



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**'IGUAL CONSIDERAÇÃO E RESPEITO' NA INTEGRIDADE E LIBERDADE DE
EXPRESSÃO: O CASO DO DISCURSO DE ÓDIO**

FRANCISCO TARCÍSIO ROCHA GOMES JÚNIOR

Fortaleza

2016

**'IGUAL CONSIDERAÇÃO E RESPEITO' NA INTEGRIDADE E LIBERDADE DE
EXPRESSÃO: O CASO DO DISCURSO DE ÓDIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral

Fortaleza

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca da Faculdade de Direito

G633i Gomes Júnior, Francisco Tarcísio Rocha.
'Igual consideração e respeito' na integridade e liberdade de expressão: o caso do discurso de ódio / Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior. – 2016.
127 f. : 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2016.

Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientação: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.

1. Liberdade de expressão. 2. Igual consideração e respeito. 3. Discurso de ódio. I. Título.



Universidade Federal do Ceará
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação
Mestrado Acadêmico em Direito
Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional

A 'IGUAL CONSIDERAÇÃO E RESPEITO' NA INTEGRIDADE E
LIBERDADE DE EXPRESSÃO: O CASO DO DISCURSO DE ÓDIO

FRANCISCO TARCÍSIO ROCHA GOMES JÚNIOR

Dissertação apresentada em 26/02/2016, às 10:00, com menção:

APROVADO

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral (Orientador)
UFC

Profª. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos (Membra Interna)
UFC

Prof. Dr. Ronaldo Porto Macedo Júnior (Membro Externo)
USP

Meu filho, faze o que fazes com doçura, e, mais do que a estima dos homens, ganhará o afeto deles. Quanto mais fores elevado, mais te humilharás em tudo, e perante Deus acharás misericórdia; porque só a Deus pertence a onipotência, e é pelos humildes que ele é verdadeiramente honrado.

(Eclesiásticos, versículos 19 a 22)

AGRADECIMENTOS

Muitas pessoas foram responsáveis por este trabalho. Primeiramente, minha família. De Itapajé, eles mantêm a cobrança e o apoio essenciais para o encaminhamento deste e de qualquer projeto na vida.

Meus amigos também foram essenciais nos momentos de alegria e de tensão antes, durante e, certamente também serão, após esta dissertação. Com vocês, aprendi que o esforço diário tem que estar presente de paz e de alegria.

Em especial, dedico o trabalho à memória de Tonny Ítalo *in memoriam*, grande pessoa que conquistou o respeito e a admiração de todos a sua volta.

Agradeço ao meu orientador Professor Doutor Gustavo César Machado Cabral pelo incentivo a sempre seguir em frente nos desafios acadêmicos e pela honrosa amizade. O Professor Doutor Márcio Augusto Vasconcelos Diniz também merece presença neste momento, já que tem grande contribuição no trabalho.

À Profa. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos pelo auxílio na construção desse trabalho desde a qualificação, passando por sua disciplina e pela participação de eventos.

Ao Professor Doutor Ronaldo Porto Macedo Júnior por ter aceito o convite de participar desta banca. Suas obras e palestras foram essenciais para o desenvolvido deste trabalho.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, instituição que me acolheu por quase oito anos, os quais definiram muitos caminhos de minha vida.

A todos os funcionários da UFC. Depois de quase oito anos de convivência, posso dizer que já são meus amigos.

À Fortlivros, local que já marcou presença nos centenários registros da nossa Faculdade.

Por fim, agradeço ao leitor deste texto. Você é o maior destinatário deste esforço. Espero, sinceramente, que lhe seja útil.

É a crença em um Deus, umas das opiniões com a qual se sente seguro em aceitar a infalibilidade? Mas permita-me observar que não é o sentimento seguro de uma doutrina (seja ela qual for) o qual eu chamo de uma aceitação de infalibilidade. É o compromisso de decidir tal questão pelos outros, sem permitir que eles ouçam o que pode ser dito no lado contrário. E, todavia, denuncio e reprovo esta pretensão se colocada ao lado de minhas convicções mais solenes¹.

¹ MILL, Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Tradução de Rita Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Editora Casa Verde, 2000, p, 44. Ou no original: “Are these the doctrines which you do not deem sufficiently certain to be

RESUMO

O objetivo deste trabalho é contribuir com o debate a respeito da liberdade de expressão através da descrição dos conceitos de justificação e de direito antiutilitarista na obra de Ronald Dworkin, utilizando como exemplo a questão do discurso de ódio. Reconhecendo que a integridade exige que a comunidade trate todos os seus cidadãos com igualdade e que a igual consideração e respeito é o critério teórico para a escolha da melhor concepção de igualdade, esses conceitos ficam mais claros. Através de pesquisa bibliográfica, é desenvolvido um argumento no qual as contribuições de Stuart Mill, analisadas criticamente por Rawls, são visualizadas como referência para a melhor interpretação do conceito de direito antiutilitarista e das justificativas da liberdade de expressão. Tais conceitos, por fim, são utilizados por Dworkin para defender a liberdade de expressão de discursos de ódio contra as críticas de Waldron, que defende a sua criminalização. No caso *Ellwanger*, julgado no Supremo Tribunal federal brasileiro, os argumentos de Dworkin são pouco utilizados, demonstrando que o Brasil está em uma tradição mais próxima da defendida por Waldron.

Palavras-chave: Integridade. Igual consideração e respeito. Discurso de ódio. Ronald Dworkin. Jeremy Wandron.

taken under the protection of law? Is the belief in a God one of the opinions, to feel sure of which, you hold to be assuming infallibility? But I must be permitted to observe, that it is not the feeling sure of a doctrine (be it what it may) which I call an assumption of infallibility. It is the undertaking to decide that question for others, without allowing them to hear what can be said on the contrary side. And I denounce and reprobate this pretension not the less, if put forth on the side of my most solemn convictions". In: MILL, Stuart. **On Liberty**. (Orgs.) Edited by Edward Alexander. Ontario: Broadview literary texts, 1999, p. 66.

ABSTRACT

The objective of this paper is contribute to the debate about freedom of speech through the description of Ronald Dworkin's concepts of conter-utilitarian rights and of justifications for freedom of speech. Then, the debate about hate speech will be used as example. Knowing that integrity requires that the citizens should be treated equally and that equal concern and respect is a criteria for the choose of the best conception of equality, these concepts of freedom of speech became clearer. The argument is developed demonstrating that these concepts are best interpreted according with the Rawls's critic of the Stuart Mill's utilitarianism. The same concepts are used by Dworkin to defend the freedom of speech for haters against Jeremy Waldron's arguments. The analysis of the Brazilian case Ellwanger shows that this country is in the tradition defended by Waldron and not the American interpretation realized by Dworkin.

