a difamação contra indivíduos em esfera privada. Nem todos reconhecem todas essas exceções, mas quase todos reconhecem alguma delas. Questionamos se a incitação do ódio racial ou religioso, ou a difamação de grupos em âmbitos raciais ou religiosos, devem ser incluídas nesse catálogo”. Trecho Original: “Some emphasize the residue of genuine concerns about subversion and sedition that dominated American free-speech jurisprudence in the Early Years of the twentieth century. Some talk about ‘fighting words’. Some emphasize incitement to violence. Others follow the doctrines of the criminal law in regard to verbal threats or the incitement or procuring of any criminal offense. Some say that obscenity and certain forms of hardcore pornography may be regulated in certain circumstances; almost everyone says this about child pornography. Some recognize an exception for defamation, at least defamation of private individuals. Not everyone recognizes all these exceptions, but almost everyone recognizes some of them. Our question is whether the stirring up of racial or religious hatred, or group defamation on racial or religious grounds, should be included in this catalogue”.

<sup>221</sup> Cf. RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford University Press, 1986, p. 380. Waldron, entretanto, acredita que Raz não aplicaria esse pensamento ao discurso de ódio, em virtude de seu pensamento ser de que mesmo que a autonomia perca seu valor quando exercida na escolha de uma opinião moralmente errada, não devemos atribuir aos nossos legisladores o poder de distinguir corretamente entre opções certas e erradas. Nesse sentido, Cf. WALDRON, 2012c, p. 262-63

<sup>222</sup> Cf. WALDRON, 2012c, p. 144-147



visão de mundo do interlocutor, pelo menos momentaneamente, e desta forma ele expressa seus valores”<sup>223</sup> (BAKER, 2009, p.143). Desta forma, quando racistas são impedidos de se manifestarem de forma racista, o que realmente conta para eles são as próprias mensagens ditas, dentre as diversas outras possibilidades de dizer o mesmo. Portanto, não são *eles mesmos* silenciados, pois eles podem dizer o que em entendem sobre assuntos de interesse público, mas em termos moderados, não projetados para incitar um ódio generalizado. Para essas pessoas o que importa são os próprios insultos de maneira violenta<sup>224</sup>.

Isso significa que as restrições ao discurso de ódio são restrições baseadas no conteúdo da mensagem, mas isso não deve ser levado como único ponto em consideração, bem como deve ser considerado cautelosamente. É necessário considerar o discurso de ódio proibido a partir dos efeitos causados por seu conteúdo, de modo a prejudicar a garantia de membros de grupos vulneráveis na demonstração pública de sua dignidade. Trata-se de uma consideração essencial, pois a questão aqui discutida diz respeito apenas ao discurso de ódio expresso de forma abusiva, insultuosa ou ameaçadora. O elemento adverbial é indicado pelo conteúdo da manifestação<sup>225</sup>. Sobre a adoção de leis contra o discurso de ódio, Waldron pontua:

As legislaturas que promulgam tais leis temem as consequências da recepção desse tipo de conteúdo. Temem que membros de minorias vulneráveis sejam convencidos de que não são aceitos como participantes comuns de boa-fé na vida social. Temem que racistas isolados sejam assegurados por uma sensação de maior difusão de seus venenosos ideais. Temem que as pessoas comuns pensem e ajam, com base no pressuposto de que o lugar dos membros minoritários, na vida cotidiana, está em disputa. Tais apreensões parecem ser de cunho paternalista: por que não pode o governo presumir que o senso do lugar das minorias na vida social seja resiliente, ainda mais diante de uma proliferação de material odioso que proclama o oposto? A pergunta se responde sozinha, principalmente em um contexto de sociedade que sofrera com histórico de racismo ou de conflito entre comunidades. Ninguém sabe dizer quando essa herança de ódio e de conflito realmente acabará. Velhos medos são

<sup>223</sup> “Typically, racist hate speech embodies the speaker’s at least momentary view of the world and, to that extent, expresses her values.”

<sup>224</sup> *Ibid.* 149-150

<sup>225</sup> *Ibid.* p. 150-151. O grande problema de restrições fundamentadas em conteúdo é pontuado por Geoffrey Stone: “O Professor Stone afirma que um dos problemas das restrições fundamentadas em conteúdo, é que são motivadas por, e refletem interesses em parte do governo sobre o impacto que certas comunicações terão em público. ‘Ao contrário das restrições neutras em conteúdo’, diz, ‘restrições fundamentadas em conteúdo são comumente designadas para restringir o discurso em razão de seu ‘impacto comunicativo’ – isto é, em razão do temor de como reagirão as pessoas àquilo que diz o interlocutor.’ Ele afirma não ser uma justificativa respeitável na tradição Constitucional Americana, porque indicaria que ‘o governo não confia em seus cidadãos em tomar sábias decisões se expostos a tais expressões’. E isto é mais ou menos preciso a respeito de leis de discurso de ódio e difamação de grupos.” Original: “Professor Stone says that one problem with content-based restrictions is that they are motivated by and reflect concerns on the part of the government about the impact that certain communications will have on the public. ‘Unlike content-neutral restrictions’, he says ‘content-based restrictions usually are designed to restrict speech because of its ‘communicative impact’- that is, because of a ‘fear of how people will react to what the speaker is saying’. He says that this is not a respectable justification in the American constitutional tradition, because it indicates that ‘the government does not trust its citizens to make wise decisions if They are exposed do the expression.’ (STONE apud Waldron, 2012c, p. 152-155.)

difíceis de morrer; antigos pesadelos nunca estão totalmente adormecidos; antigas antipatias podem, às vezes, serem despertadas (WALDRON, 2012c, p. 153)<sup>226</sup>

Diante de tais apreensões, Waldron responde ao argumento de Baker de que a liberdade de expressão deve ser tratada como mais importante do que outras liberdades, porque é a partir do momento que as pessoas falam, elas apresentam ao mundo aspectos importantes de si mesmas, tomando para si um lugar próprio em uma sociedade multifacetada, em que cada indivíduo se define a partir de seus valores, princípios, crenças e convicções. O discurso individual revela quais valores, e como os valores adotados estão conectados às pessoas, e nós identificamos o seu lugar no mundo das ideias quando permitimos que eles falem. Trata-se de uma das coisas mais importantes que fazem os discursos, eles apresentam o interlocutor como guardião de determinada visão ou de determinados valores. Os indivíduos ao escolherem o que revelar e como revelar aos outros através de seus discursos, praticam o *self-disclosure*, e embora isso indique uma conexão com a autonomia individual, não é a única coisa a se dizer sobre a ideia de autonomia<sup>227</sup>.

Desta forma, o *self-disclosure* como um elemento da autonomia formal individual deve reconhecer não apenas a sua força expressiva como também a sua força interativa, pois, as pessoas divulgam seus valores para que os demais saibam quem ela é, mas também, no intuito de interagir com os demais em um mercado de ideias. Para Baker esse é um dos fundamentos de uma sociedade livre no que tange à autonomia individual, e assegurar essa autonomia consiste na tarefa de não interferir o governo na *self-disclosure* dos indivíduos, permitindo que os indivíduos se autodivulguem e mostrem seus valores, esperando que essa divulgação seja percebida e respondida pelos demais.<sup>228</sup> Waldron não desconsidera a importância do *self-*

---

<sup>226</sup> “Legislatures that enact such laws are fearful of the consequences of the reception of this kind of content. They fear that members of vulnerable minorities will become convinced that They are not accepted as ordinary good-faith participants in social life. They fear that isolated racists will secure a heightened sense of diffusion of their poisonous ideals. And They fear that ordinary people will think and act on the assumption that the place of minority members in ordinary life is up for grabs. These apprehensions may seem patronizing: Why can’t government presume that people’s sense of the place of minorities in social life is resilient, even in the face of a proliferation of hateful material proclaiming the opposite? But the question answers itself, particularly in the context of a society that has a history of racism or intercommunal conflict. Nobody knows When that heritage of hate and conflict is really over. Old Fears die hard; old nightmares are never entirely put to rest; old antipathies can sometimes be awoken.”

<sup>227</sup> Cf. WALDRON, 2012c, p. 160-162. Seria o caso de uma espécie de autonomia formal defendida por Baker. O *self-disclosure* é a forma como os indivíduos tomam para si um lugar autônomo no mundo das ideias, visões e considerações dos outros. A sua autonomia formal é fundamental ao respeito pelas pessoas como seres individuais em um mundo social.

<sup>228</sup> *Ibid.*, 163

*disclosure* através dos discursos, entretanto, adverte que as consequências danosas do discurso de ódio difamatório não são dissipadas pela elegância do argumento de Baker.

Nesse sentido, em relação aos discursos de ódio sob a ótica da *self-disclosure*, alguns valores são divulgados, como a repugnância por membros de grupos minoritários, convicções preconceituosas sobre a perversidade dos membros desses grupos, e opiniões de que eles consistem em indivíduos de raça inferior e devam ser tratados como tais. Esses valores definem quem é o interlocutor do discurso de ódio, sem dúvidas, mas, devemos considerar que suas ações possuem consequências, tanto para os interlocutores do discurso de ódio, quanto para os receptores desse discurso, cuja resposta será firmada mais em virtude das consequências de seu discurso do que pelos valores que motivam ou previnem suas ações.<sup>229</sup>

Em primeiro lugar, não devemos considerar o discurso como algo puramente expressivo, algo que apenas promove o *self-disclosure*. Além caráter expressivo, o discurso de ódio pode ser projetado para ferir, aterrorizar, desencorajar e amedrontar pessoas, não sendo os danos apenas causados por esse discurso, mas constituído por esses discursos. O discurso de ódio prejudica o senso compartilhado de garantia da dignidade dos indivíduos, ao apresentar publicamente atitudes abusivas e excludentes, colocando em dúvida a existência da garantia da dignidade básica de membros de grupos vulneráveis. O odiento, aquele que profere discurso de ódio, se apresenta não apenas como um dissidente, mas demonstra a sua recusa em participar da garantia da dignidade de membros de grupos vulneráveis, constituindo o afastamento dessa garantia em um dano grave que se propõe a fazer o odiento ao se autodivulgar, em termos que coloque algumas pessoas em situação desigual.

Em segundo lugar, o discurso de ódio demonstra a intenção de seus interlocutores em estabelecer rivalidade entre bens públicos, incitando atitudes semelhantes daqueles que pensam de uma mesma forma. São ações que possuem significado profundo para uma sociedade bem-ordenada, pois os bens desafiados por seu discurso são essenciais para a garantia coletiva da dignidade das pessoas, não devendo seus danos serem ignorados, ou os bens públicos protegidos pela sociedade alçados para um aspecto secundário do *self-disclosure*. Pelo contrário, ao notar a importância do *self-disclosure* devemos não somente dar atenção a sua importância para a constituição do indivíduo, mas também nos atentar para os aspectos destruidores de bens públicos importantes, resultantes de sua livre disseminação, como a garantia do status de dignidade de membros de grupos vulneráveis.<sup>230</sup>

---

<sup>229</sup> *Ibid.* p. 164-165

<sup>230</sup> *Ibid.* p. 164-168

Portanto, o ponto central da defesa de Waldron é uma garantia geral e implícita da dignidade básica fornecida pelos integrantes de uma sociedade bem-ordenada, e tal garantia não condiz com a exigência de um esforço extra de membros de grupos vulneráveis, exigindo-lhes coragem para tentar viver suas vidas em um ambiente que se apresenta como hostil à sua dignidade. A partir do momento que permitimos atos que prejudicam essa garantia, o discurso de ódio já alcança um de seus objetivos destrutivos. Assim sendo, os danos constituídos pelo discurso de ódio dependem das circunstâncias em que operam, cabendo aos intérpretes da lei ou aos legisladores a tarefa de equilibrar a importância do *self-disclosure* como parte da autonomia individual, com a importância de valores sociais e individuais prejudicados quando o ato de se autodivulgar se torna público, especialmente, na forma relativamente permanente e alcançável. É essencial identificar no discurso uma forma abusiva e ameaçadora da dignidade de membros de minorias, isto é, a intenção destrutiva de bens públicos através do discurso explícito, em equilíbrio com valores que uma sociedade bem-ordenada se compromete a garantir<sup>231</sup>.

Desta forma, reconhecemos que diante dos danos causados pelo discurso de ódio é possível que se instituem normas visando a proteção da dignidade de grupos vulneráveis contra ataques violentos e perigosos em um contexto público de participação. Devemos agora entender as características desse discurso.

### 3.2. AS CARACTERÍSTICAS DO DISCURSO DE ÓDIO

Pretendemos dar ao fenômeno do discurso de ódio caracterizações mais precisas e menos subjetivas, propensas à discricionariedade daqueles que invocam sua existência. A tarefa de estabelecer critérios capazes de defini-lo é complexa, e talvez não satisfaça as expectativas daqueles acostumados com o uso do termo. Por se tratar de um discurso que objetiva impugnar o status de dignidade daqueles que por ele são alvejados, a questão ultrapassa os reflexos da diversidade de opiniões em um livre mercado de ideias, e passa a considerar a possibilidade de causar dano àqueles cujo reconhecimento da igualdade ainda se encontra fragilizado<sup>232</sup>. Devemos considerar o estado da arte em discussões que tratam o discurso de ódio a partir de determinada definição. Por exemplo, Rosane Leal da Silva *et al*, consideram como discursos de ódio, os discursos de conteúdo segregacionista e discriminatório, direcionado àqueles que compartilham determinada característica, para estabelecer uma relação de superioridade do

---

<sup>231</sup> *Ibid*, p. 170-172

<sup>232</sup> *Idem*, 2009b, p.1617

emissor sobre os atingidos. São manifestações que violam sua dignidade e que instigam outras pessoas a participarem mediante discursos discriminatórios semelhantes<sup>233</sup>.

De forma similar, Samanta Ribeiro Meyer-Pflug, reconhece que o discurso de ódio toma a forma de um preconceito social que objetiva desqualificar o diferente, através de demonstrações visíveis de sentimentos de intolerância. Trata-se de manifestações que objetivam a discriminação de minorias como negros, judeus, árabes, islâmicos, LGBTQI+, mulheres, pessoas com deficiência, etc. ao desqualificá-los como titulares dos mesmos direitos fundamentais que os demais<sup>234</sup>. Sob um mesmo ponto de vista, mas fundamentado na Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação, Gilberto Schafer *et. al.* consideram o discurso de ódio:

(...) na manifestação de ideias intolerantes, preconceituosas e discriminatórias contra indivíduos ou grupos vulneráveis, com a intenção de ofender lhes a dignidade e incitar o ódio em razão dos seguintes critérios: idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição (SCHAFFER *Et al.*, 2015, p. 149)

Daniel Sarmiento, por sua vez, define discurso de ódio como “manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivada por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental ou orientação sexual, dentre outros fatores.” (SARMENTO, 2016, p. 54). Portanto, a discussão sobre o discurso de ódio de alguns estudiosos dos direitos considera, para tanto, assim como Waldron, as manifestações difamatórias que ultrapassam o exercício legítimo da expressão e tornam-se instruções degradantes aos seus alvos e sua audiência por intermédio de atitudes discriminatórias e violentas<sup>235</sup>. Antes de explicitarmos as características que demonstram seu potencial de causar dano, precisamos

---

<sup>233</sup> Cf. SILVA *et al.*, 2014, p. 146. As autoras buscam enfrentar, por meio de estudos sobre os fundamentos da prática de discursos de ódio e do seu tratamento jurídico, como se dá a difusão de discursos neonazistas na internet, para responder como essas manifestações não constituem em reflexos da liberdade de expressão. O discurso de ódio da forma por elas considerado está relacionado com a indisposição dos neonazistas em conviver com diferenças, buscando disseminar um discurso em nome da superioridade cultural que justifique práticas bárbaras e intoleráveis que foram e ainda são cometidas. Esses discursos não objetivam convivência pacífica entre grupos diversos, pregando o ódio e segregação em relação àqueles que não possuem “ascendência ariana”.

<sup>234</sup> Cf. MEYER-PFLUG, 2009, p. 97-105. Para a autora, ao discutir sobre uma definição de discurso de ódio, afirma que discurso de ódio não se constitui por simples agressões verbais, não podendo ser confundido com simples ameaça ou insulto à pessoa, devendo ser direcionado a grupos ou classe de pessoas. As manifestações desse tipo de discurso surgem tanto da livre expressão de pensamento quanto como produto de um histórico de discriminações e violências sofridas por determinado grupo de pessoas.

<sup>235</sup> Cf. WALDRON, 2009b, p. 1610

diferenciar a proteção da reputação individual da reputação fundamental através da comparação entre a ofensa em esfera particular e o discurso difamatório à dignidade humana.