Keywords: Integrity. Equal concen and respect. Hate Speech. Ronald Dworkin. Jeremy Wandron.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	14
Problematização, objetivos e metodologia.....;	15
Sinopse.....;	16
2 ‘IGUAL CONSIDERAÇÃO E RESPEITO’ NA INTEGRIDADE POLÍTICA.....	21
2.1 O valor político da integridade.....	22
2.1.1 A integridade como um valor político independente.....	22
2.1.1.1 As circunstâncias da integridade.....	26
2.1.1.2 A integridade e a justiça.....	28
2.1.2 Obrigações associativas	32
2.1.2.1 Condições de uma obrigação associativa.....	34
2.1.2.2 Tipo de comunidade adequado.....	36
2.2 Críticas à integridade política.....	38
2.2.1 Argumento da “interpretação protestante”.....	38
2.2.2 Argumento da coerência.....	39
2.2.3 Argumento da obrigação política.....	41
2.2.4 Argumento contra os princípios.....	42
2.3 A ‘igual consideração e respeito’ na integridade através da interpretação igualitária	44
2.4 Breve conclusão e provocações para o próximo capítulo.....	47
3 A NATUREZA ANTIUTILITARISTA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUAS JUSTIFICATIVAS.....	49
3.1 O utilitarismo de Stuart Mill.....	51
3.1.1 Parâmetros para interpretação.....	52
3.1.2 O que é utilitarismo.....	54
3.1.3 Sobre a liberdade.....	56
3.2 O direito à liberdade de expressão a partir da crítica de Dworkin ao utilitarismo.....	64
3.2.1 O argumento da justiça de Rawls e o ponto fraco do <i>Ensaio sobre a liberdade</i>	65
3.2.2 O argumento das preferências externas e o conceito antiutilitarista de direito.....	71

3.3 Justificativas da liberdade de expressão.....	77
3.4 Breve conclusão e provocações para o próximo capítulo.....	78

4 O DEBATE A RESPEITO DO DISCURSO DE ÓDIO E O EXEMPLO DA EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....79

4.1 A crítica de Waldron à desregulamentação do discurso de ódio.....81

4.1.1 A tradição norte-americana da liberdade de expressão na obra “Liberdade para ideias que odiamos” de Anthony Lewis.....	82
4.1.2 Os fundamentos da criminalização do discurso de ódio para Jeremy Wandron.....	86
4.1.3 O debate com Ronald Dworkin.....	94

4.2 A questão da criminalização do discurso de ódio na experiência constitucional brasileira.....102

4.2.1 Análise do Habeas Corpus nº 82.424-2/RS, o caso Ellwanger.....	103
4.2.1.1 O parecer de Celso Lafer.....	104
4.2.1.2 Voto do Ministro e Relator Moreira Alves.....	105
4.2.1.3 Voto do Ministro Maurício Corrêa.....	106
4.2.1.4 Voto do Ministro Celso de Mello.....	107
4.2.1.5 Voto do Ministro Gilmar Mendes.....	108
4.2.1.6 Voto do Ministro Carlos Velloso.....	108
4.2.1.7 Voto do Ministro Nelson Jobim.....	109
4.2.1.8 Voto do Ministro Ellen Gracie.....	109
4.2.1.9 Voto do Ministro Cezar Pelluso.....	110
4.2.1.10 Voto do Ministro Ayres Britto.....	110
4.2.1.11 Voto do Ministro Marco Aurélio.....	112
4.2.1.12 Voto do Ministro Sepúlveda Pertence.....	114

4.3 Análise crítica.....114

4.4 Breve conclusão e preparações para a conclusão.....	115
--	------------

5 CONCLUSÃO.....117

6 BIBLIOGRAFIA.....	123
----------------------------	------------

1 INTRODUÇÃO

A expressão de uma ideia tem grande poder. E esse poder não está apenas no âmbito específico das ideias que transmitem, mas também no valor simbólico e político que elas podem possuir. Não são poucas as transformações políticas e sociais, para melhor ou para pior, que surgiram e tiveram como símbolo discursos realizados em locais públicos.

Estando consciente dessa força, se pode dizer que o respeito à liberdade de expressão dos cidadãos é um dos pilares do que se considera democracia. Mas isso não significa que ela não seja objeto de grandes divergências. A liberdade de expressão, assim como qualquer outro direito, não é absoluta e o debate sobre os seus limites tem sido pauta presente na agenda política das democracias em geral.

No Brasil, a situação não é diferente, especialmente no que se trata ao discurso de ódio. O debate entre bancadas conservadoras e liberais no Congresso Nacional e nas ruas, frequentemente acompanhadas pela grande mídia, tem demonstrado que a tradição do respeito à expressão de ideias é algo conquistado diariamente e com grandes esforços.

Almejando contribuir com esse debate, este é um trabalho a respeito da liberdade de expressão na obra de Ronald Dworkin, utilizando como exemplo a questão do discurso de ódio. A escolha desse autor se deve ao rigor metodológico e filosófico na construção dos seus argumentos, além da atenção e do tempo dedicados ao estudo do tema da liberdade de expressão nos Estados Unidos e em outros lugares do mundo.

Ainda na descrição da natureza deste escrito, são necessárias quatro observações. A primeira trata da doutrina em geral. Muitas são as obras que tratam a respeito da liberdade de expressão tanto em língua inglesa, como na francesa, por exemplo. Certamente, a abordagem em geral desse tema seria importante. Todavia é considerado aqui que se contribui mais através da descrição responsável e criteriosa do argumento de um autor específico, no caso de Ronald Dworkin, do que através do confronto de vários sem o aprofundamento pertinente.

A segunda trata da abordagem do tema dentro da obra de Ronald Dworkin. Esse autor produziu, nos mais diversos formatos, durante mais de quarenta anos, artigos científicos, artigos de opinião, livros e palestras em que a liberdade de expressão é abordada, mesmo que em exemplos. Descrever, de maneira exaustiva, esse material não é o anseio deste escrito. Serão especificamente abordados dois conceitos teóricos que envolvem a liberdade de expressão: suas justificativas e seu conceito de direito antiutilitarista dentro do que se chamou de igual consideração e respeito na integridade. Este é o corte teórico realizado para tornar este trabalho possível.

É necessário destacar que o exemplo do debate a respeito do discurso de ódio possui duas dimensões. A primeira, em que se descreverá o debate entre Waldron e Dworkin, serve para demonstrar como os conceitos teóricos serão utilizados. Não é objetivo exaurir, ou aprofundar o tema aqui. A segunda, em que se abordará o caso brasileiro Ellwanger, serve para demonstrar, em um caso prático real, como os argumentos podem ser utilizados, além de demonstrar, mesmo que brevemente, o posicionamento do Brasil nesse contexto.

Por fim, sobre o caso brasileiro Ellwanger, Habeas Corpus (HC) nº 82.424-2/RS, também se deve dizer que não se almeja criticar tal decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), todavia demonstrar, a partir dela, os argumentos descritos e criticados durante o percurso do trabalho.

Problematização, objetivos e metodologia

O problema geral que se pretende responder é: Qual a contribuição da obra de Ronald Dworkin no debate sobre liberdade de expressão? Devido à amplitude desse problema, o qual não poderia ser alcançado em um trabalho desta natureza, restringe-se esse problema especificamente na análise da melhor interpretação da ideia de direito antiutilitarista de liberdade de expressão, assim como suas justificativas.

O objetivo geral deste trabalho é contribuir com o debate a respeito da liberdade de expressão através da descrição dos conceitos de justificação e de direito antiutilitarista na obra de Ronald Dworkin, utilizando como exemplo a questão do discurso de ódio.

Um objetivo específico é descrever um argumento teórico apropriado para estruturar as escolhas realizadas na construção dos conceitos de justificação e de direito da liberdade de expressão. Para tanto é necessário analisar o conceito de integridade política e a sua relação com a igual consideração e respeito.

Também é um objetivo específico descrever os conceitos de justificação e de direito antiutilitarista na liberdade de expressão, criando elementos doutrinários adequados para a sua melhor interpretação. Para tanto é necessário enfrentar pontos específicos das obras de Mill e de Rawls, quais sejam o argumento utilitarista da liberdade de expressão de Mill e a crítica de Rawls contra o utilitarismo.

Por fim, também se pode dizer que é o terceiro objetivo específico demonstrar, em um debate teórico e outro prático, os conceitos descritos anteriormente. Para tanto será descrito o debate entre Waldron e Dworkin, além do caso brasileiro Ellwanger.

A metodologia utilizada na realização desses objetivos foi basicamente a pesquisa

bibliográfica qualificada, ou seja, focada em pontos específicos nas obras originais de Ronald Dworkin, todavia sendo priorizadas as referências diretas no texto às traduções para facilitar o acesso ao conteúdo (já que este texto é em português). Tais obras originais, no entanto, também são referenciadas ao lado de cada tradução citada (quando esta existir).

Quando não existir tradução da obra citada, a tradução foi realizada livremente, buscando o maior respeito ao sentido original expresso no contexto da obra. Além disso, mesmo nas traduções livres, o trecho citado no original foi destacado em nota de rodapé para o confronto entre as traduções.

O recurso a comentadores das obras originais também foi utilizado para o embasamento das descrições dos argumentos originais e de interpretações sobre tais textos. Sempre que possível, foi feita referência ao ponto específico da obra utilizada para tornar o argumento mais claro e o acesso às fundamentações mais fácil.

Considerado também como pesquisa bibliográfica, a pesquisa jurisprudencial foi basicamente a escolha do Habeas Corpus nº 82.424-2/RS, o julgado brasileiro mais conhecido como caso Ellwanger. Essa escolha foi realizada pelo fato de que trata exatamente sobre o tema abordado no 3º capítulo do trabalho, assim como serve para demonstrar um entendimento da questão na realidade brasileira.

Sinopse

O primeiro capítulo, inicialmente, descreve o conceito de integridade política desenvolvido no capítulo 6 da obra *O império do direito*. Nele, é exposto que a integridade política é um valor independente, tendo em vista que ela surge em sociedades contemporâneas supercomplexas, em que várias concepções de justiça entram em conflito no âmbito público e subsiste a necessidade de que o governo trate seus cidadãos igualmente.

Essa questão é importante porque, se se considera viver uma comunidade, Waldron explica, é necessário que a comunidade trate todos os seus integrantes dentro de uma mesma concepção de igualdade. Não importando, inclusive, o quanto alguns de seus integrantes consideram a concepção utilizada errada ou degradante.

Postema acrescenta que um valor como a integridade não seria útil em uma comunidade homogênea política, moral ou religiosamente, haja vista que não seria necessário um valor político independente exigindo que o poder público tratasse todos igualmente. Isso já seria alcançado naturalmente. Por isso, ela é voltada para comunidades políticas plurais.

Dessa forma, a integridade também almeja conquistar o respeito daqueles que

discordam de suas escolhas através da atuação coerente em princípio do poder público. Assim, utilizando o exemplo da integridade no âmbito pessoal, da mesma forma que se respeita aqueles a quem se discorda se atuam de maneira coerente, o governo conquistaria o respeito dos inconformados através da coerência de princípio.

Por fim, é descrito uma parte do capítulo 8 também do *O império do direito*, em que é construído o argumento que critica diversas concepções de igualdade possíveis. Escolhe-se a igualdade de recursos, haja vista ser a que mais respeita os cidadãos em sua igual consideração e respeito. Daí, construindo-se o conceito de ‘igual consideração e respeito’ na integridade.

O segundo capítulo tem o objetivo de descrever os conceitos de justificativas e de direito antiutilitarista na liberdade de expressão, desenvolvendo, nas obras de Stuart Mill e de Rawls, critérios para a melhor interpretação deles. Assim, ele inicia através da descrição do conceito de utilitarismo e de liberdade de expressão em Stuart Mill.

A doutrina utilitarista, na segunda parte da obra *Utilitarismo*, defende que as grandes decisões morais devem ser resolvidas através do princípio da máxima felicidade, que se define por ser a máxima de que o correto é tomar decisões que produzam o maior índice de felicidade possível na comunidade. Daí, se entendendo felicidade como a aproximação do prazer e o distanciamento da dor.

Influenciado por essa doutrina, Mill escreve o *Ensaio sobre a liberdade*. No segundo capítulo desse livro, Mill defende que a liberdade de expressão deve ser protegida por três motivos: i) nunca se terá certeza de que uma ideia que se censura realmente é falsa; ii) mesmo que seja errada, tal ideia auxiliaria no desenvolvimento crítica da verdade através do confronto; e, por fim, iii) na maioria das vezes, as ideias compartilham a verdade entre si e a repressão seria uma perda para ambas.