### 3.2.1. Discurso De Ódio E Ofensa Privada: (Des)Honra vs. (In)dignidade

Identificar um limite ao exercício da liberdade de expressão não é atribuir proteção constitucional à honra particular do indivíduo, pois a proposta considera a diferença entre ofender a honra individual, e difamar sua dignidade por intermédio de discursos violentos. Nessa última hipótese, o tipo de manifestação considerada possui capacidade para se transformar em práticas concretas de discriminação prejudiciais à igualdade de condições pressuposta do exercício do direito de participação. A dignidade da qual falamos não está circunscrita à reputação individual, sob a qual incidem as noções de respeito por estima, como considera Stephen Darwall, o “respeito avaliativo” *The Second-person Standpoint*<sup>236</sup>, pois reconhecemos o status de dignidade do indivíduo como uma condição formal de autoridade e respeito sobre seus direitos, fundamental ao cidadão de uma sociedade democrática constitucional bem-ordenada, além de sua importância como fundamento de direitos mais básicos a serem garantidos aos todos em igualdade de condições.

Violar essa condição, esse status de dignidade, faz com que a tarefa de sua garantia aos menos favorecidos se torne algo difícil e controverso, e pode transformar o seu alvo em um sujeito invisível para os procedimentos que visam aperfeiçoar o alcance de direitos fundamentais; um sujeito sem voz, desprezado, ridicularizado, e cuja ridicularização seja vista como “normal, ou comum”, podendo transformar-se em um fardo extra de medo a ser carregado por aqueles caracterizados como grupos vulneráveis.

---

<sup>236</sup> A ideia de Stephen Darwall é que existem dois tipos de respeito: o respeito de reconhecimento e o respeito avaliativo. Primeiro, tem-se o “respeito avaliativo, no qual a estima que se tem pelo outro pode variar de acordo com seus méritos, vícios, virtudes, entre outros aspectos. Por outro lado, tem-se o “respeito de reconhecimento”, aquele fundamental à dignidade humana, que não varia, ou pelo menos não deve variar, em razão dos méritos, vícios e virtudes do indivíduo. Embora em uma sociedade bem-ordenada exista um compromisso de conceder respeito aos concidadãos isso não significa ressignificar a noção de estima que as pessoas tem umas pelas outras. É inerente à vida em coletividade a existência de diferenciação de respeito. As pessoas tendem a respeitar mais aquelas outras cujas formas de vida, opiniões, ideologias e outras escolhas particulares se assemelhem com as suas próprias escolhas. São distinções de respeito permissíveis, fundadas naquilo que Darwall chama de respeito de avaliação. O respeito à dignidade inerente à pessoa é o respeito de reconhecimento. Na esfera privada é possível que se tenham estimas versáteis sobre diferentes pessoas, no sentido acima descrito como respeito avaliativo. Entretanto, isso não interfere no fato de que devemos nos comprometer com o desempenho do nosso papel cooperativo na sociedade a respeito dos aspectos básicos de justiça. É possível que não se exija do indivíduo uma atitude positiva, mas considerando a garantia como um “pano de fundo” a responsabilidade que recai sobre o indivíduo é a de, no mínimo, se abster de provocar o enfraquecimento dessa garantia da dignidade. Cf. DARWALL, 2006, p.122-126.

Waldron afirma que proteger as pessoas de serem ofendidas é considerar como primordial para a definição de dano os efeitos reativos da ofensa que serão sentidos pelo ofendido:

Qualquer agressão nesse sentido será experimentada com dor e angústia: precisamos compreender tal angústia para entender o que há de errado com a difamação de grupos, e por que as proibir por lei. A proteção dos indivíduos contra lesões à dignidade indiretamente protege seus sentimentos, mas apenas por proteger as pessoas da realidade social – degradação radical agressiva de seus *status e* um enfraquecimento da segurança - que naturalmente causarão impactos em seus sentimentos. Esse sentimento de estar ferido define um pouco a ofensa, mas não a indignidade. A comoção, a angústia e os sentimentos feridos podem, ou não, representar sintomas de indignidade, a depender do tipo de fenômeno social causador desses sentimentos, ou do fenômeno associado às suas causas. (WALDRON, 2012c, p.108).<sup>237</sup>

A indignidade como resultado de um ataque refere-se a uma agressão radicalmente degradante de uma condição básica do cidadão, seu status de dignidade, podendo resultar na proliferação de práticas discriminatórias contra membros de grupos vulneráveis, atribuindo-lhes um “status inferior”. A ofensa se refere aos elementos subjetivos e sentimentais resultantes da agressão, como a raiva, o incômodo e a tristeza causadas nas suas vítimas. Ambas causam efeitos desagradáveis em âmbitos psicológicos, mas, ao contrário da ofensa, o discurso difamatório à dignidade cultiva na mentalidade de uma sociedade a ideia de que os membros de uma minoria não são dignos de respeito. Ao contrário de uma mera ofensa, o discurso difamatório tem potencial para tornar-se senso comum e com isso, desenvolver uma atmosfera ainda mais vulnerável aos membros de grupos vulneráveis.

Como resultado, além dos maus sentimentos causados às suas vítimas, ele pode causar o distanciamento das pessoas discriminadas da esfera pública de discussão, logo, sua exclusão de um dos procedimentos de participação<sup>238</sup>. Com efeito, são duas modalidades de agressão que causam reações subjetivas e sentimentais – elementos que indicam a existência de dano psicológico –, mas apenas o discurso difamatório resulta na tentativa de enfraquecer o “status de dignidade”<sup>239</sup>, e, portanto, o único que será considerado como “discurso de ódio”. São as

---

<sup>237</sup> “Any assault on this is bound to be experienced as wounding and distressing; and unless we understand that distress, we don’t understand what is wrong with group defamation and why it is appropriate to prohibit it by law. Protecting people from assaults on their dignity indirectly protects their feelings, but it does so only because it protects them from a social reality – a radical denigration of status and an undermining of assurance – which, as it happens, naturally impacts upon their feelings. That Someone’s feelings are hurt is more or less definitive of offense, but it is not definitive of indignity. Shock, distress, or wounded feelings may or may not be symptomatic of indignity, depending on the kind of social phenomenon that causes these feelings or that is associated with their causation.”

<sup>238</sup> Cf. WALDRON, 2012c, p. 106-107

<sup>239</sup> Não significa ignorar os sentimentos reativos da pessoa difamada. A difamação que atinge o status das pessoas em uma sociedade organizada certamente provocará maus sentimentos e tais sentimentos servirão como indicativo de dano, mas a caracterização da difamação contra dignidade não ficará restrita ao sentimento provocado naqueles que a experimentam. Quando se imputa ao discurso de ódio sentimentos reativos – discurso de ódio até aqui

categorias e os modos de expressão que impactam a dignidade dos membros de grupos vulneráveis, cuja vulnerabilidade seja exposta pela discriminação historicamente suportada por determinada parcela da população.

Proteger a dignidade contra o discurso de ódio, portanto, não é considerar a existência de questões fundamentais, essenciais à compreensão do Estado e dos indivíduos, na reputação individual (de acordo com o que cada um considera como parte de sua dignidade). Não obstante, é proteger a condição que pressupõe igual autoridade e respeito aos direitos dos membros de determinada sociedade, não como um princípio autônomo, mas como um valor embutido no argumento político<sup>240</sup>. Tal condição deve ser protegida de manifestações pautadas em preferências individuais preconceituosas, que se difundidas sem qualquer tipo de interferência, podem causar violência discriminatória e resultar em embates violentos entre aqueles que as professam e aqueles por elas alvejados<sup>241</sup>. Em vista disso, a ofensa privada não cabe à definição de discurso de ódio.

Por se tratar de um mecanismo cuja periculosidade seja medida a partir de seus possíveis resultados, faremos a definição de discurso de ódio a partir de características específicas que transpareçam sua finalidade prejudicial ao status de dignidade dos membros de grupos vulneráveis. Desta forma, consideramos, junto com Waldron, o discurso de ódio a partir de quatro características principais: (I) manifestado publicamente, (II) difamatório, (III) agravante de vulnerabilidade através de uma suposta rivalidade entre bens públicos primários, e (IV) potencial incitador de violências e do descumprimento de preceitos fundamentais à sociedade bem-ordenada<sup>242</sup>.

---

compreendido como uma difamação contra o status de dignidade –, esses sentimentos servem como indicativos de danos, porém diferente da mera ofensa que nem sempre terá como alvo o status de dignidade do indivíduo cidadão em igualdade de condições. Por exemplo, é possível haver investida contra o status de dignidade de uma pessoa sem que ela sinta (ou possua discernimento para identificar o sentimento) a angústia em ter esse status violado – quando por algum motivo ela não possua consciência da gravidade da discriminação que lhe é imputada, seja por incapacidade ou desconhecimento. Cf. WALDRON, 2012c, p. 109 -112.

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 137-138

<sup>241</sup> *Ibid.*, p. 47-56

<sup>242</sup> Para complementar a nossa definição de discurso de ódio extraída da obra de Jeremy Waldron, contamos com o trabalho realizado por Fabrício Vasconcelos Gomes *et al* sobre os desafios jurídicos do discurso de ódio. A trabalho tem como objetivo esclarecer o conceito jurídico de discurso de ódio por meio da construção de uma Matriz de Variáveis que servirão para identificar, avaliar, e regular esse tipo de manifestação em casos concretos. Uma matriz que foi construída a partir do levantamento de casos judiciais, estudos teóricos e legislação que fornecem uma brilhante contribuição para a compreensão da temática do discurso de ódio. Os autores identificam o discurso de ódio sob variáveis que incidem sobre o alvo do discurso, a mensagem transmitida, e o contexto intencional. Para avalia-lo como discurso de ódio, a matriz de variáveis considerada pelos autores incorpora o contexto situacional, a audiência, o orador, o veículo da mensagem, o contexto histórico social, e suas consequências. Cf. GOMES, Fabrício Vasconcelos et. al. (orgs). 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020



## I. Discursos Manifestados Publicamente

Trata-se do pensamento necessariamente projetado para fora da mente do interlocutor, por mecanismos que o tornem visível, perceptível e alcançável por outras pessoas<sup>243</sup>. Em primeiro lugar, não nos atemos ao peso da palavra ódio como elemento adjetivo do discurso, para não induzir a equivocada impressão de que a intenção de identificar o discurso de ódio sugere a correção de paixões e emoções por detrás de um ato de fala<sup>244</sup>. A preocupação reside em seu caráter discriminatório como aquele que possa causar danos aos menos favorecidos através de práticas discriminatórias.

Desta forma, não limitamos a definição às palavras faladas, embora estas sejam capazes de causar sentimentos ruins reativos em sua vítima, pois compreendemos um conjunto de atos que proporcionam interações comunicativas<sup>245</sup>. Nesse sentido, as pessoas interagem comunicativamente através de processos de entendimento linguístico pelos quais se comunicam, compartilham pretensões, convicções e mostram para as demais pessoas uma noção de si mesmos a partir dos valores que adota como essenciais ao desenvolvimento de suas faculdades morais. São todas as formas de manifestação de pensamento que nos permitem identificar o orador como discursante, compreendendo falas, postagens, jornais, *outdoors*, panfletos, campanhas publicitárias, marchas e outras sinalizações<sup>246</sup>.

A preocupação incide sobre manifestações impressas, publicadas e afixadas em locais públicos, postadas na internet, difundida em programas de rádio, televisão, *podcasts*, e todas

---

<sup>243</sup> *Ibid.* p. 38-39

<sup>244</sup> *Idem.* 2009b, p. 1601.

<sup>245</sup> Sobre interações comunicativas, consideramos as lições de Jürgen Habermas em *A consciência moral e agir comunicativo*, acerca do que ele denomina interações comunicativas: “Chamo comunicativas às interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validez. No caso de processos de entendimento mutuo linguístico, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem um com os outros sobre algo, pretensões de validez, mais precisamente, pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se refiram a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estado de coisas existentes), a algo no mundo social comum (enquanto totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas de um grupo social) ou a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade das vivencias a que tem acesso privilegiado). Enquanto que no agir estratégico um atua sobre o outro para ensejar a continuação desejada de uma interação, no agir comunicativo um é motivado racionalmente pelo outro para uma ação de adesão – e isso em virtude do efeito ilocucionário de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita.” (HABERMAS, 1989, p. 79). Não pretendemos nos adentrar na discussão sobre uma teoria do agir comunicativo habermasiana a respeito da formulação de uma reconstrução dos estágios da interação. Por ora, sua compreensão de interações comunicativas nos basta para compreender que, em um processo interativo comunicativo exercido pelas pessoas, existe uma razão comunicativa que combina elementos objetivos da razão, na qual subsiste um juízo crítico, e elementos subjetivos da razão, que se referem a imagem que se tem do mundo objetivo a partir da forma que o indivíduo reconhece essa imagem de mundo como uma realidade histórica.

<sup>246</sup> Cf. GREEN, Mitchell. *Speech Acts*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/speech-acts>, 2020. Acesso em 18 de março de 2021.

aquelas capazes de compor um ambiente visível e perceptível, no qual todos devem viver a própria vida. Portanto, a expressividade como performance de determinado ponto de vista – *self-disclosure* – não é o único fator determinante. A questão também incide no fato de que as manifestações com potencial de permanência no ambiente reforçam mensagens específicas aos seus alvos. Mensagens como exemplifica Waldron:

“Não sejam idiotas em pensar que vocês são bem-vindos aqui. A sociedade em volta de vocês pode parecer hospitaleira e não discriminatória, mas a verdade é que vocês não são bem-vindos, e vocês e suas famílias serão evitados, excluídos, espancados e expulsos, sempre que pudermos sair impunes. Talvez tenhamos que nos manter à surdina por enquanto. Mas não se acomodem. Lembrem-se do que aconteceu com gente do seu tipo no passado. Tenham Medo.” (WALDRON, 2012c, p.2)<sup>247</sup>.

São manifestações como alcunhas racistas, atribuição de caráter sub-humano às características de seus alvos, representações bestiais de características físicas, atribuições generalizantes de periculosidade e má conduta, marchas em favor de concepções violentas e excludentes, teorias conspiratórias, negação de fatos históricos, imposição de regras comportamentais a partir de concepções particulares, e mensagens secretas que reafirmam intenções discriminatórias, todas com intuito de tratar os “diferentes” através de práticas desumanizadoras de modo que prejudiquem seu alcance às condições fundamentais pressupostas pelo status de dignidade<sup>248</sup>. Chamamos atenção para ao fato de que, aparentemente, o discurso de ódio tem unicamente função de expressividade, como um “desabafo” projetado para fora da mente do interlocutor. Ele é mais do que isso, porque, as manifestações discriminatórias que o compõem, não apenas projetam para o mundo externo a mentalidade preconceituosa do interlocutor, mas principalmente, transmitem mensagens específicas que demonstram aos seus alvos a aparência de que não são bem vindos, que não são considerados iguais aos outros, e que não são merecedores de respeito e consideração como aqueles com os quais não se assemelham.

É possível praticar discurso de ódio por intermédio da palavra falada, entretanto, não significa dar à ofensa a característica de discurso de ódio, pois, como antes aludido, a análise do discurso de ódio não diz respeito à reputação individual, à honra privada de seus alvos, em virtude de a preocupação estar relacionada aos danos à uma condição básica de igualdade alvejada pelos discursos – status de dignidade. Com efeito, o discurso de ódio incorpora atos e

---

<sup>247</sup> “Don’t be fooled into thinking you are welcome here. The society around you may seem hospitable and nondiscriminatory, but the truth is that you are not wanted, and you and your families will be shunned, excluded, beaten, and driven out, whenever we can get away with it. We may have to keep a low profile right now. But, don’t get too comfortable. Remember what has happened to you and your kind in the past. Be afraid.”

<sup>248</sup> Cf. WALDRON 2009b, p. 1617-8

não somente a fala, pois diz respeito aos produtos dos atos de discurso dos indivíduos que configuram ataques violentos e maldosos a determinada parcela da população que sofre com preconceitos que os impedem de serem considerados da mesma forma que os demais<sup>249</sup>.

Não significa que iremos tratar o discurso de ódio como uma extensão da difamação individual apenas, porque a preocupação com sua forma publicamente manifestada nos permite considerar sua capacidade de se tornar parte daquilo que todos podem observar e sentir no mundo real ou virtual, na medida em que observam o ambiente ao seu redor. São discursos que configuram instruções públicas, visíveis, audíveis, sensíveis a qualquer percepção, em favor da degradação de um ambiente de discussão harmonioso, no qual membros de grupos vulneráveis não sejam considerados dignos de consideração e respeito.

Para tanto, consideramos o teor da mensagem e a gravidade da avaliação negativa que transmite, a audiência do discurso (para quem se fala), os alvos do discurso (de quem se fala), e principalmente a amplitude de seu alcance, que o permite ser replicado, reiterado e reafirmado como uma prática aceitável protegida pela liberdade de expressão. É necessário considerarmos o veículo da mensagem e a amplitude de seu impacto persuasivo como a capacidade de alcançar o maior número de pessoas e conseqüentemente exercer uma influência maior sobre sua audiência. Na medida em que a audiência já espera que o conteúdo divulgado seja confiável, o discurso de ódio pode ter um impacto persuasivo maior, bem como, se essa audiência não possui acesso a outras fontes de informação (voluntariamente ou não), menor será sua capacidade crítica e conseqüentemente mais propensa a adotar posicionamentos extremos<sup>250</sup>.