Também é possível destacar que, segundo David Brink, há uma justificativa em duas dimensões da liberdade de expressão em Mill. A primeira é instrumental, já que ela seria importante como um instrumento para desenvolver uma democracia, através de um mercado de ideias no qual as melhores prevaleceriam para reger a sociedade, além da fiscalização das autoridades públicas. A segunda considera-se a mais adequada para o ser humano como um ser em progressão, ou seja, ela fundamentaria a própria construção da personalidade do cidadão.

Interpretando e se opondo à tradição utilitarista, John Rawls, no terceiro capítulo do seu *Uma teoria da justiça*, argumenta que, dentro uma posição original, o utilitarismo não seria uma concepção política escolhida por ser muito perigosa. Essa posição se caracteriza,

minimamente, por possuir representantes da comunidade para decidir os melhores princípios da justiça para regê-los.

Tais representantes não escolheriam o utilitarismo porque o princípio da máxima felicidade poderia colocar em risco, em situações de crise, a vida dos membros mais vulneráveis da comunidade. Como na posição original ninguém sabe a posição na qual fará parte na comunidade, ninguém se arriscaria a tomar uma decisão que colocaria em perigo uma classe social a qual poderia fazer parte. Mesmo reconhecendo a força dos argumentos de Mill sobre a liberdade, Rawls afirma que a dependência do utilitarismo seria seu ponto fraco.

A escolha mais adequada para eles, segundo Rawls, seriam aqueles princípios de justiça que resguardariam prioritariamente os direitos dos cidadãos, como a liberdade de expressão e de consciência. Posteriormente, distribuindo iguais oportunidades entre os cidadãos para que decidam utilizá-las como desejarem.

Dentro desse contexto teórico, é aprofundado o postulado de igual consideração e respeito citado no final do primeiro capítulo. Ele surge quando são distribuídos bens e oportunidades de maneira igual sem distinguir tal atitude partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro.

A partir desse postulado é destacada a necessidade de uma forma de proteger os cidadãos contra decisões políticas do tipo utilitarista, utilizando uma fundamentação semelhante a do risco de Rawls. Para tal proteção, Dworkin define um direito individual como um conceito antiutilitarista. Isso porque um direito, como a liberdade de expressão, seria algo que deve ser protegido mesmo que a comunidade como um todo perca com isso. Assim, é construído o conceito de direito à liberdade de expressão.

As justificativas da liberdade de expressão em Dworkin são inspiração das justificativas já encontradas em Stuart Mill por David Brink. A justificativa instrumental permanece com o mesmo objetivo de melhorar a comunidade. Todavia a segunda justificativa se torna “constitutiva”, já que compreende o respeito à liberdade de expressão como um critério constitutivo do reconhecimento do Estado dos cidadãos como responsáveis morais por suas próprias vidas.

A justificativa constitutiva teria, inclusive, duas partes. A primeira diz que as pessoas devem tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal nas suas vidas, na política ou na fé. Assim, o Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não tem qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que e possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis.

A segunda diz que reconhecer os cidadãos como responsáveis moralmente vai além de proteger que eles façam as suas próprias escolhas na vida, na política e na religião. Esse pressuposto alcança a possibilidade deles expressarem tais convicções para os outros, o que abrange a proteção da expressão dos mais diversos tipos de discurso.

O terceiro capítulo tem o objetivo de demonstrar os argumentos descritos no capítulo anterior em debates teóricos e práticos sobre liberdade de expressão, mais especificamente o discurso de ódio. Assim, no âmbito teórico, defendendo a restrição da liberdade de expressão através da criminalização do discurso de ódio, Waldron afirma que a grande questão é tornar discursos ofensivos e degradantes para minorias parte do ambiente público.

Para ele, especialmente nos capítulos 2 e 3 de seu *The Harm in Hate Speech, O Dano no Discurso de Ódio* em tradução livre para o português, a liberdade radical típica da tradição americana autoriza o acúmulo de um veneno de efeito contínuo, palavra por palavra, até que um crime, ou um grande mal acontece na sociedade. A legislação criminalizando o discurso de ódio teria o papel de proteger a dignidade dos membros das minorias em sua forma social, em seu âmbito de reputação na sociedade.

Além disso, Waldron argumenta que, no âmbito internacional, vários são os tratados que recomendam a criminalização do discurso de ódio, em especial ele cita o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e a Convenção Internacional de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CIEDR).

Por isso, a criminalização do ódio seria uma forma de proteger a autoestima e a confiança dos membros de minorias em sociedades supercomplexas contemporâneas, já que seria a expressão do respeito da comunidade por esses grupos. Além de que garantiriam a esses grupos a segurança de que seus membros não serão agredidos verbal, nem fisicamente, quando estiverem praticando as suas atividades diárias.

Os argumentos de Dworkin para defender a questão, expressos em um prefácio publicado na obra *Extreme Speech and Democracy, Discurso Extremo e Democracia* em tradução livre para o português, são aplicações dos conceitos desenvolvidos no capítulo 2 deste trabalho. Ele inicia argumentando que a liberdade de expressão não possui apenas uma dimensão instrumental, mas também constitutiva, em que os cidadãos tem protegido o seu direito de se expressar, além de ser um direito universal.

Em seguida, ele afirma que devemos proteger a liberdade de expressão mesmo que isso traga consequências negativas para a sociedade, em que é utilizado o conceito antiutilitarista de direito. Incluindo nessa posição protegida pornógrafos, islamofóbicos e extremistas do discurso de ódio.

Por fim, ele inclui ao seu discurso o argumento que Waldron nomeou de “argumento da legitimidade”. Nele, Dworkin afirma que é necessário proteger o discurso de ódio porque, assim, é oferecido a oportunidade dessas pessoas participarem do debate público sobre políticas a respeito de minorias. Com essa oportunidade, continua o argumento, as ações afirmativas que auxiliam essas minorias são legitimadas. Isso porque, em outras palavras, os extremistas tiveram a chance de discordar dessas políticas em um debate público.

A resposta de Waldron é que, compreendendo a legitimidade como uma questão de grau, a obrigatoriedade de legislações sobre o discurso de ódio diminui a legitimidade de legislações sobre outras questões sem destruir a sua legitimidade junto. E se o déficit é leve, então, não deve gerar um caso tão convincente contra a criminalização do discurso de ódio quando os danos que tais regulamentos devem evitar (crimes contra minorias) são muito altos.