O acesso prejudicado a diversas fontes de informação limita a capacidade crítica da audiência e dificulta seu desenvolvimento de visões opostas às discriminatórias, e conseqüentemente aumenta o impacto persuasivo dessas mensagens. A capacidade crítica consiste em compreender quando a mensagem tem como finalidade a manipulação de sua audiência, bem como, a capacidade de expressar um pensamento distinto de suas autoridades e lideranças. Desta forma, expectadores (a audiência) do discurso de ódio sem capacidade crítica estão mais propensos a serem persuadidos<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> *Ibid.*, p. 1612

<sup>250</sup> A respeito da avaliação de um discurso como discurso de ódio, sob a variável da audiência, os autores de referem à capacidade crítica dos receptores do discurso de ódio que não sejam alvos de seus danos. A questão que norteia essa variável é “A quem se fala?” no intuito de atrair o ódio de terceiros pelo mesmo alvo de discurso de ódio, isto é, são as pessoas que o odioso busca persuadir. Essa variável está conectada com a característica de ser o discurso de ódio um discurso publicamente manifestado, que intenta ser alcançado tanto pelos seus alvos quanto pela sua audiência. Cf. GOMES et al, 2020, p. 106-109

<sup>251</sup> *Ibid.* 107-108

Nesse sentido, a audiência consiste em um outro grupo a quem se destina o discurso de ódio que não sejam os seus alvos. É para quem se refere e não sobre quem se refere. O objetivo da interlocução desse discurso, além de exprimir o seu ódio pelo grupo alvo, é também atrair o ódio de terceiros contra esse mesmo grupo, de modo que seus espectadores possam nutrir rancores, raiva e até medo pelos indivíduos alvejados pelo discurso de ódio. A origem desses sentimentos de rancor, raiva e medo estão conectadas com o contexto histórico da sociedade, ao rivalizar a audiência com os alvos do discurso de ódio fundamentada em discriminações que a sociedade carrega em sua memória, como por exemplo a aversão aos imigrantes<sup>252</sup>.

A confiança da audiência na mensagem transmitida está intimamente conectada com uma menor capacidade crítica, bem como, às características particulares do interlocutor do discurso de ódio, como a sua capacidade de influência definida a partir de sua popularidade (figuras públicas, midiáticas e famosas), ou exercício de poder ou autoridade sobre a audiência ou sobre recursos a ela destinados (líderes religiosos e políticos). Ao não questionar seus líderes, e figuras públicas como interlocutores do discurso de ódio, as práticas demandadas pelo discursante, se este possuir algum tipo de poder ou autoridade sob sua audiência, pode transformar a retórica discriminatória do discurso veiculado em políticas concretas, legitimando o discurso de ódio entre seus apoiadores<sup>253</sup>.

Portanto, o discurso de ódio é discurso publicamente manifestado com potencial de permanecer ao alcance de determinada audiência, integrando como parte visível dos discursos presentes em toda uma sociedade. Isso permite sua repetição, quando o discurso é reiterado (emitido novamente pelo seu interlocutor em ocasião diversa da primeira, ou pela sua audiência inicial), bem como, a sua replicação (quando o seu registro original é reproduzido)<sup>254</sup>. Quanto mais rápido e mais simples for os mecanismos de replicação do discurso de ódio, maior será sua repetição, e conseqüentemente, maior será seu alcance e a sua permanência no imaginário da sociedade.

---

<sup>252</sup> *Ibid.*

<sup>253</sup> *Ibid.*, p. 106. Ainda perante o objetivo de avaliar o discurso de ódio, essa afirmação diz respeito à variável o orador. A questão que norteia essa variável é “Quem fala?”. As características particulares do interlocutor odioso podem determinar o potencial danoso que a mensagem traz consigo, de acordo com sua capacidade de influenciar a audiência e o alcance que seu discurso possui.

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 108-112. Perante a fase de avaliação do discurso como discurso de ódio, a variável considerada pelos autores que aqui se aplica é o veículo da mensagem. a questão que norteia essa variável é “Por qual meio a fala é disseminada?”. Para fins de avaliação o veículo da mensagem é relevante para compreender o alcance do discurso de ódio.

## II. Caráter Difamatório do discurso

O Caráter Difamatório do discursos de ódio aponta para a necessidade consideramos mais os danos causados à dignidade de suas vítimas do que a aversão motivadora do ato de discurso, pois ele desqualifica o outro em seu status de dignidade, em razão de alguma característica que o diferencie de uma maioria – cor, raça, etnia, religião, sexo, gênero, orientação sexual, poder econômico, deficiência física e psíquica, e outras características particulares –, marginalizando-os, e atribuindo-os injustamente imputações de descrédito, de criminalidade, e de comportamento imoral. Ele procura apropriar-se dessas características, de modo que suas imputações geralmente se enquadrem em “em opiniões e não em fatos de uma distinção”<sup>255</sup> Isto é, a opinião de que uns não são iguais aos outros, são inferiores de devem ser tratados como tais.

São atos difamatórios porque produzem resultados negativos na condição básica de dignidade de membros de grupos vulneráveis, referindo-se aos fundamentos da justiça e não aos seus elementos contestáveis. Elementos contestáveis são aqueles cuja interpretação possa variar de indivíduo para indivíduo sem que produzam consequências nocivas ao senso de igualdade de condições. Entretanto, são fundamentos de justiça os valores relativos à igualdade racial elementar, igualdade básica de sexos, dignidade da pessoa humana, proteção contra violência e intimidação, e assim por diante. Tratam-se de valores abrangentes e fundamentais que representam os princípios de justiça de uma sociedade incorporados em suas instituições<sup>256</sup>.

Há no discurso de ódio a presença de uma avaliação negativa transmitida pela mensagem, cuja intenção discriminatória demonstre perigo claro e iminente ao dano ao status de dignidade garantido aos indivíduos. São mensagens que buscam transmitir uma ideia de que o alvo é

---

<sup>255</sup> Cf. WALDRON, 2009b p. 1609 (grifos do autor). “Um libelo de grupos frequentemente envolve caracterizações que são deliberadamente definidas para desonrar pessoas – caracterizações que provavelmente incidem em *opiniões* ao invés de *fatos* sobre a distinção, por vezes pela lei estadunidense sobre difamação.” “*Group libel often involves characterizations that deliberately set out to denigrate people – characterizations that probably fall on the opinion rather than fact side of the distinction sometimes made in American defamation law.*”

<sup>256</sup> *Ibid.*, p. 1646-7. Essas questões são fundamentais para o autor em dois sentidos. Por um lado, elas representam aquilo que as pessoas, de forma abrangente e difusa, confiam nos aspectos de suas relações com outras pessoas. Ao não respeitar um status básico do indivíduo como titular de direitos, coloca-se quase tudo em questionamento. Por outro lado, são questões fundamentais também no sentido de representarem premissas relativamente estabelecidas na organização social e jurídica moderna. Entretanto, isso não significa que haja unanimidade sobre essas questões fundamentais, e um claro exemplo disso é o que os odientos fazem. Mas, ainda assim, tratam-se de questões mais ou menos superadas em nossas leis e na constituição, e, portanto, não são apenas moralmente necessárias, como também razoáveis que sejam tratadas como fundamentos para aquilo que fazemos. Ainda que um debate seja superado por uma concepção razoável e inteligente, sendo inconcebível que as políticas públicas de Estado prossigam sob qualquer outra base, pode haver entraves perigosos por cálculos politicamente impotentes, mas socialmente destrutivos que fazem tudo que podem para prejudicar o fornecimento de garantias baseadas nessas disposições.

menos digno de direitos, oportunidades e recursos, buscando legitimar a prática discriminatória pelo simples fato de o indivíduo-alvo pertencer ao grupo vulnerável, sendo capaz de potencializar sua vulnerabilidade através da negativa de acesso aos bens públicos primários.

O discurso de ódio é uma forma de ataque aos indivíduos que pertencem a um grupo vulnerável, cuja dignidade como um status já se encontra ameaçada, no intuito de solapar tal dignidade ou agravar sua condição de vulnerabilidade. Isso ocorre pois o interlocutor do discurso de ódio possui a intenção de avaliar negativamente a vítima estabelecendo-o como menos digno em direitos, oportunidades e recursos. Essa intenção é percebida pela audiência que atribui à mensagem esse significado, sendo relevante a intenção socialmente perceptível, que define o significado da mensagem e os efeitos dela resultantes<sup>257</sup>. A sociedade só será capaz de perceber tal intenção se possuir conhecimento de contexto sociocultural da sociedade que vive, e a capacidade crítica através de uma política de memória que não permita o retorno às práticas discriminatórias e violentas praticadas em um passado.

Os discursos de ódio podem se apresentar de duas maneiras: (I) diretamente, quando explicitamente afirmam que o alvo é considerado menos digno de direitos, oportunidades e recursos; (II) Indiretamente, quando apenas expressam avaliação negativa sem que incitem visivelmente a discriminação, mas que autoriza a conclusão de atribuição de indignidade aos menos favorecidos, pelos receptores da mensagem (alvos e audiência), tornando-se argumento justificar atos de discurso discriminatórios ou violentos. Há, portanto, uma pretensão que se pretende justificada entre a avaliação negativa e a legitimação dos atos de discursos discriminatórios ou violentos<sup>258</sup>. A intenção do discurso de ódio, seja ele direto ou indireto é de causar medo, angústia, vergonha, humilhação e raiva e, conseqüentemente, o afastamento de suas vítimas do exercício da participação. Aqueles que atacam a dignidade do outro desta forma esperam cultivar entre os membros de um grupo minoritário um sentimento comum e traumatizante de que eles não são merecedores de respeito, confiança e dignidade; que sempre estarão vulneráveis às discriminações, às humilhações e às tentativas excludentes de sua participação<sup>259</sup>.

---

<sup>257</sup> Cf. GOMES *et al*, 2020, p. 99. Aqui, sob o objetivo de identificar o discurso de ódio, os autores utilizam a variável do Contexto Intencional, sob a qual a intenção do orador do discurso de ódio é relevante para definir o significado compartilhado da mensagem, e seus conseqüentes efeitos.

<sup>258</sup> *Ibid.*, p. 88. No campo da identificação dos discursos de ódio, para os fins da variável relativa à mensagem, é fundamental compreender que na maioria dos casos, ainda que a avaliação negativa transmitida pela mensagem não seja explícita, há uma presunção entre a avaliação negativa e a legitimação de atitudes discriminatórias violentas, que autoriza a conclusão pelos receptores da mensagem da intenção discriminatória do orador.

<sup>259</sup> Cf. WALDRON, 2012c, p. 196

Como já afirmado, o discurso de ódio é direcionado às minorias socialmente vulneráveis. Buscaremos agora caracterizar como entendemos tais minorias como alvos do discurso de ódio. entendemos que um grupo minoritário é definido pelo conjunto de pessoas que possuem uma característica em comum, e que são pouco representados ou marginalizados na arena política, seja por razões estruturais de discriminação ou por ações deliberadas de uma maioria política tópica e decisória<sup>260</sup>. A vulnerabilidade desses grupos diz respeito à propensão significativa em sofrer violência ou discriminação, em razão das características que os definem. Podemos utilizar como indicadores de vulnerabilidade dados qualitativos e quantitativos que demonstrem que determinado grupo se encontra em situação de desvantagem, se comparados aos outros indivíduos que não são membros desse grupo. São dados que descrevem um acesso prejudicado dos membros desses grupos às faculdades jurídicas que os outros tem acesso livremente<sup>261</sup>. O discurso de ódio difamatório é projetado para atingir esses grupos socialmente vulneráveis a partir de atitudes discriminatórias praticadas por grupos hegemônicos e ou majoritários.

O discurso de ódio publicamente difamatório que ataca os fundamentos da justiça possui potencial de enfraquecer, dificultar ou impedir a garantia do compromisso da sociedade com a

---

<sup>260</sup> Cf. GOMES *et al.* op. cit. p. 85-87. Sobre a questão da vulnerabilidade os autores apontam algumas controvérsias teóricas para sua identificação. Outros conceitos podem ser usados para fundamentar essa maior propensão do grupo alvo em sofrer violência ou discriminação por força das características que os definem, mas quando estão presentes de forma isolada podem não configurar situação de vulnerabilidade. Por exemplo, a categoria de “minorias” que identifica grupos pouco representados ou marginalizados na arena política, por razões estruturais de discriminação, ou por ação deliberada de uma maioria política. É necessário que a regulação adote estratégias diferentes para identificar a vulnerabilidade do grupo alvo. A primeira, se dá por meio de listagem específica como “mulheres, negros, judeus e nordestinos”. A segunda estratégia consiste em adotar conceituação mais ampla, abrindo o debate para discutir sobre quais os grupos seriam protegidos pela norma. Uma possível restrição para a caracterização da vulnerabilidade seria exigir que as características do grupo sejam intrínsecas, não constituindo mera opção e que não pudessem ser simplesmente alteradas pela vontade dos indivíduos; outra possível restrição na definição da vulnerabilidade seria exigir que as características que unem o grupo não sejam mera opção política, como a filiação a um partido. Porém não há clareza suficiente para distinguir o que seria uma mera opção. Para a descaracterização da vulnerabilidade do grupo alvo do discurso de ódio não basta apontar supostos fatores que coloque seus membros em posição de poder (por exemplo, judeus são ricos, portanto, não são vulneráveis), pois a afirmação pode não condizer com a realidade de todo o grupo, ser falsa, e não eliminar a suscetibilidade desse grupo em sofrer violência e discriminação. Nem mesmo quando o discurso de ódio se utiliza da caracterização que os autores chamam de “minorias modelo” – aquelas que são identificadas por virtudes, como inteligência e trabalho duro (por exemplo, asiáticos) – podem descaracterizar a vulnerabilidade, pois vincula o respeito aos membros desse grupo a um mérito exclusivamente individual, defendendo uma narrativa de que os grupos vulneráveis são os únicos responsáveis por sua vulnerabilidade.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p.83-5. No campo da identificação do discurso de ódio, sob a variável dos alvos, a questão que norteia a variável é “De quem se fala?” Desta forma, o alvo do discurso de ódio deve ser um grupo vulnerável, ou um indivíduo enquanto membro do grupo vulnerável. A constatação da vulnerabilidade desse grupo pode ser feita por meio de pesquisas quantitativas – dados que indiquem que os membros do grupo então em situação pior do que as pessoas que dele não são membros, tanto em relação à violência quanto à discriminação; pesquisas qualitativas – que descrevem o funcionamento de mecanismos de discriminação; análise jurídica – que indiquem que determinados grupos não possuem determinados direitos ou faculdades jurídicas que os demais têm acesso; e análise histórica – pela qual a vulnerabilidade do grupo é atestada a partir de análises do contexto histórico e social. É possível caracterizar um grupo como vulnerável em razão de uma ferida histórica, um período marcado pelo sofrimento e pela animosidade contra esse grupo de pessoas, que faz com que seja mais provável que os membros desse grupo venham a sofrer violência ou serem alvos de discriminações.

igualdade fundamental, criando uma sensação de ameaça à paz social como “um tipo de veneno de efeito retardado<sup>262</sup>” (WALDRON, 2012c, p. 4) que se acumula gradualmente na mente das pessoas prejudicando a tarefa de fazer a própria parte na manutenção de uma sociedade livre e igualitária. Ele atribui imputações abjetas aos seus alvos, como depravação, criminalidade, e desvios de condutas, a partir de uma concepção preconceituosa aceita por uma parcela majoritária da população, que, por ser majoritária, sua dignidade não se encontra em questionamento. Ele propõe, portanto, um rebaixamento daqueles indivíduos, cujas características destoam de uma maioria, clamando pela união de outros semelhantes em uma disputa sobre elementos fundamentais não contestáveis da reputação pública de cada um. É perigoso quando intenta, e por vezes consegue, criar e disseminar uma conspiração contra um grupo minoritário em razão de suas características descritivas ou de leva-los ao desprezo e ao escárnio público. Isso acontece quando, por exemplo, em um discurso racista, os membros de um grupo racial minoritário são retratados como bestas ou outras figuras que não humanas; quando no discurso misógino, associa-se à mulher que não persegue determinadas normas de conduta que visam uma “pureza sexual”, a característica de indignas de respeito; quando, ao difamar os membros de uma minoria LGBTQIA+, os associa com “aberrações”, “pecadores”, ou “indignos de respeito<sup>263</sup>.”

Entretanto, é necessário compreendermos que a proteção da dignidade de minorias não significa proteção das suas características<sup>264</sup>. Quando se fala em reputação pública de determinado grupo minoritário, significa que o status que se pretenda garantir esteja

---

<sup>262</sup> “A sort of slow-acting poison”.