A segunda parte, no âmbito prático analisa os argumentos utilizados no caso brasileiro Ellwanger, pelos ministros do Supremo Tribunal Federal. O caso foi que, em 1991, o Ministério Público do Rio Grande do Sul ofereceu denúncia contra Ellwanger, acusando-o pelo crime de incitar a discriminação através de suas obras. Após uma divergente sequência de decisões das diversas instâncias envolvidas, um Habeas Corpus foi impetrado no STF para libertá-lo. O indeferimento do HC na instância máxima saiu em 17 de setembro de 2003 por um placar de 8 a 3.

A partir da análise dos argumentos pelos ministros no indeferimento desse HC, é possível dizer que o Brasil se insere na tradição que regula o discurso de ódio. Muitos dos argumentos utilizados por Waldron já haviam sido utilizados nesse julgado que lhe é anterior. Como a ideia de proteção da reputação de membros de minorias, o respeito aos tratados internacionais, e a constatação de que a liberdade de expressão não é um direito absoluto.

Mesmo os votos mais detalhistas sequer tocaram na possibilidade do discurso de ódio poder ser permitido no Brasil. Da mesma forma, houve apenas sugestões da utilização da dimensão constitutiva da liberdade de expressão citada por Dworkin, o que também não pesou no convencimento dos ministros.

2 'IGUAL CONSIDERAÇÃO E RESPEITO' NA INTEGRIDADE POLÍTICA

Creo que su [Dworkin] principal logro consiste en haber demostrado cómo gran parte de los sistemas jurídicos ingleses y americanos se pueden analizar fructíferamente como si cada uno de estos sistemas fueran el resultado de un único autor coherente y consistente, preocupado por llevar a cabo en el Derecho una específica moralidad política singularmente liberal, en el sentido de que trata a todos los individuos como moralmente legitimados para una igual consideración, considerando a los derechos básicos individuales como elementos prioritarios sobre los valores colectivos².

Entender a função da integridade como um valor político é essencial para o adequado acompanhamento do argumento teórico aqui proposto, envolvendo a liberdade de expressão. Isso porque a ideia de direito individual, o qual abrange as liberdades, está inserido em um contexto teórico que envolve não só a seara do direito, mas uma proposta de compreensão de uma comunidade política em um contexto de pluralidade cultural que possui controvérsias profundas sobre a moral, a religião e a ética³.

Como é possível debater publicamente questões que envolvem a comunidade como um todo sabendo de suas grandes divergências e diferentes visões de mundo? Qual critério deve-se utilizar para justificar intervenções estatais na vida das pessoas, mesmo quando muitas delas o consideram injusto e degradante? De que maneira deve-se tratar aquelas visões que não “venceram” o debate público sobre os critérios de justiça? Nessas condições de pluralidade⁴, é possível construir uma comunidade legítima?

Dentro dessa problemática, mesmo a integridade política não resolve sozinha a questão superveniente da liberdade de expressão. Após a sua descrição teórica e a resposta a seus críticos, será constatado que a integridade exige que tratemos todos como iguais, mas ela

² H. L. A. Hart. **Doxa**, Alicante, n. 5, p 346 e 347, 1988. Entrevista concedida a Juan Ramón de Páramo Arqueles.

³ Sobre essa situação nova Manfredo Araújo explica que ela “implicou a perda de legitimação de uma fundamentação ontológica, radicada em uma concepção objetiva da razão, das normas morais e sua consequência maior é a falta de um consenso substantivo sobre valores, isto é, sobre a melhor forma de vida para o ser humano, em nível de sociedade como um todo”. In: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética, direito e democracia**. São Paulo: Paulus, 2010, p. 17.

⁴ Sobre o processo de desencantamento descrito por Weber, Habermas explica que “Weber mede a racionalização de imagens de mundo segundo o grau de superação do pensamento mágico. Na dimensão da racionalização ética, observa o desencantamento sobretudo com base na interação entre os fiéis e Deus (ou a essência divina). Quanto mais esse relacionamento se configura como uma relação puramente comunicativa entre pessoas – entre o indivíduo carente de redenção e uma instância salvífica supramundana e moralmente imperiosa -, mais estritamente o indivíduo pode sistematizar suas relações intramundanas sob os pontos de vista abstratos de uma moral à qual estão submetidos ou somente eleitos, os virtuosos da religião, ou então todos os fiéis em igual medida”. In: HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 377.

sozinha não define seu conceito de igualdade.

Por isso, como último momento, será demonstrada a relação entre a integridade política e o conceito de 'igual consideração e respeito' através da interpretação igualitária, em que diversas concepções de igualdade serão testadas para a escolha da que mais respeita os indivíduos como iguais dentro de uma comunidade política.

Depois, o conceito teórico de igual consideração e respeito na integridade política estará pronto para sustentar as justificativas da liberdade de expressão e seu suporte antiutilitarista de direito individual, que será desenvolvido no capítulo seguinte, e para sustentar o debate a respeito do discurso de ódio que estará no último capítulo.

2.1 O valor político da integridade

Neste momento considera-se adequada a introdução do debate da integridade como um valor político. Para tanto, tratar-se-á sobre três questões essenciais. A fundamentação do argumento da integridade como um valor independente será o primeiro tema. Em seguida, será comentado o envolvimento desse valor e a ideia de obrigação em associações políticas.

2.1.1 A integridade como um valor independente

Na obra *O império do direito*, após construir suas preliminares metodológicas, Dworkin analisa três concepções diferentes do Direito: o positivismo, o pragmatismo e a integridade. A primeira delas, também chamada de convencionalismo, é considerada uma visão de direito e de comunidade muito engessada, porque compreender que uma comunidade é regida apenas por suas práticas passadas convencionais é uma forma muito rígida para uma sociedade extremamente complexa e heterogênea como a contemporânea.

Diferentemente, a abordagem que defende que os juízes são livres para mudar direitos e responsabilidades considerando o que produziria melhores condições futuras para a comunidade, ou seja, o pragmatismo, é vista como mais vantajosa. Isso porque, além de considerar a “contribuição” dos juízes para o futuro da comunidade, essa corrente também “estimula a comunidade a esperar tais mudanças, e desse modo obtém uma boa parte do benefício da mudança sem o desgaste do litígio, ou sem o dispendioso, incerto e

inconveniente processo de criação do direito”⁵. Assim, no contexto de uma comunidade com um futuro indefinido, “seria melhor escolher o pragmatismo, que é muito mais adaptável”⁶.

Nesse contexto de esclarecimento das virtudes do pragmatismo, surgem algumas questões provocadoras e que guiarão este tópico. Como a busca pela eficiência pragmática pode ser injusta? De que maneira a coerência de princípio pode auxiliar uma comunidade já que o próprio resultado da sua coerência é fruto de grande controvérsia? A resposta a esse desafio só pode ser enfrentada se for considerado a contribuição que a filosofia política tem a oferecer a essas problematizações. Por isso, será necessária uma breve digressão para a proposição de uma reflexão hábil a respondê-las.