<sup>263</sup> Destarte, ao analisar a perspectiva estadunidense, Waldron baseia-se na incidência de desigualdades que se mostram bastantes visíveis nessa sociedade, como o racismo, a intolerância religiosa e a xenofobia. Acrescentam-se à discussão, portanto, as mulheres e a população LGBTQI+ como integrantes de grupos minoritários que sofrem com os reflexos da aceitação do discurso de ódio por um livre mercado de ideias. Flávia Biroli em *Gênero e Desigualdades* fornece a esse trabalho a complementação necessária de vulnerabilidade de minorias no processo representativo de instituição de direitos: “A violência contra as mulheres está, em grande medida, associada a valores que vinculam a masculinidade ao controle sobre as mulheres e à recusa ostensiva da homossexualidade como alternativa. O comportamento “desviante” das mulheres [...] ao assumir um comportamento afetivo e sexual mais autônomo e mesmo ao vestir-se de maneiras consideradas indecorosas – as expõem a agressões” (BIROLI, 2018, p. 166). Desta forma, a mulher se vê submetida a uma necessidade de encaixe nos ideais opressivos que determinam que, para ser considerada digna, deve basear seu comportamento em códigos morais que lhe são impostos. Quando recusa, é frequentemente associada a nomes pejorativos que comumente fazem menções degradantes à sua sexualidade, ou à sua suposta inaptidão para serviços que não sejam domésticos. Em se tratando do público LGBTQI+ complementamos com a fala da autora: “A violência contra gays, lésbicas, e transexuais, por sua vez, ancora-se no entendimento de que existem formas corretas de amar e de se relacionar com outras pessoas, enquanto outras formas constituiriam desvios que marcam os indivíduos negativamente e os incluem, por conseguinte, no grupo de pessoas que podem ser violentadas e torturadas. Nesse sentido Cf. BIROLI, Flávia. *Gênero e Desigualdades: Limites da Democracia no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2018.p. 166.

<sup>264</sup> Tampouco convém analisarmos nessa discussão especificamente a defesa de tais características, e isso não significa ignorar a importância da identidade de cada um, mas apenas delimitar a discussão para dentro de um procedimento de cooperação que envolve uma condição igual a todos.



necessariamente vinculado à reputação específica desse grupo de pessoas relacionada à determinada característica, e, por tais razões, não se misturam os argumentos de uma política identitária na defesa desse status<sup>265</sup>.

O discurso de ódio é difamatório na medida em que pretende generalizar uma avaliação negativa. Opera de forma direta quando é indubitavelmente percebida a intenção de atribuir às suas vítimas um descrédito generalizado, imputações injustificadas de tendências à criminalidade e comportamento imoral que mereça o “repúdio do cidadão de bem”, entretanto, pode operar também através de mensagens secretas entre seus disseminadores como reforço à intenção discriminatória compartilhada. Há também a possibilidade de discursos de ódio serem proferidos mediante “exceptuação positiva”<sup>266</sup>, quando identifica um indivíduo pertencente ao grupo vulnerável como exceção à normalidade pejorativa atribuída injustamente a esse mesmo grupo. Isso ocorre quando, por exemplo, o elogio ao indivíduo, como aquele merecedor de respeito, vem acompanhado da avaliação negativa atribuída ao grupo ao qual ele pertença, por exemplo, “ele é gay, mas é decente”. O alvo do discurso, nesse caso, só adquire respeito igual aos demais pelo interlocutor do discurso, porque cativa seu respeito ao se distanciar do mau comportamento injustamente atribuído a um grupo minoritário dos homossexuais.

Há uma diferença entre afirmar determinados fatos verdadeiros a respeito de grupos socialmente vulneráveis, de afirma-los no intuito de avaliar negativamente os indivíduos desse grupo, através de interpretações maliciosas e destinadas a justificar um rebaixamento dos membros de um grupo vulnerável como titulares de direitos, e merecedores de igual respeito e consideração. Por exemplo, a diferença entre afirmar que a maior parte da população carcerária é composta por negros, e afirmar que, isso ocorre porque os negros possuem uma tendência natural criminosa; entre afirmar que atentados terroristas são muitas vezes cometidos por muçulmanos e afirmar que isso ocorre porque o islamismo prega o terrorismo; entre afirmar a maior incidência de AIDS entre os homossexuais, e afirmar que isso ocorre porque eles são promíscuos e estão sendo punidos pela natureza ou pela vontade de Deus<sup>267</sup>. O que constitui o

---

<sup>265</sup> Cf. WALDRON, 2012c, p. 131-136. Waldron manifesta sua desconfiança nas políticas de identidades no sentido de em nada contribuírem para a discussão sobre um status único de dignidade atribuído a todos os indivíduos sem distinção. Seu argumento é de que quando alguém necessariamente considera uma concepção como parte da sua identidade, objetiva-se a elevação dessa concepção acima da gestão de políticas comuns a todos, em virtude de ninguém se dispor a abrir mão da própria identidade. Ao tomar para si determinada concepção como parte da própria identidade significa atribuí-la caráter não negociável, não sendo possível estabelecer nenhuma política coletiva sem que viole a identidade de alguém. Para a discussão sobre um status de dignidade em igualdade de condições, as políticas de identidade não são usadas pelo autor como parâmetro de instituição, mas sim os reflexos que determinada condição, seja ela parte ou não da identidade do indivíduo, que o coloca em condições menos iguais que as dos demais indivíduos.

<sup>266</sup> Cf. GOMES *et al*, 2020, p. 90.

<sup>267</sup> *Ibid*, p. 95

discurso de ódio em seu caráter difamatório são as interpretações feitas, a partir de fatos, que transmitam avaliações negativas, no intuito de estabelecer uma ideia de indignidade desse grupo alvo.

Portanto, o caráter difamatório do discurso de ódio utiliza o estereótipo do grupo vulnerável para atribuir a eles avaliação negativa, imputando-lhes muitas vezes caracterizações desprezíveis de seres não possuidores da mesma dignidade e até mesmo a capacidade “natural” de condutas criminosas somente por pertencerem àquele grupo.

### **III. Rivalidade entre Bens Públicos e Intensificação da Vulnerabilidade de Grupos**

Na medida em que mencionamos a garantia de bens públicos, a pretensão é fazer alusão aos direitos, que embora silenciosos e implícitos, sejam reais, universais, difusos, sustentados, confiados e fundamentados na dignidade humana atribuída a todos. Entretanto, em razão de ser o status básico de dignidade uma garantia implícita, Waldron nos adverte sobre o perigo dos efeitos desproporcionais oferecidos por surtos de incidentes isolados e específicos. Isso ocorre porque o discurso de ódio ao intentar o enfraquecimento da garantia de dignidade básica do indivíduo em condições de vulnerabilidade, propõe rivalidade entre bens públicos – uma rivalidade entre a liberdade fundamental de expressão de alguns e a dignidade igualmente atribuída ao membro de uma minoria vulnerável, por exemplo. A exibição visível e manifesta de discurso difamatório com potencial de permanência, objetiva alcançar outras pessoas que da mesma forma pensem, fornecendo o que Waldron chama de “foco de proliferação e coordenação” das atitudes que expressam, demonstrando aos que se coadunam com um discurso difamatório que eles não estão sozinhos em suas pretensões preconceituosas<sup>268</sup>.

São discursos capazes de intensificar a condição de vulnerabilidade de seus alvos, pois além de transmitirem mensagens degradantes aos seus alvos, eles evidenciam a pretensão de restringir seu alcance às oportunidades que deveriam ser garantidas a todos, na medida em que intentam considerar como normais determinadas formas violentas de discriminação sob o argumento da proteção à liberdade de expressão. Não podem ser assim considerados como apenas uma defesa ingênua de determinada liberdade de pensamento, porque promovem entre as pessoas uma disputa sobre elementos essenciais à democracia, com os quais todos se comprometem. O discurso de ódio busca provocar a sensação de rivalidade entre a sua audiência e as pessoas que por eles são alvejadas, de modo que elas não possam mais confiar

---

<sup>268</sup> Cf. WALDRON 2012c, p.94-95

nas outras pessoas como agentes participativos responsáveis que se comprometem com a garantia da dignidade da pessoa humana. Ainda que uma manifestação isolada não seja capaz de incitar a desordem e estabelecer a rivalidade entre condições básicas igualmente reconhecidas, considera-se os pequenos impactos causados por manifestações que supostamente aparentem ser irrelevantes, se consideradas isoladamente, mas que, se mantidas ao alcance de todos podem incitar a proliferação de discursos semelhantes em larga escala<sup>269</sup>.

Ao colocar os alvos do discurso de ódio numa posição antagônica, aqueles que proferem tal discurso acentuam uma suposta rivalidade entre si (e sua audiência) e os alvos do seu discurso. Os discursos de ódio imputam aos seu alvos a falácia de que consistem em ameaças ao bem estar coletivo, ao patrimônio dos indivíduos, à integridade moral, física e psíquica da audiência, através de uma alegação de impureza de seus alvos, da desumanização de suas características, da atribuição injustificada de inferioridade moral, física e intelectual; através de comparações derogatórias com doenças, parasitas ou objetos que possuam características deploráveis (lixo, sujeira, excremento), ou por atribuí-los injustamente comportamentos ilegais, imorais (criminosos, mentirosos, traiçoeiros, pervertidos, etc.)<sup>270</sup>. Identificamos o discurso de ódio, também, através de avaliações positivas, ou a glorificação de comportamentos de “personalidades famosas” pelo seu discurso de ódio (por exemplo a glorificação de Hitler como um grande líder), ou por intermédio de teorias conspiratórias que apontam em seus alvos a existência de desígnios malignos ou falta de transparência em suas intenções ou atividades, bem como, através da negação ou relativização de fatos notórios e históricos que possuem papel central no estabelecimento da condição de vulnerabilidade dos alvos do discurso de ódio. São manifestações que buscam reverter a percepção social acerca da vulnerabilidade do grupo

---

<sup>269</sup> Nesse sentido, sobre rivalidade entre bens públicos, o autor afirma que uma sociedade bem-ordenada deve transmitir, ainda que de forma implícita, a garantia de que membros de grupos vulneráveis podem viver suas vidas de forma digna em suas interações rotineiras com os demais. Os disseminadores de ódio e discriminação dão o seu melhor para prejudicar essa garantia, envolvendo um retrato distorcido das características compartilhadas entre os membros de um grupo vulnerável. A disposição dessas garantias em uma sociedade bem-ordenada ainda que implícita, fornece “uma base generalizada, difusa, geral, sustentada e confiável da dignidade básica e da posição social das pessoas, fornecida por todos e para todos.” Original: “*a pervasive, diffuse, general, sustained and reliable underpinning of people’s basic dignity and social standing, provided by all to all and for all.*” (WALDRON, 2012c. p. 93)

<sup>270</sup> Cf. GOMES et al, 2020, p.88- 92. Na fase de identificação do discurso de ódio, sob a varável da mensagem, os autores compreendem que a mensagem consiste na avaliação negativa do alvo que busca estabelecer que o alvo é menos digno em direito, oportunidades e recursos, legitimando a sua discriminação apenas por ele pertencer a um grupo vulnerável. A pergunta que norteia a varável da mensagem é “o que é dito?”. A mensagem é entendida a partir do significado a ser dado à sua manifestação pelo seu orador. O legislador ou o intérprete de leis contra o discurso de ódio deve apresentar orientações gerais para interpretação de mensagens, especialmente no que tange à gravidade do discurso. Pode se estabelecer um grau mínimo de intensidade para considerar a existência de uma avaliação negativa no intuito de identificar o discurso de ódio. E desta forma, alguns casos abaixo desse grau mínimo de gravidade, havia manifestação de preconceito mais não de discurso de ódio.

alvejado, ou apresentá-los como sujeitos ardilosos e desonestos que pleiteiam compensações e vantagens indevidas<sup>271</sup>.

Reconhecer e identificar um possível discurso de ódio não é impedir críticas ou diferenciações de respeito. Existem muitas outras formas de expressar as dissidências, discordâncias e antagonismos às ideias, perspectivas e convicções, sem que seja necessário utilizar-se de ataques difamatórios violentos à dignidade de minorias<sup>272</sup>. Há uma diferença entre expressar a própria opinião, ainda que contrária aos princípios de justiça, e expressá-la mediante manifestações violentas que objetivam enfraquecer a dignidade básica de membros de minorias vulneráveis. Principalmente, quando há a pretensão de transformar suas vítimas em alvos de uma violência normalizada e institucionalizada, criando para elas a responsabilidade de “ter que conviver” com a disseminação de discurso difamatório, pois aquele que o profere possui “suas preferências”.

É necessário, portanto, diferenciarmos expressões que podem ser preconceituosas, mas que por apelo às habilidades deliberativas do interlocutor forneçam um convite à discussão<sup>273</sup> – desde que não possuam relação de causalidade identificável com a violência e a privação de direitos de minorias – daquelas que são puramente insultuosas, violentas e discriminatórias. Consideramos um discurso difamatório que ultrapassa as relações privadas da ofensa e os seus danos causados à reputação individual a partir de seus produtos que transmitam a negativa da garantia de tratamento justo. A avaliação negativa manifestada pelo discurso de ódio propaga a defesa de comportamentos que intentam restringir o acesso dos menos favorecidos aos

---

<sup>271</sup> *Ibid.*, p. 92. Como exemplo a negação do holocausto, a negação do racismo no Brasil e dos reflexos atuais do regime de escravidão, ou sua relativização quando atribui aos negros a culpa pelo regime escravocrata ou atribui à população LGBTQI+ a intenção de “difamar a família tradicional”

<sup>272</sup> *Ibid.*, p. 94-97. Os autores apresentam alguns elementos que descaracterizariam o discurso de ódio, dos quais destacamos: A insuficiência de intensidade ou gravidade do discurso para que seja considerado um discurso de ódio; O conteúdo opinativo justificado pela necessidade da prevalência da liberdade de expressão no caso específico, em casos que contribua para o debate político; as meras ofensas, das quais já tratamos nas páginas 118 e seguintes; a possibilidade de dissociação entre o membro do grupo do próprio grupo – quando o ataque ao membro do grupo não leve em conta a pertinência daquele indivíduo ao grupo em questão, em que a menção à pertinência ao grupo seja feita apenas para identificar o alvo na falta de mais afirmações, devendo -se entretanto, considerar no caso concreto a possibilidade de ocorrer essa dissociação; o uso de expressões pejorativas pelos próprios membros do grupo a eles mesmos, quando o caso concreto indicar a inexistência de dano nessas práticas.

<sup>273</sup> Uma possibilidade que pode ser vista como contribuição ao debate público com intenção diversa, existe quando a mensagem não é absorvida pela audiência e pelos alvos como um ataque, isto é, onde não há a percepção socialmente partilhada da existência de um ataque à dignidade. Ocorre por exemplo em debates acadêmicos e humorísticos. Por um lado, percebemos que há uma percepção socialmente partilhada subliminar de significado que reforça que preconceitos e estereótipos fazem parte da intenção do interlocutor, ou que no mínimo ele assume um risco grave de poder gerar essa percepção, havendo a intenção de praticar um discurso de ódio subliminar. Por outro lado, é possível reconhecer que inexistente a intenção de praticar o discurso de ódio, ainda que diante dos efeitos que o reforço de estereótipos e preconceitos possam causar, desde que a intenção seja discutir a moralidade e eticidade das manifestações que causam esse efeito, e não a intenção de construir práticas sociais fundamentadas nas discriminações discutidas. Cf. GOMES *et al.*, 2020, p. 99-100

direitos, oportunidades e recursos. A simples alegação de que um discurso de ódio é apenas a manifestação de opinião não é suficiente para descaracterizá-lo, devendo ser, em casos controversos, analisada a justificativa jurídica de sua descaracterização de acordo com o contexto intencional no qual se encontra inserido<sup>274</sup>.

Em relação ao debate acadêmico, devemos avaliar se existe uma intenção de debater academicamente sobre a imposição de estereótipos e avaliações negativas ou apenas a tentativa de ocultar tais avaliações em meio a supostas pretensões de conhecimento. Para fins de ensino, comentário ou crítica devemos avaliar se o orador emite uma mensagem que contenha avaliação negativa no intuito de utilizá-la como exemplo para comentar, criticá-la ou educar os indivíduos sobre seus perigos, não havendo a intenção socialmente perceptível de avaliar negativamente o grupo vulnerável. Isso ocorre por exemplo na produção de documentários e obras de ficção que retratem discursos de ódio ou a replicação para fins de estudo de documentos históricos que contenham avaliação negativa. Ou seja, que não se confundam com apologia à discriminação<sup>275</sup>.

O discurso de ódio, além de tentar enfraquecer o bem público de uma garantia de dignidade implícita, busca também, como disposto nessa sessão, estabelecer rivalidade entre bens públicos, incitando uma disputa violenta entre audiência e alvo dos discursos de ódio, como se a garantia da dignidade dos membros de grupos vulneráveis necessariamente implicasse na perda da garantia de dignidade da audiência do discurso de ódio. A publicação de discursos de ódio, a aparência de símbolos que remetem a uma cultura violenta e discriminatória contra determinados grupos vulneráveis, rabiscados em locais públicos ao alcance de todos, é uma forma de fornecer um foco de proliferação de manifestações públicas de ódio contra algumas pessoas, indicando à sua audiência que eles não estão sozinhos em seus preconceitos. Waldron exemplifica com a fala de Frank Collin, líder nazista da marcha de

---

<sup>274</sup> Nesse sentido, há uma possibilidade de dissociação entre o membro e o grupo-alvo: quando a mensagem carrega um ataque ao indivíduo de um grupo vulnerável, sem que leve em consideração a pertinência daquele indivíduo ao grupo em questão, ou seja, feito apenas para identificar o alvo. Em casos concretos devem ser considerada essa possibilidade de dissociação ser feita entre o ataque e a pertinência do atacado a certo grupo. Uma outra situação é a hipótese de discriminação justificada: quando a exclusão de um acesso de um grupo a determinado recurso, direito ou oportunidade cuja justificativa não seja a indignidade desse grupo (por exemplo, quando uma igreja decide contratar apenas pessoas que professem certa religião. Cf. GOMES, et al, 2020, p. 95-100.

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 101-102. De forma semelhante é no humor, na sátira e na expressão artística. A depender da posição teórica adotada, é possível que não seja considerado discurso de ódio quando não há intenção socialmente perceptível de propagar a avaliação negativa, especialmente se não estiver em sua forma grave como na incitação à violência. É necessário distinguir a intenção da obra do conteúdo da obra, podendo esta servir à crítica ou à denúncia dos comportamentos de seus personagens (como por exemplo a exibição de um documentário ou filme sobre o regime nazista), ou que forneça uma narrativa sobre a discriminação racial. Portanto, algumas manifestações, ainda que utilizem de estereótipos negativos podem compor o debate público diante das habilidades comunicativas do interlocutor, instigando a deliberação, desde que não possuam nexos causal identificável com a violência e discriminação de minorias – como as manifestações difamatórias que intentam intimidá-las e prejudicar o alcance de seus membros ao exercício de participação e igualdade de condições

Skokie<sup>276</sup>, considerada pela Corte Estadunidense como manifestação protegida pela liberdade de expressão da Primeira Emenda: “Nós queremos alcançar as boas pessoas – obter a fúria antisemita daqueles que têm que conviver entre os judeus, para que larguem suas marcenarias e venham se defender”<sup>277</sup>.

Nesse sentido, leis contra o discurso de ódio objetivam proteger tanto o bem público da garantia fundamentada na dignidade, como também bloquear a construção dessa rivalidade entre bens públicos que os racistas pretendem construir entre eles<sup>278</sup>. A legislação frequentemente trata de maneira especial os casos em que o orador busca uma reação imediata de sua audiência, através da incitação de violência, de modo que os discursos que objetivam a persuasão imediata de sua audiência estejam intimamente conectados com a gravidade do discurso, pois a intenção de agravamento da vulnerabilidade é direta, motivo pelo qual, a incitação é geralmente mais considerada pelas legislações e jurisprudências que rejeitam o discurso de ódio como exercício legítimo da liberdade de expressão<sup>279</sup>. Os discursos de ódio possuem caráter de imposição de uma rivalidade imaginária entre grupos que compartilham do mesmo status de dignidade. São especialmente direcionados às minorias historicamente vulneráveis que possuem intenção de intimidá-las e prejudicar a sua participação em igualdade de condições, constituindo, portanto, em algo que deva ser repudiado em uma sociedade democrática constitucional bem-ordenada.

#### **IV. Descompromisso com a Igualdade.**

Uma outra característica do discurso de ódio é que eles são alçados para atingir não só a vítima de suas imputações, mas também para alcançar o maior número possível de pessoas que compartilham um preconceito, para que juntos construam uma mentalidade preconceituosa na sociedade que possa até se tornar parte de uma estrutura social como algo normalizado. Eles clamam pela junção de mais pessoas que pensem da mesma maneira: que aqueles “diferentes” de um ideal que consideram padrão, não são merecedores do status de dignidade. Devemos destacar que o discurso de ódio está relacionado à condição dos membros de minorias vulneráveis, pois o dano causado pelo discurso de ódio é endereçado àqueles que são bestializados em publicações preconceituosas e não aos brancos liberais que consideram o

---

<sup>276</sup> Cf. supra nota 210

<sup>277</sup> “*We want to reach the good people – get the fierce anti-Semites who have to live among the Jews to come out the woodwork and stand up for themselves.*”.

<sup>278</sup> Cf. WALDRON, 2012c, p. 92-95

<sup>279</sup> Cf. GOMES *et al.*, 2020, p. 90.

discurso racista apenas detestável, mas que não possa ser limitado. Em se tratando de uma sociedade que pretenda ser algo mais próximo de uma sociedade bem-ordenada, não faz sentido permanecer nessa indiferença liberal com aqueles que não possuem reais condições de igualdade, aqueles que são alvos dos danos causados pelo discurso de ódio.

Existe uma mensagem a ser enviada para essas pessoas que não são os alvos do discurso de ódio, mas sim aos ouvintes que compartilham da mesma opinião odiosa e discriminatória, que podem se manter escondidos por força da possível ilegalidade de suas manifestações. Uma mensagem que Waldron exemplifica como:

[...] Nós sabemos que alguns de vocês concordam que essas pessoas não são desejadas por aqui. Nós sabemos que alguns de vocês sentem que eles são sujos (ou perigosos, criminosos e terroristas). Saibam, agora, que vocês não estão sozinhos. Não importa o que diz o Governo, pois nós somos muitos e somos o suficiente para garantir que essa gente não seja bem vinda. Nós estamos espalhados o suficiente para atentarmos-nos àquilo que essa gente realmente é. Fale com seu vizinho, fale com seus clientes, e não deixem mais nenhum deles entrar (WALDRON, 2012c, p. 2-3)<sup>280</sup>.

Mensagens similares pretendem não apenas a transmissão de um pensamento e o alcance de suas ideias às pessoas que pensam da mesma forma, como também possuem potencial de se tornarem parte permanente de todo um ambiente, em razão da mobilização que pode vir a causar. Como consequência, a vítima do discurso de ódio difamatório é obrigada a viver em uma sociedade que nega sua própria dignidade, podendo se isolar dos procedimentos de participação, revidar com o mesmo grau de violência, ou evitar atividades que o coloque em contato com membros de outros grupos<sup>281</sup>.

A aceitabilidade de um livre discurso difamatório público permite que algumas pessoas consigam influenciar outras a não exercer a sua parte necessária na administração de um ambiente harmonioso de convivência coletiva, se desta forma puderem se esquivar de seu compromisso<sup>282</sup>. Estabelece, portanto, um jogo de garantias rivais e competitivas, usando do discurso de ódio para declarar àqueles que também não estejam dispostos a cumprir com seu compromisso com a dignidade cidadã, de que eles não estão sozinhos em seus preconceitos, de que existem pessoas iguais a eles com o mesmo objetivo de se esquivar de uma responsabilidade de cooperação.

---

<sup>280</sup> “We know some of you agree that these people are not wanted here. We know that some of you feel that They are Dirty (or dangerous or criminal or terrorist). Know now that you are not alone. Whatever the government says, there are enough of us around to make sure these people are not welcome. There are enough of us around to draw attention to what these people are really like. Talk to your neighbors, talk to your customers. And above all, don’t let any more of them in”.

<sup>281</sup> Cf. WALDRON, 2009b, p. 1638.

<sup>282</sup> *Ibid.*, 1633

Uma realidade social deformada pela aceitação do discurso de ódio difamatório é diferente do que esperamos ser a aparência de uma sociedade fundamentada na justiça, aberta para todos os tipos de vida, de oportunidades e expectativas. Ao permitir a disseminação do discurso de ódio a sociedade transmite a ideia de que determinados indivíduos não serão acolhidos; que eles podem se ver constantemente diante de situações que permitam a retomada de práticas discriminatórias normalizadas em um passado sombrio; que poderão se deparar constantemente com sinalizações intimidatórias e ameaçadoras da própria integridade física e psicológica, podendo ser violentadas em sua dignidade a qualquer momento, pois aqueles que os difamam estariam em pleno exercício do direito à liberdade de expressão<sup>283</sup>

A busca por justiça não é efetiva se apenas esperamos a mudança de sentimento e de comportamento dos indivíduos. As leis e os princípios instituídos não possuem apenas função punitiva como também possuem uma função expressiva, e é esta função que deve vir em primeiro plano, transmitindo uma garantia pública e visível de tratamento justo fornecido para todos e por todos. A conjunção da expressividade e do caráter disciplinador das instituições torna-se ingrediente necessário para a mudança de sentimento dos cidadãos, e como qualquer outra questão de justiça, a necessidade de instituições que esclareçam os compromissos fundamentais é questão de garantia de bens públicos. A disposição de preceitos fundamentais da democracia em tratados internacionais de direitos humanos e constituições nacionais não é suficiente sem que sua garantia seja algo pretendido pela sociedade. A garantia deve ser visível e transmitir o reconhecimento e compromisso de todos. Não basta que tais preceitos sejam dispostos em tratados internacionais sobre direitos humanos e em constituições federais, pois é necessário que sejam nutridos por toda a sociedade.

O discurso de ódio pode permitir que algumas pessoas tentem se esquivar das responsabilidades inerentes ao direito à liberdade de expressão. E essas pessoas rejeitam a igualdade fundamental do outro em virtude de seus próprios “cálculos morais”. Elas tendem a fazer defesa de uma convicção da qual compartilham, dando peso desproporcional aos próprios interesses. São diferenças de respeito construídas a partir de uma preferência, de uma concepção de bem do tipo rawlsiana, e não podem ser usadas para justificar a normalidade de uma divisão fundamental entre pessoas consideradas iguais em dignidade. Isso significa que as necessidades de algumas pessoas são radicalmente diferentes das de outras pessoas; e em se tratando de dignidade humana, pode ser algo tão diferente que exija uma sensibilidade maior e um tipo de resposta diversa. Na prática, minorias historicamente vulneráveis podem necessitar de ações

---

<sup>283</sup> *Idem*, 2012c, p. 65-66.



afirmativas que objetivam proteger a sua igualdade fundamental através, por exemplo, da rejeição do discurso de ódio difamatório como parte legítima da livre expressão<sup>284</sup>.

Aquele que manifesta suas opiniões através do discurso de ódio busca alcançar outras pessoas que compartilham de um mesmo sentimento, para que juntos formem um conjunto de pessoas que difamem abertamente aqueles com os quais não se assemelham. Ele incita a disseminação e a repetição de preconceitos capazes de desestruturar a paz social, colocando um grupo contra o outro em uma disputa de condições que, pela Constituição e pelos princípios de justiça, ou fundamentos de justiça em termos waldronianos, deveriam ser garantidas a todos sem distinção. Essa disputa causa a perturbação do senso compartilhado de cooperação por uma paz social e pela boa convivência<sup>285</sup>.

Ao exercer o discurso de ódio, o seu interlocutor de abstém do devem de respeito mútuo, descumprindo seu compromisso com a igualdade fundamental. E isso ocorre em razão de seus resultados demonstrarem consequências incompatíveis com a responsabilidade de cooperação nas atitudes dos cidadãos de uma sociedade bem-ordenada, devendo tais sentimentos serem substituídos por sentimentos de justiça com os menos favorecidos<sup>286</sup>. Portanto devemos destacar que a sociedade bem-ordenada rawlsiana se sustenta pela noção de reciprocidade, de cooperação recíproca. O indivíduo que a compõe cumpre seus deveres de cidadão sabendo que os demais indivíduos também devem cumpri-los. Há uma garantia do compromisso de todos com os elementos fundamentais de justiça e dignidade, elementos que a sociedade bem-ordenada deve fornecer como parte de sua cultura pública de uma sociedade democrática<sup>287</sup>.

A livre disseminação de discursos de ódio difamatórios transmite uma impossibilidade de confiança no compromisso de todos da sociedade, com a igualdade, algo essencial para uma sociedade bem-ordenada, favorecendo a eclosão de violências discriminatórias entre alvos e audiência do discurso de ódio, gerando na sociedade um sentimento de impunidade em relação à disseminação de abusos do direito à expressão. A insistência na legitimidade de práticas que, não apenas reafirmam, como também potencializam desigualdades estruturais, piora a condição de vulnerabilidade dos alvos dos discursos de ódio, e cria uma competitividade por recursos que devem estar à disposição de todos em caráter de igualdade. A avaliação negativa generalizada transmitida pelo discurso de ódio, sem consequências para seus disseminadores,

---

<sup>284</sup> *Ibid.*, 2012c, p. 13-17.

<sup>285</sup> *Idem*, 2009b, p.1600

<sup>286</sup> *Cf.* WALDRON, 2012c, p. 77-8

<sup>287</sup> *Cf.* RAWLS, 2008, p. 355.

instaura na mentalidade de uma sociedade, não apenas a possibilidade, mas a legitimidade de uma cultura discriminatória que busca perpetuar a condição de vulnerabilidade de seus alvos.

### **3.3. MOTIVOS PARA REJEITAR O DISCURSO DE ÓDIO EM UMA SOCIEDADE BEM-ORDENADA**

Compreendemos o discurso de ódio difamatório a partir das características explanadas nos subtítulos anteriores do capítulo. Em resumo, tratam-se de atos de discursos publicamente manifestados por um membro de grupo hegemônico contra membros de grupos vulneráveis, com caráter difamatório e semipermanente, que visam o estabelecimento de rivalidades inexistentes entre bem públicos, ou dificultar o acesso dos menos favorecidos a estes bens; são fundamentados em preconceitos e desacordos não razoáveis, e causam uma profunda diferença na vida daqueles que por eles são atacados em seu status de dignidade básico, pois são discursos capazes de incitar mais pessoas para descumprir preceitos minimamente democráticos. É um ato que não deve ser confundido com livre discurso protegido pela liberdade de expressão, prejudica os procedimentos de participação públicos sob um necessário caráter de cooperação, é incompatível com uma sociedade bem-ordenada, e viola uma condição formal essencial ao cidadão de uma sociedade democrática constitucional bem-ordenada, o status de dignidade.

Em primeiro lugar, discurso de ódio não deve ser confundido com livre discurso protegido pela liberdade de expressão. A liberdade de expressão constitui um poderoso e valioso direito fundamental em sociedades democráticas, que capacita o indivíduo para difundir e obter informações, apresentar suas perspectivas, suas concepções, convicções, valores e crenças, em uma atmosfera pública interativa de respeito mútuo. É através dessa liberdade que o indivíduo se apresenta como aquilo que é para os demais, atribuindo-lhe capacidade expressiva e interativa, impulsionando o debate público e fornecendo contribuições para esse debate. Em questões relativas ao procedimento de participação, constituído pela argumentação pública no intuito de se chegar a determinada decisão sobre um curso de ação comum, há uma necessidade desse direito ser exercido de acordo com as responsabilidades a ele inerentes, de acordo com termos equitativos de cooperação, que pressupõem respeito e autoridade dos indivíduos que participam. Nós a reconhecemos como uma liberdade de alto valor, e por esse mesmo motivo, ela não deve ser utilizada para causar danos a terceiros, especialmente aqueles que ainda sofrem com reflexos de desigualdades na forma em que são tratados publicamente, sob pena de precisar ser limitado em algumas situações, pois quando o indivíduo se manifesta publicamente sobre questões de direitos ele não o faz sem a intenção interativa, sem que queira ser ouvido,

reconhecido por sua opinião, e respondido por aqueles que obtém dele a informação manifestada. Se não fosse assim, não haveria porque discutirmos sobre uma possível limitação porque a sociedade só é autorizada, democraticamente falando, a intervir em uma liberdade individual quando ela interfere negativamente nos direitos de outras pessoas.

Discursos de ódio são manifestações violentas de opiniões discriminatórias e difamatórias com potencial de permanência e incitação de atos nocivos, tanto para a ordem pública, quanto para a dignidade daqueles que por ele são atacados; são atos que intentam discriminar pessoas ou grupo de pessoas principalmente quando estes não integram uma cultura majoritariamente aceita e difundida, em virtude de algumas características específicas que os descrevem; são discursos perigosos quando passíveis de se tornar parte do imaginário público de justiça, de modo que permitam ou ignorem o fato de que determinadas pessoas são incumbidas no ônus extra de ter que viver a sua vida sob condições que lhes imputam indignidade ou um status inferior, temendo sofrer a qualquer momento ameaças, insultos violentos e agressões injustas e fundamentadas em preconceitos.