Dessa forma, é proposta uma reflexão que vai além de uma análise política de sociedades utópicas, nas quais é possível não se comprometer com nenhum governo ou constituição específicos, além de se poder criar um Estado ideal a partir de princípios básicos como uma tábua rasa. Defende-se uma ideia de análise que reconheça que as pessoas comuns estão dentro de estruturas políticas reais, que, de pronto, reconhece-se que não são totalmente justas.

Mesmo com essas diferenças, é possível perceber que há ideais políticos semelhantes que são compartilhados e serão importantes para o seguimento do argumento neste tópico. Entre eles está a equidade, que se caracteriza por ser o “valor del igual poder de cada uno de los individuos em esta sociedad”⁷, ou seja, condiciona a legitimidade do Estado pela participação procedimental de todos os cidadãos nas suas decisões.

Outro ideal é a justiça, que possui natureza material, já que uma decisão é só considerada justa se ela distribui os recursos de uma comunidade conforme um modelo ideal adequado. Esta distinção conceitual, por mais que simplista e superficial, é importante porque “se pueden dar casos de decisiones justas com procedimientos no equitativos y decisiones injustas com procedimientos equitativos”⁸.

O seguinte é o devido processo legal adjetivo, que trata sobre os procedimentos corretos a serem utilizados para julgar os cidadãos a partir das leis estabelecidas

⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 181. Ou no original: “It also encourages the community to anticipate such changes and so achieves a good part of the benefit of change without the waste of litigation, or the expensive, uncertain, and awkward process of legislation”. In: DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 149.

⁶ *Ibidem*, p. 182. Ou no original: “We have, just in this fact, an argument that if we had to choose one of the two strategies for the indefinite future we would do better to choose pragmatism, because it is so much more adaptive”. In: DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 149.

⁷ CALSAMIGLIA, Albert. El derecho como integridad: Dworkin. In: **Doxa**. Barcelona, 1990, p. 164.

⁸ *Ibidem*, p. 164.

comunitariamente. Ele é importante porque “Si el estado organiza fuerzas paraestatales, policías paralelas etc. no respecta los principios de una sociedade democrática y bien diseñada y, por tanto, no estará justificada la coacción del estado”⁹.

A doutrina costuma acrescentar outro valor a estes brevemente expostos, mas que não possui um local específico nas sociedades utópicas. Este valor exige que casos semelhantes devam ser tratados de maneira parecida e que o governo deve agir de maneira coerente e fundamentada em princípios com todos os seus cidadãos. Inspirado no ensinamento de moralidade pessoal de que as pessoas devem agir de maneira coerente e íntegra umas com as outras, esse valor é nomeado por Dworkin de integridade política.

A integridade política surge quando se exigem do Estado e da comunidade atitudes que estejam de acordo com um conjunto único de princípios morais compartilhados mesmo quando seus cidadãos discordam sobre a natureza e as consequências desses princípios. Esse ponto é importante porque “tanto no caso individual como no político, admitimos a possibilidade de reconhecer que os atos das outras pessoas expressam uma concepção de equidade, justiça ou decência mesmo quando nós próprios não endossamos tal concepção”¹⁰.

Daí, pode-se dizer que “Una primera intuición de lo que entiende por integridad puede expresarse de este modo. En el lenguaje natural decimos que una persona es integra moralmente cuando obra conforme a principios”¹¹, assim, mesmo quando se discorda-se dos atos desta pessoa, é possível reconhecer que ela não é uma aproveitadora ou egoísta. Da mesma forma, o Estado, ao tratar os cidadãos de maneira uniforme e coerente com princípios compartilhados, adquire respeito pela integridade política mesmo quando aja de maneira discordante das opiniões de alguns seus membros.

De maneira bem clara é necessário destacar que a integridade política, por natureza, não seria necessária em um Estado utópico¹². Isso porque a coerência e a unidade de princípio já estariam garantidas, haja vista que as autoridades já atuariam de forma perfeitamente justa e

⁹ Ibidem, p. 164.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 202. Ou no original: “We assume, in both the individual and the political cases, that we can recognize other people’s acts as expressing a conception of fairness or justice or decency even when we do not endorse that conception ourselves”. In: DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 166.

¹¹ CALSAMIGLIA, Albert. El derecho como integridad: Dworkin. In: **Doxa**. Barcelona, 1990, p. 164.

¹² Este ponto é muito bem esclarecido por Postema: ““(…) integrity is essentially *historical*. Integrity seeks to forge a common vision of justice from the past public decisions and actions of the community. The search for principles of justice undertaken in the name of integrity is historically situated; integrity takes past decisions and actions as its point of departure and normative compass. Our past practice bears the shape of our common like, while forcing us to address the question of what this shape is”. In: POSTEMA, Gerald J. Integrity: Justice in workclothes. In: Ronald Dworkin & Justine Burley (eds.) **Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin**. Oxford: Blackwell Pub, 2004, p. 295.

imparcial. Na realidade, todavia, deve-se “tratar a integridade como um ideal independente se a admitirmos por inteiro, pois pode entrar em conflito com esses outros ideais”¹³.

Naturalmente, essa posição não impede que as mais diversas vozes participem do processo de deliberação, todavia o fruto de tais decisões deve respeitar um princípio de coerência dentro dos limites que a autoridade possui.

Outro ponto importante é que a integridade exige que as leis não sejam fruto de um acordo de concepções contraditórias de justiça, mas que respondam a uma concepção coerente de justiça política, mesmo que não seja acordado por todos, mas que os trate igualmente. Um dos motivos para tanto é que “Una sociedad democrática requiere – por tanto – que los actos de coacción estatal estén justificados conforme a principios. Supone tratar la comunidad como si fuera una persona moral y exigir a esa persona integridad moral”¹⁴.

À espécie de sistema de conciliações na legislação, que resolvem questões importantes através da conciliação de diferentes e incoerentes visões de justiça dentro de um mesmo caso, Dworkin chama de solução salomônica. Esse modelo se caracteriza por tratar a ordem pública como uma mercadoria a ser distribuída tal como um bolo que deve ser repartido a diferentes grupos, cada um ficando com a parte que lhe cabe.

Dworkin rejeita esse tipo de resolução de problemas públicos em questões de princípio. Como exemplo, ele cita o quão estranho seria se a questão do aborto fosse resolvida através da estipulação do critério de que apenas mulheres nascidas em anos pares teriam tal liberdade de escolha¹⁵.