A capacidade de interpretação de direitos fundamentais deve ser aberta ao diálogo intercultural em uma sociedade que reconheça o peso de seu passado permeado por injustiças cometidas contra determinados grupos. Devemos evitar que, sobre o pretexto de proteção de direitos (defesa da liberdade de expressão), ocorra a imposição de práticas etnocêntricas da cultura hegemônica sobre coletividades minoritárias (como no discurso de ódio difamatório).<sup>288</sup> Esses discursos são capazes de intensificar a condição de vulnerabilidade de seus alvos, pois, além de transmitirem mensagens degradantes a estes, são também discursos que evidenciam a pretensão de restringir seu alcance às oportunidades, condições que a todos são atribuídos em caráter de igualdade, e intenciona considerarmos como normais determinadas formas violentas de discriminação sob o argumento de estarem protegidas pela liberdade de expressão. Não devem ser considerados desta forma a partir de uma defesa ingênua de uma liberdade de pensamento, porque, primeiramente não são os pensamentos que se busca corrigir com a rejeição desse argumento, e sim a manifestação pública desse pensamento; segundo porque promovem entre as pessoas disputas sobre elementos essenciais à democracia, com os quais todos se comprometem em ambientes públicos. O discurso de ódio busca provocar uma disputa de rivalidade entre a sua audiência e as pessoas que por ele são alvejadas, de modo que estas não possam confiar naquelas como agentes participativos responsáveis que se comprometem com a garantia da dignidade humana.

---

<sup>288</sup> Cf. SARMENTO, 2016, p. 336-338

Poderíamos encarar a defesa da liberdade de expressão absoluta por analogia com o livre mercado: em um livre mercado de ideias, na medida em que estas permanecem livre de qualquer restrição, elas poderiam gerar resultados eficientes na busca por uma verdade. Tal analogia, nos ensinamentos de Waldron, entretanto, nada mais é do que mera superstição. Para o autor, os economistas são plenamente capazes de compreender que mercados econômicos livres podem produzir eficiência, mas o mesmo não é verdade em se tratando de justiça distributiva. Aqueles que insistem em repetir como um mantra a tese do livre mercado de ideias, muitas vezes se esquecem da existência e até mesmo da necessidade de determinadas regulamentações em operações financeiras desse mesmo “livre” mercado, bem como ignoram o fato dessa discussão se pautar em argumentos sobre justiça e desigualdade, e portanto, a ideia de um livre mercado de ideias desgovernado em nada contribui para mitigar injustiças praticadas contra membros de grupos vulneráveis; tampouco deixam de existir tais desigualdades diante da indiferença sobre os danos por elas causados. Elas continuam ali, continuam produzindo resultados prejudiciais para certas pessoas, e o fato de ignorar a existência desses danos não significa que eles deixarão de ocorrer.

Há determinações impostas aos mercados econômicos, regulamentando determinadas transações, e proibindo outras, e da mesma forma deveria ser nesse livre mercado de ideias, quando identificados danos graves aos direitos fundamentais de minorias vulneráveis. É necessário desmistificar *slogans* dos quais inferimos um alto custo a ser pago em nome da defesa do discurso de ódio público irrestrito, pois nem sempre a “verdade” prevalecerá, e portanto, a restrição à liberdade de expressão em termos difamatórios, violentos e discriminatórios, não se mostra tão danosa quanto a disseminação de discursos de ódio para seus alvos<sup>289</sup>.

Em segundo lugar, a defesa do discurso de ódio irrestrito é incompatível com os preceitos de uma sociedade bem-ordenada. Uma sociedade bem-ordenada deve demonstrar visivelmente o compromisso de todos com valores de uma concepção pública de justiça. Uma concepção que é incompatível com a presença visível e difundida de manifestações de ódio discriminatórias, a partir do momento que reconhecemos que é necessário um sentimento público e compartilhado de confiança na agência responsável do titular de direitos. Ataques como discurso de ódio não devem ser negligenciados, pois inexistem razoabilidade na manifestação que intenta discriminar violentamente seus alvos, e não há base racional para excluir os que praticam discurso de ódio de suas responsabilidades e até mesmo de punições pela lei comum<sup>290</sup>. O discurso de ódio é

---

<sup>289</sup> Cf. WALDRON, 2012c, p. 155-167

<sup>290</sup> *Ibid.*, p. 46-47; 52-53.

executado através de manifestações que fazem uma profunda diferença na vida daqueles que por elas são difamados, não podendo ser apenas consideradas uma forma de contribuição para o debate público. Elas oferecem um risco de se tornarem parte do imaginário de mundo aceitável, um mundo que se torna mais difícil de viver sob condições de igualdade para aqueles que são frequentemente atacados pelo discurso de ódio difamatório. Uma sociedade permeada por tais sentimentos de exclusão e discriminação suficientes para naturalizar o discurso de ódio não pode ser considerada uma sociedade bem-ordenada no sentido rawlsiano.<sup>291</sup>

Uma sociedade bem-ordenada adota publicamente os valores que fundamentam uma concepção pública de justiça como equidade, deixando claro para seus cidadãos a importância de valores como liberdade, igualdade e dignidade. Trata-se, portanto, de uma garantia de um compromisso geral com os fundamentos de justiça e dignidade que sociedades bem-ordenadas devem fornecer visivelmente para seus cidadãos<sup>292</sup>. A atitude dos cidadãos, e a forma como eles se apresentam para os demais importa para uma perspectiva de dignidade e segurança dos demais, e o discurso de ódio expressado e calculado para incitar mais ódio é incompatível com atitudes que definem uma sociedade bem-ordenada. A aparência de uma sociedade é uma das formas primárias pelas quais se transmite garantias aos seus membros de como eles esperam ser tratados por milhares de estranhos com quem convivem e a quem são expostos todos os dias de sua vida<sup>293</sup>. Desta forma afirma Waldron:

O conteúdo das garantias desta forma transmitidas pode variar. No ideal filosófico de Rawls, uma sociedade bem-ordenada é definida com base em toda uma matriz detalhada de princípios que caracterizam sua concepção de justiça como equidade: o que as pessoas sabem e asseguram umas às outras, a fidelidade conjunta das pessoas ao “princípio das liberdades básicas” e ao “princípio da diferença”, e o exato equilíbrio entre o princípio da diferença e o “princípio da igual oportunidade”, entre as diversas regras prioritárias, e assim por diante. Estes são princípios constitutivos da própria concepção de justiça de Rawls, na qual ele usa a ideia de sociedade bem-ordenada para imaginar como a sociedade poderia ser se ela, e seus membros fossem comprometidos com o respeito aos princípios de justiça desses tipos (...)Mas, no mundo real, quando as pessoas reivindicam esse tipo de garantia, as quais as leis do discurso de ódio podem fornecer uma contribuição, eles não o fazem sobre *detalhes* controversos de uma concepção favorita de alguém, mas sim sobre fundamentos de justiça: de que todos são igualmente humanos, e possuem dignidade da pessoa humana, de que todos possuem direitos essenciais à justiça, e de que todos merecem proteção contra as formas mais abruptas de violência, exclusão, indignidade e subordinação. (WALDRON, 2012c, p. 82-83)<sup>294</sup>

<sup>291</sup> *Ibid.*, p. 71-74

<sup>292</sup> *Ibid.*, p. 69

<sup>293</sup> *Ibid.*, p. 81

<sup>294</sup> “The content of the assurances conveyed in his way might vary. In Rawls’s philosophical ideal, a well-ordered Society is defined by reference to the whole detailed array of principles that characterize his conception of justice as fairness: what people know, and what They assure each Other of, is their joint allegiance to the “Principle of Basic Liberties”, the “Difference Principle,” and the exact balance between the Difference Principle and the “Equal-Opportunity Principle,” along on with the various priority rules and so on. These are the principles

Nesse sentido, o discurso de ódio promove a negativa expressa desses fundamentos a determinados grupos na sociedade, e ainda que um consenso esteja distante de se alcançar, devemos nos preocupar com as formas pelas quais a sociedade assegura essas garantias básicas. O compromisso público com tais garantias não se resume a uma demonstração graciosa de conquistas relacionadas com igualdade e diversidade, pois a demonstração que realmente importa para um indivíduo de uma sociedade bem-ordenada depende da confiança que possuem e necessitam de uma aceitação difundida de fundamentos de justiça. O discurso de ódio ataca o senso de garantia que membros de minorias vulneráveis necessitam confiar, através de expressões visíveis de ódio e desprezo que incitam tratamentos degradantes.

Em terceiro lugar, o discurso de ódio prejudica os procedimentos de participação. Na medida em que a igualdade fundamental interessa para a configuração de uma sociedade bem-ordenada, somente a aparência de igualdade fornecida por disposições normativas (e.g. normas que proíbem discriminações) perde sua força a partir do momento que se torna controversa, como no caso do discurso de ódio. Além da força normativa, é essencial que as práticas sociais, as interações comunicativas, transmitam a real segurança de que os indivíduos aceitam os princípios de justiça. Na sociedade devem existir sinais visíveis de comprometimento de todos com a justiça e o combate às desigualdades para que as pessoas se sintam seguras ao realizar atividades cotidianas. Sobre tal garantia Waldron dispõe:

Eles se sentem seguros nos direitos básicos definidos pela justiça; eles podem encarar interações sociais sem riscos elementares que tais interações envolveriam se não pudessem contar com as outras pessoas agindo de forma justa; há segurança também quando cada pessoa se apropria do orgulho e da dignidade contra humilhações que desolam a alma, que uma repulsa discriminatória possa dar origem. [...] Isso é um retrato falado da feiura e da aflição que os detalhes da discriminação infligem sobre as pessoas; e isto é segurança contra interações desse tipo, no dia a dia comum, assim como a garantia de direitos fundamentais, que estão em jogo quando questionamos sobre as garantias que uma sociedade bem-ordenada garante para seus membros. (WALDRON, 2012c, p. 84)<sup>295</sup>

---

*constitutive of Rawls's own conception of justice, and he is using the idea of a well-ordered Society to imagine what a Society would be like if it and all its members were imbued with respect for principles of this kind (...). But in the real world, When people call for this sort of assurance to which hate speech laws might make a contribution, they do so not on the controversial details of someone's favorite conception of justice, but on some of the fundamentals of justice: that all are equally human, and have the dignity of humanity, that all have an elementary entitlement to justice, and that all deserve protection from the most egregious forms of violence, exclusion, indignity, and subordination."*

<sup>295</sup> *"They can feel secure in the rights that justice defines; they can face social interactions without the elemental risks that such interaction would involve if one could not count on others to act justly; there is security, too, for each person's proper pride and dignity against the soul-shriveling humiliation that a discriminatory rebuff can give rise to. [...] It is a telling image of the ugliness and distress that the details of discrimination inflict upon people; and it is security against interactions of this kind, in the ordinary dailiness of life, as much as the upholding*

O Estado, mediante políticas públicas, pode favorecer hábitos de vida mais saudáveis, visando promover na sociedade cosmovisões mais inclusivas e solidárias. Por exemplo, quando impõem aos indivíduos a responsabilidade de exercer o direito à liberdade de expressão sem o artifício do discurso de ódio através de uma lei ou decisão judicial. Nesse caso, a interferência do estado garantidor na cultura da sociedade é vista como um instrumento de promoção da liberdade, pois, as condições para o exercício das liberdades fundamentais estão conectadas com um ambiente sociocultural hospitaleiro em relação à diversidade. É essencial que o Estado, ao adotar uma postura de promoção à diversidade e ao respeito mútuo, atue por intermédio de seus objetivos constitucionais, especialmente através de medidas educativas e não coercitivas. Medidas coercitivas devem atuar em hipóteses excepcionais<sup>296</sup>

Não significa dizer que o Estado ignora “razões não públicas” ofertadas no procedimento de participação. Cabe aos agentes estatais examinar a possibilidade de conversão dos argumentos em razões públicas diante de uma postura especialmente empática com os menos favorecidos, de modo a viabilizar a mais ampla inclusão comunicativa<sup>297</sup>. A democracia não é o governo da tirania das majorias nem tampouco a simples agregação de preferências e interesses conflitantes. A participação como direito fundamental pressupõe que a democracia busque o debate, baseando-se no diálogo entre pares no espaço público. O indivíduo agente participativo não deve pautar sua atuação em procedimentos públicos de participação como se fosse um agente econômico no mercado, que busca a maximização dos próprios interesses. Ele deve se dispor a compreender o outro, em virtude do necessário engajamento em um procedimento cooperativo que busca soluções para controvérsias comuns sobre os próprios direitos, soluções que sejam aceitáveis para todos os envolvidos.

Atribuir ao indivíduo a capacidade de ser agente participativo não garante que as decisões serão tomadas em compatibilidade com preceitos democráticos como a dignidade humana e a igualdade de condições. O princípio majoritário pode transmitir um viés igualitário diante de um desacordo onde prevaleça a decisão de uma maioria, como também pode gerar resultados contraditórios à noção de igualdade, quando por exemplo impuser medidas opressivas em relação às minorias ou quando é negligente em relação aos seus direitos. Nesses casos, o

---

*of any grander constitutional right, that is at stake when we ask about the assurances that a well-ordered society holds out for its citizens.”*

<sup>296</sup> Cf. SARMENTO, 2016, p. 330).

<sup>297</sup> *Ibid.*, p. 314

exercício jurisdicional constitucional confere legitimidade às decisões contramajoritárias em virtude do compromisso com valores essenciais à democracia.

A permissibilidade de discursos de ódio difamatórios que atacam o status de dignidade possibilita sua incorporação aos ideais comuns de uma sociedade, transferindo para os alvos desses discursos uma injusta responsabilidade por integrar um grupo minoritário, ainda que isso não advenha de uma escolha. Eles indicam para os outros odiosos, para os membros de minorias vulneráveis e para a sociedade em geral, que a posição básica desses grupos minoritários não está tão garantida como deveria estar. Como resultado da aceitação desses discursos nos procedimentos de participação, a garantia da qual necessitam é prejudicada, podendo os alvos do discurso de ódio evitar a vida pública, evitar a participação, e convocar tais garantias por recursos próprios, atribuindo lhes um ônus que não é exigido dos demais<sup>298</sup>.

Em quarto lugar, e por último, o discurso de ódio viola o status de dignidade dos membros de minorias vulneráveis. Ele ataca diretamente um senso de igualdade no qual membros de minorias deveriam confiar, negando-lhes o reconhecimento e tratamento como iguais, e conseqüentemente enfraquecendo seu status de dignidade com expressões tangíveis de ódio, desprezo e discriminação. Deste modo, uma garantia que antes estava implícita agora está visivelmente ameaçada, fazendo com que suas vítimas pensem bastante antes de interagir com pessoas sob o constante risco de se deparar com tais violências. É essencial, portanto, que seja transmitido aos membros de minorias vulneráveis a garantia visível de que poderão confiar na proteção de sua dignidade, transmitindo o respeito de todos os demais envolvidos na cooperação com seus direitos, não apenas mediante instituição normativa desses direitos, mas pelo reconhecimento público do compromisso de todos com a garantia desses mesmos direitos<sup>299</sup>.

Desta forma, é um discurso que promove a negação da dignidade de suas vítimas por intermédio de um ataque especialmente configurado e direcionado para enfraquecer o bem público de inclusão dos menos favorecidos. Ele se distancia do importante direito fundamental à livre expressão, não apenas em razão da expressividade envolvida, mas em virtude de suas características e objetivos específicos alçados para fundamentar práticas discriminatórias. Portanto, a controvérsia não diz respeito à intolerância com manifestações de pensamentos preconceituosos por aqueles que possuem a plena consciência de seu papel cooperador em uma sociedade bem-ordenada, mas diz respeito a responsabilidade imbuída no direito de se manifestar<sup>300</sup>. O reconhecimento dos danos causados pelo discurso de ódio não são apenas

---

<sup>298</sup> Cf. WALDRON, 2012c, p. 154-155

<sup>299</sup> *Ibid.*, p. 85, 88-89

<sup>300</sup> *Ibid.*, p.33



especulações antropológicas, pois, o discurso de ódio devidamente caracterizado intima que determinadas pessoas devam esperar ser maltratadas, receber tratamentos humilhantes, ser difamadas, apenas em virtude de um suposto exercício legítimo de liberdade de expressão daqueles que compartilham um preconceito<sup>301</sup>.

Desta forma, ainda que seja um ataque genérico através do qual não se possa identificar um atingido em especial, o ataque à dignidade de grupos vulneráveis resulta em uma quebra da paz social, diante da capacidade de incitar a mobilização de todo um conjunto de pessoas que compartilham determinado preconceito, contra outro conjunto de pessoas, especialmente minoritário. Não se trata de perder de vista o dano real do discurso difamatório contra grupos minoritários por atingir um número indefinido de alvos de modo que seja prejudicada sua identificação. Ao mencionar um discurso difamatório contra grupos minoritários devemos considerar que não é com o grupo em si que os princípios de justiça devem se preocupar, pois no fim a preocupação é com o indivíduo; com aquele que integra determinado grupo em razão de alguma característica que descreva seus membros. Isto é: não falamos em dignidade da característica, ou do grupo caracterizado pela mesma, pelo menos, não em um procedimento constitucional de garantia de um mesmo status de dignidade para todos. A preocupação repousa no que pode acontecer com as pessoas quando um discurso difamatório é motivado pela discriminação em virtude de características compartilhadas entre elas, como raça, etnia, religião, gênero, sexualidade, ou origem nacional<sup>302</sup>.