É possível imaginar argumentos que poderiam ser utilizados para tal hipótese. Supondo uma possível situação de desvantagem, aqueles que são contra qualquer tipo de aborto poderiam concordar com uma restrição como essa, tendo em vista que estariam salvando mesmo que algumas vidas de um ato arbitrário. Por outro lado, feministas poderiam considerar que esta seria uma etapa, ou trincheira, no sentido da total liberdade de escolha. Não é difícil concordar o quão consternante seria tal situação. Daí que “Não podemos explicar nossa hostilidade para com a conciliação interna recorrendo a princípios de equidade ou de justiça, do modo como definimos essas virtudes”¹⁶, já que elas poderiam ser alcançadas

¹³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 214. Ou no original: “In ordinary politics, however, we must treat integrity as an independent ideal if we accept it at all, because it can conflict with these other ideals”. In: DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 176.

¹⁴ CALSAMIGLIA, Albert. El derecho como integridad: Dworkin. In: **Doxa**. Barcelona, 1990, p. 167.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 217. Ou no original: DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 185.

¹⁶ *Ibidem*, p. 222. Ou no original: “We cannot explain our hostility to internal compromise by appeal to

através de um procedimento equânime e com uma participação de interesses.

Neste momento, é possível retornar às graves provocações do pragmatismo e respondê-las. Em resposta à primeira pergunta, pode-se dizer que a eficiência pragmática é injusta tendo em vista que justifica a construção pública de soluções salomônicas em questões de princípio. Tais formas de solução, fruto de conciliações de interesses, justificam um tratamento arbitrário e incoerente dos cidadãos em situações semelhantes.

Da mesma forma, em relação à segunda questão, a resposta mais adequada é que a coerência de princípio auxilia no tratamento adequado dos cidadãos em comunidades políticas reais, em que a interpretação dos princípios políticos compartilhados são temas de grande controvérsia. Mesmo quando se age de maneira que se discorda, a coerência de princípio produz respeito e igualdade a aqueles que divergem da visão pública. Por isso, “o que a integridade condena é a incoerência de princípio entre os atos do Estado personificado”¹⁷.

2.1.2.1 As circunstâncias da integridade

Na obra *Law and Disagreement* de 1999, Jeremy Waldron publicou um artigo chamado *The Circumstances of Integrity*, com tradução livre para “As Circunstâncias da Integridade”. Nele, o objetivo não é simplesmente expor criticamente as contribuições da proposta da integridade política. Seu objetivo é construir os pressupostos teóricos e as problematizações necessárias para seu adequado entendimento. É por isso que se considera necessário expor alguns dos principais pontos desse trabalho a fim de melhor entender a integridade política. Daí, ele afirmar que “o papel da integridade é lidar com o que acontece quando princípios de equidade política justificam a produção e a exigência de decisões, em um mesmo sistema político, por apoiadores de visões concorrentes sobre justiça”¹⁸.

Destacando o papel da integridade em uma comunidade política real, Waldron destaca que, não importa de quem seja, uma visão sobre a justiça de comunidade, por mais adequada e fundamentada, é apenas mais uma visão entre várias outras em um debate público e

principles of either fairness or justice as we have defined those virtues”. In: DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 183.

¹⁷ Ibidem, p. 223. No original: “But a state does act that way when it accepts a Solomonic checkerboard solution; it is inconsistency in principle among the acts of the state personified that integrity condemns”. In: DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 184.

¹⁸ No original: “The task of integrity is to deal with what happens when principles of political fairness legitimate the making and enforcement of decisions in one and the same political system by partisans of competing views about justice” In: WALDRON, Jeremy. *The Circumstances of Integrity*. In: WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 189.

controverso sobre diferentes questões de política. Essa situação causa, o que é natural de uma democracia, uma certa instabilidade.

Tal situação só pode começar a ser resolvida quando surge uma forma legítima de considerar uma das visões concorrentes como “nossa”, ou seja, como uma visão que representará e coordenará a comunidade, mesmo que muitos discordem dela. Naturalmente, esta possibilidade é comum entre os diferentes sistemas democráticos contemporâneos, já que é dessa maneira que “a maioria dos sistemas políticos atualmente resolvem o problema de tomar decisões sociais em face de controvérsias sobre justiça – designamos uma das visões contestantes como aquela que nos governará por um determinado tempo”¹⁹.

Além disso, ainda é destacado outro ponto interessante. Caso um filósofo almeje elaborar uma concepção particular de justiça, ou caso um cidadão queira participar de um debate político, será esperado que se apresente uma proposta que não seja tendenciosa ou descomprometida. Se tal filósofo ou cidadão realmente acredita no que defende, não poderá fazer concessões em relação às outras teorias concorrentes, o que provavelmente o levará a considerá-las como inadequadas.

Essa é uma perspectiva particular de justiça, a qual almeja se realizar dentro de uma comunidade. Todavia essa situação não se reverbera no âmbito público. Muitas vezes o que se considera inadequado para uma perspectiva particular, em uma perspectiva pública, mostra-se como o mais justificado e adequado a se fazer.

O ponto a ser explicado é simples. No nível do participante, uma teoria da justiça deve ocupar o máximo de espaço no debate público e almejar a verdade para si e contra as suas concorrentes. No nível de decisões sociais, no âmbito público, as decisões devem clamar por legitimidade em relação a comunidade como um todo, já que todos serão obrigados e representados por elas. Isso porque é difícil obrigar aqueles que discordam de decisões baseadas em concepções que rejeitam.

Dessa forma, dentro das circunstâncias da integridade, para alcançar uma visão pública democrática “– apropriada para tornar o poder e a coerção legítimos e para evocar fidelidade e um senso de obrigação de todos os cidadãos – deve-se ir além de particulares visões de justiça, não importa o quanto sincera e apaixonada elas sejam sustentadas”²⁰.

¹⁹ No original: “This is how most political systems actually solve the problem of settling on social choices in the face of justice – disagreement: we designate one of the contestant view as the one to govern us for the time being” In: WALDRON, Jeremy. *The Circumstances of Integrity*. In: WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 203.

²⁰ No original: “Thus, given the circumstances of fairness and integrity, the appropriate sense of community – appropriate for making power and coercion legitimate and for evoking allegiance and a sense of obligation from all citizens – must go beyond particular views about justice, no matter how sincerely and passionately those are

Sobre a integridade, Dworkin afirma que ela “exige que ninguém seja excluído; determina que, na política estamos todos juntos para o melhor ou o pior; que ninguém pode ser sacrificado, como os feridos em um campo de batalha, na cruzada pela justiça total”²¹. Interpretando tal passagem, Waldron afirma que Dworkin “almeja se referir – e condenar – a possibilidade de, depois da vitória por nossos princípios (como pensamos, os verdadeiros princípios de justiça), nós talvez busquemos evitar que os princípios injustos, que nossos oponentes sustentaram, influenciem arranjos sociais”²².