Minorias, portanto, não possuem sempre esse status garantido e efetivo de modo que possam dispensar a proteção da lei contra difamações públicas. A posição das minorias, desse status de dignidade, não se trata de uma questão de crença privada, como a religião, com a qual a lei não deva se preocupar. Embora os procedimentos que protejam a “dignidade do Estado” contra ameaças à ordem por intermédio de críticas demonstrem ser inapropriados e não sejam motivos suficientes para criação de institutos que mitiguem a liberdade política do cidadão, o mesmo não deve ser comparado com a dignidade de minorias atacada pelo discurso de ódio. A questão que envolve o discurso difamatório à dignidade está relacionada a discursos públicos e aos danos causados aos indivíduos através da capacidade dessas publicações de desfigurar o ambiente social que pressupõe cooperação, com a ideia de que alguns membros, em virtude de características particulares distintivas, não sejam dignos de tratamento respeitoso. Ou seja, não se trata apenas de tolerarmos desacordos, e sim de reconhecermos que existe um dano causado por expressões odiosas, que publicamente zombam e desprezam a condição menos favorecida

---

<sup>301</sup> *Idem*, 2009b, p. 1631

<sup>302</sup> *Cf.* WALDRON, 2012c, p. 54-60

de alguns indivíduos historicamente desprivilegiados. O foco está nos alvos do abuso do direito à expressão, de modo que aqueles afetados não conseguem viver sem medo desses ataques<sup>303</sup>.

O desenvolvimento das faculdades morais dos indivíduos e o exercício das liberdades fundamentais em iguais condições depende tanto de seus méritos, quanto da dignidade atribuída aos membros do grupo ao qual pertence. O discurso difamatório à dignidade de um grupo minoritário atinge diretamente a base da igualdade de condições, atribuindo aos membros desse grupo características tóxicas que os desumanizam, tornando suas características um motivo suficiente para que não sejam vistos como titulares da dignidade humana. Não há como administrar uma sociedade democrática que se fundamenta na dignidade humana, se as pessoas forem livres para depreciar seus concidadãos em termos de tamanha abusividade.

O discurso de ódio difamatório ultrapassa uma saudável discussão política a respeito de instituições públicas, pois uma sociedade bem-ordenada não deve admitir a permissibilidade de manifestações difamatórias ou caracterizações morais não verdadeiras, que são apenas discriminatórias. Reconhecer que o status de dignidade envolve liberdades fundamentais exercidas em igualdade de condições, demanda tanto do Estado quanto dos indivíduos o reconhecimento desse status. Esse status deve ser nutrido pela sociedade e pelos princípios de justiça – e normas advindas destes, de modo que, em um procedimento de cooperação, os indivíduos sejam obrigados a desempenhar um papel que envolve a manutenção da harmonia social proposta pelo status de dignidade<sup>304</sup>. Ele inspira um modelo de sociedade em que todos sejam tratados com a dignidades dos antigos nobres, mas que pode ser traduzido em uma premissa mais singela: “construir uma sociedade em que todos sejam tratados como *gente*” (SARMENTO, 2016, p.340)<sup>305</sup>.

Resumindo os argumentos apresentados, elencamos de forma numerada os motivos pelos quais uma sociedade bem-ordenada não deve admitir a livre disseminação de discursos de ódio:

- I. Discurso de ódio não é liberdade de expressão: A liberdade de expressão é um direito fundamental essencial para uma cultura democrática que pretenda basear suas decisões sobre direitos na representação dos interesses de toda a sociedade. Os cidadãos devem contribuir para o debate público, mas reconhecer que esse debate não deve ser feito por intermédio de práticas desrespeitosas, violentas e discriminatórias, pois o exercício de qualquer liberdade em democracias na deve ser utilizado para constituir danos à outras pessoas, principalmente danos graves à

---

<sup>303</sup> *Ibid.*, p. 30-33

<sup>304</sup> *Ibid.*, p. 58-60.

<sup>305</sup> Grifo do autor.

dignidade daqueles que sofrem com incidência de desigualdades, cujo respeito à sua dignidade compõe uma cultura fundamentada numa concepção pública de justiça. Discursos de ódio são manifestações violentas, discriminatórias e difamatórias com potencial de incitação de mais atitudes violentas com o mesmo propósito discriminatório. O perigo de incorporá-los às proteções à liberdade de expressão consiste na possibilidade desses discursos serem integrados à mentalidade da sociedade, normalizando violências que não podem mais ser aceitas numa sociedade que pretenda se tornar bem-ordenada, e disseminando sentimento de impunidade. O debate público, quaisquer que sejam as questões sob discussão, deve ser feito em termos minimamente razoáveis, excluindo-se dele, portanto, os discursos de ódio difamatórios.

- II. O discurso de ódio é incompatível com uma sociedade bem-ordenada: uma sociedade bem ordenada deve transmitir visivelmente a garantia de que membros de grupos vulneráveis podem viver sua vida de maneira digna, e relacionar-se com os demais sem a apreensão de a qualquer momento ter que deparar com manifestações violentas que intimam que eles sejam tratados como uma subclasse de cidadãos. Essa garantia é um bem público da sociedade bem-ordenada. Em virtude de ser uma sociedade que desencoraja modos de vida incompatíveis com uma cultura pública fundamentada em uma concepção de justiça, o discurso de ódio deve ser desencorajado do debate público, de modo que os odientos pensem muito antes de se empenharem em causar tumulto e tentar estabelecer rivalidades em um ambiente público que necessita de cooperação e respeito. Não se trata de proteger pessoas de insultos ou ofensas. Trata-se de uma questão de assegurar, sistematicamente, um aspecto particular de harmonia social e civilidade sob a justiça: a dignidade do bem público de integração dos menos favorecidos no debate público e do bem público da garantia mútua dos fundamentos de justiça. Essas garantias são importantes para sociedades marcadas por episódios passados de discriminação violenta e institucionalizada que pretendam se tornar sociedades bem-ordenadas.
- III. O discurso de ódio prejudica a participação em igualdade de condições: A participação como um direito fundamental, coletivo e político pressupõe que um regime democrático promova o debate para que o cidadão contribua para o aprimoramento de seus direitos. O cidadão não deve agir nos procedimentos de participação como um agente do mercado que busca apenas a satisfação de seus

próprios interesses. O objetivo do debate público é encontrar soluções para controvérsias de difícil resolução sobre a aplicabilidade de direitos, soluções que sejam razoáveis para todos os membros da sociedade, e que devem operar em um ambiente harmonioso, que respeite os fundamentos de justiça. O discurso de ódio incita rivalidades desnecessárias para o debate público, causa tumultos e disputa entre os cidadãos a partir de concepções preconceituosas e discriminatórias. O resultado é a eclosão de conflitos entre os alvos do discurso de ódio e a sua audiência, a possibilidade de incorporar na mentalidade da sociedade a normalidade de práticas violentas e discriminatórias contra grupos vulneráveis, possibilitando que os alvos desses discursos revidem com o mesmo grau de violência, evitem a vida pública, evitem exercer seu direito de participação, e tenham que convocar garantias que devem ser fornecidas pela própria sociedade por méritos próprios, e portanto, lhes atribui um ônus que não é exigido dos demais.

IV. O discurso de ódio viola o status de dignidade dos membros de grupos vulneráveis: o status de dignidade é uma condição formal que incorpora tanto o fundamento de dignidade no qual se baseiam direitos fundamentais, e a posição de cidadão que confere a este a autoridade para contribuir em discussões sobre os próprios direitos. O discurso de ódio nega a igualdade de seus alvos, justifica tratamentos desiguais por motivos puramente discriminatórios, prejudicando seu acesso aos bens, aos direitos, recursos e oportunidades que devam ser garantidas a todos. Uma sociedade bem-ordenada deve tratar todos com a dignidade que antes fora atribuída apenas à uma nobreza. O status de dignidade nivelado como um alto status (*high rank*) diz respeito ao interesse que as pessoas possuem em sua reputação social elementar a um status de cidadão, que envolve deferência e respeito. A dignidade como um status indica importância de darmos atenção às formas pelas quais o status de uma pessoa é afirmado e sustentado como um membro de uma sociedade em boas condições. Há uma conexão entre um status social e a convivência entre pessoas em uma sociedade, e esse status tem a ver com a forma que uma pessoa é acolhida na sociedade de forma geral. O interesse pela dignidade ordinária de um indivíduo é focado nas formas pelas quais seus status são afirmados e sustentados como uma pessoa entre milhares de outras pessoas. O interesse repousa na afirmação e na sustentação dos status das pessoas como bens públicos fornecidos aos indivíduos, bem como, nas formas

pelas quais esse status pode ser violado pelos discursos de ódio. Assim como bens sociais a dignidade básica como um status social deve ser fornecida e afirmada conjuntamente como bem público. Não há como uma sociedade demonstrar respeito por um status de dignidade se permite a livre disseminação de discursos violentos que desumanizam parte da população e que permitem que eles sejam tratados como titulares de um status inferior.

#### 4. CONCLUSÃO

Este trabalho foi dedicado a compreensão de uma ideia de democracia constitucional bem-ordenada como um regime político fundamentado em uma concepção pública de justiça reconhecidamente aceita e adotada por todos os membros e instituições. Trata-se de um regime qualificado por uma espécie de igualdade elementar dos indivíduos na capacidade de serem agentes dos próprios direitos, envolvendo respeito e autoridade. A partir da ideia de sociedade bem-ordenada rawlsiana, Waldron propõe discutir a possibilidade e a necessidade de leis contra o uso do discurso de ódio em argumentos públicos como forma de proteger a dignidade de grupos vulneráveis alvejados por esses discursos. O discurso de ódio é um artifício excludente e discriminatório propulsor de violências e de práticas abusivas que visam excluir a apreciação de direitos de suas vítimas, fundamentado em discursos preconceituosos e agressivos, que causa danos não apenas à reputação individual de suas vítimas, mas também à uma espécie de reputação fundamental que exige da sociedade a garantia da igualdade de consideração em procedimentos que busquem decisões comuns sobre a aplicabilidade de direitos

A pesquisa se propôs a demonstrar a relação existente entre a proteção da dignidade da pessoa humana em democracias constitucionais e a prática de discursos de ódio, sob a perspectiva de status de dignidade de Jeremy Waldron. A proposta, iniciada pela compreensão da dignidade humana em instituições normativas, buscou responder à questão de se a proteção constitucional conferida à liberdade de expressão inclui o seu exercício mediante discursos de ódio. A hipótese analisada consistiu na afirmação de que uma democracia constitucional, sob os preceitos de uma sociedade bem-ordenada rawlsiana, não deve admitir o exercício da liberdade de expressão pressuposto no direito de participação mediante discursos de ódio, em virtude de estes configurarem violações à dignidade de membros de grupos vulneráveis, prejudicando seu acesso aos recursos, direitos e oportunidades, cujo alcance deva ser igualitário.

O objetivo principal consistiu em demonstrar que discursos de ódio não compõem o exercício legítimo da liberdade de expressão, em relação aos procedimentos que pressuponham a participação do indivíduo na manutenção dos próprios direitos. O alcance desse objetivo esteve vinculado à compreensão de objetivos específicos como a definição de democracia constitucional e a sua vinculação ao ideal de sociedade bem-ordenada rawlsiana; a compreensão do status de dignidade como uma condição formal que pressuponha autoridade e respeito pelos direitos do cidadão, que deva ser garantida a todos mediante práticas políticas que visam a cooperação; a compreensão do direito de participação como elemento essencial à autoridade

responsável conferida ao indivíduo cooperador; o reconhecimento da liberdade de expressão como elementar à configuração democrática, bem como, a identificação de discursos de ódio que não constituem parte legítima do exercício desse direito.

Desta forma, no primeiro capítulo vimos que a “democracia constitucional” é um regime de governo que advém do ideal liberal, no sentido de impor restrições ao poder dos governantes, mas dele se afasta um pouco ao demandar determinadas garantias para o exercício de algumas liberdades fundamentais por parte do Estado garantidor. Ao adotar a ideia de sociedade bem-ordenada de John Rawls, demonstramos a necessidade de uma sociedade que se compromete com uma concepção geral e pública de justiça ao capacitar seus cidadãos para que eles forneçam contribuições às decisões que versem sobre a aplicabilidade de direitos fundamentais. Uma sociedade bem-ordenada não pode dispensar o papel expressivo e disciplinário da lei somente ao pressupor que os seus cidadãos não são motivados a agir em desconformidade com a norma, porque isso seria utópico e nada realista, bem como, não duvidamos da nossa capacidade de agir pelos motivos errados, ou por razões que não sejam minimamente razoáveis para um procedimento público de participação.

Uma sociedade democrática constitucional bem-ordenada reconhece e protege o que Waldron chama de status de dignidade. Embora o autor não forneça uma definição substantiva do que se compreende por dignidade, ele propõe unificar a ideia de dignidade como condição humana que fundamenta direitos mais básicos, com o respeito a esses direitos, tanto pelo estado quanto pelos indivíduos, com a ideia de um status jurídico que reconhece o cidadão como titular de direitos e responsabilidade, e autoridade sobre esses mesmos direitos. A necessidade da garantia desse status leva em conta uma perspectiva democrática apresentada por Waldron que é fundamentada em desacordos razoáveis, sob as circunstâncias da política que nos permite reconhecer que estamos em desacordos sobre questões mais fundamentais a todo momento, e que, em determinado momento será necessária uma decisão que institua um curso de ação comum para o exercício de direitos em disputa. Assim sendo, uma democracia constitucional bem-ordenada no modelo waldroniano pauta-se na ideia de que é o cidadão que dirige a política, não podendo uma constituição de direitos restringir a deliberação sobre temas em desacordo, e, portanto, deve proporcionar os canais para que haja deliberação razoável de direitos em desacordos.

O procedimento pelo qual exercemos o reconhecimento do status de dignidade dos indivíduos, como cidadãos capazes e responsáveis pela administração de seus direitos, se dá através da participação. No segundo capítulo discutimos sobre a compreensão de Waldron acerca do direito de participação, que o enxerga como direito fundamental, político, coletivo

que exige prestações do Estado para que ocorra sob termos equitativos de cooperação, como demanda a ideia de sociedade bem-ordenada. Trata-se de um direito tão importante que o autor até lhe atribui a característica de “direito dos direitos”, pois sem o direito de participação efetiva dos cidadãos não há o que se falar em sociedade democrática. A participação toma forma de direito dos direitos, não em virtude de uma superioridade moral entre a participação e outros direitos, mas porque é o que permite que uma cultura seja efetivamente democrática, e, portanto, que se pautar no poder do povo que governa.

A participação deve incorporar meios que capacitem o cidadão comum em oferecer suas concepções, suas perspectivas, seus valores visando contribuir para o debate público de direitos. Mas, a participação possui um limite, como na ideia de razão pública rawlsiana de uma sociedade bem-ordenada, que são os desacordos razoáveis. Dentro da ideia de desacordos razoáveis, aquele que participa não pode oferecer razões discriminatórias e fundamentadas em preconceitos, nem mesmo fundamentada em dogmas e concepções particulares com os quais não há como haver um debate racional por se tratarem de crenças. O direito de participação pressupõe a ideia de desacordo razoável assim como uma sociedade bem-ordenada pressupõe o critério de reciprocidade na razão pública, mas em vez de propor a exclusão de determinadas questões da deliberação pública, a proposta de Waldron é reconhecer a incidência e a importância de desacordos, em todas as esferas, que só podem ser feitos por razões minimamente razoáveis, e um desses limites que ultrapassam a razoabilidade da argumentação pública são os discursos de ódio difamatórios.

Deste modo, o capítulo três identificou características específicas de um discurso de ódio que ataca o status de dignidade dos indivíduos. O discurso de ódio é constituído por atos de discurso publicamente manifestados, com potencial de permanência no ambiente visível da sociedade, fundamentado em preconceitos de uma parcela da população contra grupos minoritários, em virtude de suas características, imputando-lhes caracterizações abjetas que os colocam sob um status inferior. Rejeitar o discurso de ódio não significa limitar as questões que possam ser debatidas no âmbito da razão pública e sim limitar a forma pela qual essas razões são feitas quando demonstrar perigo de graves danos à dignidade de minorias, à participação em igualdade de condições e consideração, à concepção pública de justiça de uma sociedade bem-ordenada e constituir em abuso do direito à liberdade de expressão. O discurso de ódio ataca a dignidade de minorias não em virtude de seus efeitos psicológicos causados, ao contrário da ofensa, embora a identificação desses efeitos seja essencial para sua compreensão, e sim, porque proporciona uma cultura de negação de direitos dos mais fundamentais àqueles cuja dignidade em igualdade de condições ainda se encontra em questionamento pelas atitudes dos



odientos. Ele prejudica a participação em igualdade de condições a partir do momento que incitam a exclusão de membros de minorias vulneráveis dos espaços públicos, e prejudica seu acesso a bens primários, recursos, oportunidade e direitos.

A participação deve ser pautada em desacordos razoáveis, e o discurso de ódio se mostra nada razoável, porque não há como sua vítima aceitar como benéfico a prática indiscriminada de atos que promovam a desconsideração da sua dignidade, e sequer há motivos razoáveis para que a sociedade aceite a negativa de direitos de minorias em virtude de características que desta forma os qualifica, como vulneráveis. Desta forma o discurso de ódio difamatório ultrapassa as esferas de proteção constitucional à liberdade de expressão porque foge de termos respeitosos que podem ser utilizados para manifestar discordância sobre qualquer questão sobre direitos. Uma liberdade pode muito bem ser limitada se sua prática não apenas causar, mas constituir danos a outras pessoas, e é o que o discurso de ódio faz, não apenas causando danos à dignidade de minorias, como constituindo esses danos, porque a partir do momento que ele mancha uma sociedade com expressões manifestas de ódio e de desprezo e de indignidade, ele já atinge um de seus propósitos destrutivos.

Uma sociedade bem ordenada está vinculada com a visível transmissão de garantias mínimas de dignidade a todos, e não há como uma sociedade bem-ordenada ser se ela permite que membros de grupos vulneráveis sejam bestializados, humilhadas, violentados por ato de discursos que proclamam um status inferior de tratamento as suas vítimas. Há, portanto, a possibilidade de se estabelecer critérios que permitam que certos atos de discurso se encaixem na definição de discurso de ódio, sendo o efeito violador da dignidade algo a ser considerado na análise de cada caso. É essencial que ele preencha os requisitos para ser considerado discurso de ódio, caso contrário será apenas ofensa, ainda que muito grave.

Concluimos, portanto, que a democracia para Waldron é uma democracia procedimental normativa na qual direitos fundamentais e políticos estejam abertos a discussão, cujo conteúdo não seja substancial em direitos, mas procedimental perante a necessidade da razoabilidade dos desacordos. Desta forma, ainda que em posições antagônicas sobre autoridade decisória para Rawls e Waldron, em uma sociedade bem-ordenada é possível colocar em prática a ideia de soberania popular sobre decisões em direitos, de modo a reafirmar o caráter democrático dessas sociedades. Cada desacordo chegará a uma conclusão por um curso de ação que deva ser tomado em casos semelhantes daí para frente. Em se tratando de discursos de ódio e liberdade de expressão, esse discurso não é razoável pois não há como uma concepção discriminatória e violenta seja considerada como razoável para fundamentar uma decisão sobre direito

Algumas pessoas dirão que falta a teoria de Waldron um caráter substancial, relacionado ao conteúdo substancial de direitos, como aquilo que deve ser protegido da ação individual e principalmente do Estado, não permitindo. Nos atemos ao pensamento do autor que sua teoria é procedimental e que questões substanciais como dignidade e igualdade estão inseridas dentro do procedimento que institua autoridade e respeito por condições dignas de um regime democrático. Não foi objeto desse trabalho criticar que Waldron precisa de algo substancial para fundamentar a exigência de respeito por valores minimamente democráticos, sendo que essa lacuna, se observada no decorrer das pesquisas que serão feitas a partir desse trabalho, deve ser suscitada e respondida para uma melhor compreensão da teoria democrática participativa que Waldron está desenvolvendo. Uma sociedade bem ordenada do tipo waldroniano depende de alguns requisitos cumpridos para que se possa fugir da revisão judicial e compreender uma teoria pautada na soberania popular. Sem esses requisitos, a sociedade pode necessitar de uma defesa do conteúdo substantivo de direitos, a serem garantidos por cortes constitucionais que retirem determinadas questões fundamentais como objeto do debate político. Waldron está dizendo que sua teoria é procedimental e não precisa de conteúdo substancial em direitos para que seja uma teoria. O que ele propõe, portanto, é um ideal de democracia que, a partir dos requisitos preenchidos podemos falar em discussões que envolvam inclusive questões fundamentais de justiça.

Este trabalho se propôs a compreender a forma como Waldron toma emprestada a ideia de sociedade bem-ordenada rawlsiana para argumentar sobre os perigos da aceitação do discurso de ódio como exercício legítimo da liberdade de expressão. Waldron adapta algumas ideias rawlsianas pois, para o autor, a justiça como equidade apesar de ser uma excelente teoria de justiça, ela deixa a desejar nos aspectos de ser uma teoria política. Embora os autores diverjam sobre autoridade decisória sobre direitos fundamentais, Waldron reconhece que a sua predileção pela ideia de autoridade legislativa, de modo que se possa rejeitar procedimentos de revisão judicial, depende de alguns requisitos como instituições democráticas sob uma ordem de funcionamento razoavelmente boa, instituições judiciais sob uma ordem razoavelmente boa que resolva disputas e fortaleça o Estado Democrático de Direito, do compromisso da maioria dos membros da sociedade e dos agentes públicos com a ideia de direitos individuais e minoritários, e desacordos persistentes, substanciais e de boa fé sobre os direitos – sobre o que realmente é exigido do compromisso com os direitos e quais suas implicações – entre os membros de uma sociedade comprometidos com a ideia de direitos<sup>306</sup>.

---

<sup>306</sup> Cf. WALDRON, 2006, p. 1360.

Ao que parece, Waldron toma como base a ideia de sociedade bem-ordenada rawlsiana e constrói uma ideia de sociedade bem-ordenada waldroniana. Por exemplo, a partir da ideia de razão pública de Rawls, Waldron define uma ideia de razão pública própria. Diferentemente de Rawls, a razão pública de Waldron incorpora a discussão sobre questões fundamentais de justiça (ainda que sejam apenas sobre a aplicabilidade dos princípios de justiça) permitindo discussões sobre doutrinas abrangentes possibilitadas pelos limites do juízo, mas em sua ideia de razão pública, também possui um limite que são os desacordos razoáveis, como no critério de reciprocidade exigido pela razão pública rawlsiana. Enquanto para Rawls, uma sociedade que aceita uma concepção pública de justiça, certas discussões não serão objeto da política, para Waldron, por outro lado, elas são e devem continuar sendo objeto de discussões políticas, desde que pautadas em desacordos razoáveis, que deles podemos inferir que o outro aceite ou pelo menos reconheça sua razoabilidade para que seja fundamento de decisões sobre direitos – como no critério de reciprocidade de Rawls.

Ao final, o não reconhecimento do discurso de ódio como parte do direito à liberdade de expressão impede a imposição de concepções éticas subjetivas daquele que o profere ao exercício da participação, não permitindo que tais discursos alcancem o sistema de normas, bem como, que sirvam como argumentos convincentes para outras pessoas agirem da mesma forma, deslegitimando outras formas de vida. O discurso de ódio promove a exclusão de membros de grupos vulneráveis dos procedimentos de participação e permite a adoção de práticas abusivas que intentem naturalizar concepções de dominação, destruindo os pressupostos do desacordo razoável, essencial à democracia constitucional.

O que emerge dessa discussão, que deva ser fruto de trabalho futuros é compreender e identificar propor os meios pelos quais podem ser garantidos ao indivíduo o seu status de dignidade, dando-lhe capacidade efetiva de participar, bem como reconfigurar o sistema decisório sobre direitos criando mecanismos eficientes capazes de captar as ideias dos cidadãos levando a vontade deles como o fundamento de decisões em âmbitos legislativos. A forma como isso pode ser feito em termos práticos, certamente, será objeto de discussões futuras, de modo a entendermos como a participação pode funcionar como um direito dos direitos numa sociedade que ainda não compreende a importância da autoridade do cidadão sobre os seus direitos.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

343 U.S. 250, 253,254. **Beauharnais V. Illinois**, 1852. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/>>. Acesso em: 25 de fev. 2020.

376 U.S. 254, 270. **New York Times Co. v. Sullivan**, 1964. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>>. Acesso em 13 de set. 2019.

432 U.S. 43, 1977. **National Socialist Party v. Skokie**. Disponível em: <<http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep432/usrep432043/usrep432043.pdf>>. Acesso em: 25 de fev. 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

BAKER, Edwin. Harm, Liberty and Free Speech. **Southern Califória Law Review**. n. 70, pp. 979-981. 1997.

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

BALDIN, Mateus de Campos. **O Princípio Majoritário E A Fundamentação Da Autoridade E Da Legitimidade Do Direito Democrático Segundo Jeremy Waldron**. Porto Alegre: UFRGS, 2015. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/seminariodefilosofiadodireito/publicacoes/legitimidade-e-autoridade-do-direito>>. Acesso em 10 de maio de 2021.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Democracia Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIROLI, Flávia. **Gênero e Desigualdades: Limites da Democracia no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2018.

BRASIL. 2013. Conselho Nacional De Justiça. **Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em: 25 de fev. 2020.

BRASIL, Lei nº. 7.716. 5 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm)> Acesso em: 20 de fev. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº.2.848, 7 de dezembro de 1940. **Institui o Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 10 de jan. 2020.

BRASIL. Decreto nº. 65.810, 8 de dezembro de 1969. **Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial**. 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D65810.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html)>. Acesso em 12 de jan. 2021.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil. Diário Oficial da União.** Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 15 de fev. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 de fev. 2020.

BRASIL. **Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis E Políticos.** 1992a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 10 de jan. 2020.

BRASIL. **Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos Sociais E Culturais.** 1992b. disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em: 15 de fev. 2020.

BRASIL. 2001. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 9 / DF.** Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14749488/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-9-df>>. Acesso em 10 de maio de 2021.

BRASIL. 2011a. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1856/RJ,** Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626753/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1856-rj-stf>>. Acesso em 10 de maio de 2021.

BRASIL, 2005. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2514 / SC.** Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14737214/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2514-sc>>. Acesso em 10 de maio de 2021.

BRASIL. 2011b. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4274 / DF.** Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21585355/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4274-df-stf/inteiro-teor-110379937>>. Acesso em 10 de maio de 2021.

BRASIL. 2010. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em 10 de maio de 2021.

BRASIL. 2011c. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 / RJ.** Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em 10 de maio de 2021.

BRASIL. 1994. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 71373 / RS.** Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747033/habeas-corpus-hc-71373-rs>>. Acesso em 10 de maio de 2021.

BRASIL. 2008a. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 87585 / TO.** Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em 10 de maio de 2021.

BRASIL. 1997. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 153.531 / SC**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>>. Acesso em 10 de maio 2021.

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND. **German Criminal Code (Strafgesetzbuch)**. 1998. Disponível em: <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.pdf](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.pdf)> . Acesso em: 26 de fev. 2021.

CARDOSO, Renato César *et. al.* **O Caminho Para o Consenso: Análise da Crítica de Waldron a Rawls Sobre Desacordos Políticos**. 64 (3), Porto Alegre: Veritas, 2019.

CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. 1981. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>> Acesso em: 26 de fev. 2021.

CASSIRER, Ernst. **A Filosofia do Iluminismo**. Campinas: Ed. da Unicamp, 1994.

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do Direito**. Reflexões sobre o constitucionalismo. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHRISTIANO, Tom. **Democracy**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/democracy/>>. Acesso em: 25 de ago. 2019.

COBETT, William. Advice to Young Men. In: MACFARLANE, Leslie; John. **The Theory and Practice of Human Rights**. London: Maurice Temple Smith, 1985.

COHEN, Meir Dan. Introduction: Dignity and its (dis)content. In: WALDRON, Jeremy. **Dignity, Rank, & Rights**. The Berkeley Tanner Lectures. Oxford: Oxford University Press, 2012.

CONSANI, Cristina Foroni. A crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. V. 59, n. 2, p. 143-173. 2014.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana Sobre Direito Humanos**. 1969. Disponível em: <[cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](http://cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 26 de fev. 2020.

DARWALL, Stephen. **The Second-person Standpoint: morality, respect, and accountability**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

DOMINION OF CANADA. **Criminal Code**. 1985. Disponível em: <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-1.html>> . Acesso em: 10 de fev. 2020.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. **European Journal of Philosophy**. v.3, n.1, p. 2-11. 1995.

DWORKIN, Ronald. Foreword to *Extreme Speech and Democracy*. In: HARE, Ivan & WEINSTEIN, James. **Extreme Speech and Democracy**. New York: Oxford University Press, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. 1950. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)> . Acesso em: 26 de fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América**. 1787. Disponível em <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/constituicoes/CUSAT.pdf>> . Acesso em: 25 de fev. 2020.

FISH, Stanley. **There's No Such thing as Free Speech... and It's a Good Thing Too**. New York: Oxford University Press, 1994.

GOMES, Fabrício Vasconcelos *et. al.* (orgs). **Discurso De Ódio: desafios jurídicos**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

GREEN, Mitchell. **Speech Acts**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/speech-acts>, 2020. Acesso em: 18 de mar. de 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral E Agir Comunicativo**. Tradução Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989

HAWORTH, Alan. **A Free Speech**. London: Routledge, 1998.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KANT, Immanuel. **A Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Almedina, 1996.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KINGDOM OF DENMARK. **Denmark Criminal Code**, 2005. Disponível em <[https://www.legislationline.org/download/id/6372/file/Denmark\\_Criminal\\_Code\\_am2005\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/6372/file/Denmark_Criminal_Code_am2005_en.pdf)>. Acesso em: 25 de fev. 2020.

LEWIS, Anthony. **Freedom For The Thought That We Hate: A biography of the First Amendment**, Basic Books, 2007, p. 103-106; 129-130.

MARX, Karl. On the Jewish Question. In: **Jeremy Waldron**. Nonsense Upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man; London: Methuen, 1988.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes, e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, 2008.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso de ódio**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2009.

MICHELMAN, Frank. **Brennan and Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade /A Sujeição das Mulheres**. Companhia das Letras. 2017.

NEW ZEALAND. **Human Rights Act Of New Zealand**, 1993. Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1993/0082/latest/DLM304212.html>>. Acesso em: 25 de fev. 2020.

OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, Mínimo Existencial e Democracia Deliberativa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal de Direitos Humanos**, 1948. Disponível em:< <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 15 de set. 2019.

RAWLS, John. A Ideia De Razão Pública Revisitada. In: **O Direito dos Povos**. São Paulo. Martins Fontes, 2001.

RAWLS, John. **História da Filosofia Moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAWLS, John. **Justiça como Equidade**. Uma reformulação. São Paulo: Martins fontes, 2003.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria de Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford University Press, 1986, p. 380.

REPÚBLICA DA ALEMANHA. **Lei fundamental da República Federal da Alemanha**, 1949. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> . Acesso em: 25 de fev. 2020.

SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech**. 2006. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>> . Acesso em: 25 de fev. 2020.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.



SCHÄFER, Gilberto *et. al.* **Discurso de Ódio**: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. *Revista de informação legislativa*: v. 52, n. 207, p. 143-158, 2015. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril\\_v52\\_n207\\_p143](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p143)>. Acesso em: 15 de jan. 2021.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalism, Socialism and Democracy**. New York: Harper Perennial, 1962.

SILVA, Rosane Leal da, *et. al.* **Discurso de ódio na Internet e Multiculturalismo**: uma questão de conflito entre Liberdade de expressão versus dignidade da pessoa humana. *Revista Científica Direitos Culturais*. v.9. n.18. pp. 129-151, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** Petrópolis: Vozes, 1996.

UNITED KINGDOM. **Public Order Act**, 1986. Disponível em <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/64>> . Acesso em: 25 de fev. 2020.

VAN MILL, David. **Freedom of Speech**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/freedom-speech/>>. Acesso em: 5 de fev. 2020.

VOLTAIRE. **Deus e os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

WALDRON, Jeremy. **Can There Be a Democratic Jurisprudence?** New York: New York University School of Law. 2008. Disponível em:<[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1280923](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1280923)>. Acesso em 2 de maio 2021.

WALDRON, Jeremy. **Constitutionalism**: a skeptical view. Washington D.C.: Georgetown University Law Center. 2010. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=hartlectu>>. Acesso em 9 de fev. 2021.

WALDRON, Jeremy. Dignity and defamation: the visibility of hate. **Harvard Law Review**. v.123, n.7, pp.1596-1657. 2009b.

WALDRON, Jeremy. **Dignity, Rank, & Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012a.

WALDRON, Jeremy. **Dignity, Rights and Responsibilities**. *Arizona State Law Journal*. 2011.

WALDRON, Jeremy. Is Dignity the Foundation of Human Rights? **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers**. n. 372, 2013a.

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

WALDRON, Jeremy. **Liberal Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

WALDRON, Jeremy. Os Fundamentos Teóricos do Liberalismo. **Leviathan. Cadernos de Pesquisa Política**. N.5, pp.102-132. 2012b.

WALDRON, Jeremy. Participation: the right of rights. **Proceedings of Aristotelian Society**. v.98, 2013b.

WALDRON, Jeremy. **Precommitment and Disagreement**. In: *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Larry Alexander (eds.). Cambridge: Cambridge University Press. 1998a.

WALDRON, Jeremy. The Core Of The Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**. n. 115, pp. 1346-1406. 2006.

WALDRON, Jeremy. **The Dignity Of Legislation**. New York: Cambridge University Press. 1998b.

WALDRON, Jeremy. **The harm in the hate speech**. Massachusetts: Harvard University Press, 2012c.