Por fim, também se deve destacar o ponto pelo qual Waldron termina seu artigo. Tema que será tratado no tópico 2.2.2, no âmbito dos críticos da integridade, é argumentado que, mesmo com o esforço para o contrário, se obriga os cidadãos a pertencer na comunidade a qual discordam essencialmente das suas decisões públicas. A busca pela preservação da comunidade não é o valor mais importante para a integridade. Na realidade, é possível divisões federativas e separações em comunidades que respeitam a integridade. Inclusive, isso pode até acontecer mais naturalmente²³.

2.1.1.2 A integridade e a justiça

No artigo *Integrity: Justice in Workclothes*, em tradução livre “Integridade: Justiça de Uniforme”, Gerald Postema trata sobre um tema muito importante para quem almeja entender adequadamente a integridade política, a sua relação com a justiça. Autores como Jeremy Waldron²⁴ e Stephen Guest²⁵ consideram que a melhor interpretação da integridade é

held”. In: WALDRON, Jeremy. *The Circumstances of Integrity*. In: WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 205.

²¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 256. Ou no original: “It makes these responsibilities fully personal: it commands that no one be left out, that we are all in politics together for better or worse, that no one may be sacrificed, like wounded left on the battlefield, to the crusade for justice overall” In: DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 184.

²² No original: “He means to refer to – and condemn – the possibility that, after the victory we have won for our principles (as we think the true principles of justice), we might seek to prevent the unjust principles our opponents have sponsored from playing any part in or continuing to influence social arrangements. This is the possibility which, he suggests, a principled model of community prohibits” In: WALDRON, Jeremy. *The Circumstances of Integrity*. In: WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 206.

²³ Waldron afirma que: “We cannot guarantee that people will always want to persevere in community and share power with those whose views about justice they reject. It is the common sense of politics that they often do, and Dworkin is right to give this fact central place in his jurisprudence and political theory” In: WALDRON, Jeremy. *The Circumstances of Integrity*. In: WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 208.

²⁴ Waldron comenta que dividir integridade e justiça pode ser um erro categórico. Cf. WALDRON, Jeremy. *The*

considera-la como uma exigência, ou parte, da justiça. Não se tratará especificamente dessa questão neste trabalho²⁶, já que isso alcança questões mais profundas sobre o próprio conceito de justiça. Todavia será abordado o quão próximos são esses valores e a função da justiça no contexto da integridade.

No artigo, Postema argumenta que a integridade não é simplesmente um método ou técnica para a realização do Direito. Ela possui uma força e uma importância política, já que “ela leva seu foco moral e força de serviços a valores mais fundamentais, em particular a justiça e à fidelidade”²⁷. Isso é reconhecido porque a integridade auxilia a explicar como decisões políticas do passado justificam decisões políticas do presente.

Quando se prioriza a busca pela justiça, a integridade se destaca. Da mesma forma, quando a justiça não é mais um valor a ser buscado em uma sociedade, ou quando uma quantidade importante de seus membros não a busca mais, a integridade não possui importância. Mas o que isso significa? Como destacar de maneira clara essa relação entre valores diferentes, mas diretamente relacionados?

A resposta de Postema volta-se para a consideração da integridade como um valor voltado às reais condições históricas de uma comunidade política. Isso não significa afirmar que ela volta-se para um conflito de forças em busca do domínio das estruturas do Estado. Na verdade, isso significa que “ela guia os cidadãos a construir e agir de maneira a respeitar uma visão coerente e comum de justiça. Eles devem praticar a política com um olho fixado no ideal de justiça”²⁸. Por isso, ele afirma que a “integridade é a justiça de uniforme político, com as mangas arregaçadas”²⁹.

Circumstances of Integrity. In: WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 196.

²⁵ Stephen Guest, em determinados momentos, considera uma assimetria no argumento. GUEST, Stephen. The Role of moral equality in legal argument. In: BOIS, François du. (Org) **The practice of Integrity**: Reflections on Ronald Dworkin & South African Law. Cape Town: Juta & Co Ltd., 2008, p. 33.

²⁶ Isso acontecerá porque esse caminho levará a uma discussão teórica paralela à proposta aqui e entender introdutoriamente a relação entre esses dois valores não exige esse aprofundamento.

²⁷ No original: “So integrity claims to be more than merely a method or technique of practical reasoning specially adapted to law’s distinctive tasks; it also claims to be a substantive value of political morality. Although distinct from other political values, it takes its moral focus and force from the service it renders more fundamental values, in particular justice and fidelity”. In: POSTEMA, Gerald J. Integrity: Justice in workclothes. In: Ronald Dworkin & Justine Burley (eds.) **Dworkin and His Critics**: With Replies by Dworkin. Oxford: Blackwell Pub, 2004, p. 294.

²⁸ No original: “Integrity is a virtue in the real, untidy world of politics, but we should not confuse this word with the word of Realpolitik, for integrity disciplines politics with a conscience. It charges citizens to forge and act on a coherence, common vision of justice. They must practice politics with an eye fixed on the ideal of justice”. In: POSTEMA, Gerald J. Integrity: Justice in workclothes. In: Ronald Dworkin & Justine Burley (eds.) **Dworkin and His Critics**: With Replies by Dworkin. Oxford: Blackwell Pub, 2004, p. 300.

²⁹ No original: “Integrity is justice in political workclothes, with its sleeves rolled up”. In: POSTEMA, Gerald J. Integrity: Justice in workclothes. In: Ronald Dworkin & Justine Burley (eds.) **Dworkin and His Critics**: With Replies by Dworkin. Oxford: Blackwell Pub, 2004, p. 301.

Após tais observações, é realizada, no trabalho, uma reflexão sobre a justiça que destaca três de suas características essenciais. A primeira delas é que a justiça pressupõe uma relação de interdependência mútua entre as pessoas, tal como uma comunidade. Isso acontece porque, a partir de uma história de vida juntos, cada membro pode realizar demandas e reivindicações sobre questões públicas comuns³⁰.

Outro ponto importante destacado é que, dentro de uma comunidade que procura tratar seus membros como agentes morais e racionais, é necessário que exista um sistema de princípios pelos quais as ações sejam justificadas. Essas ações pressupõem uma justiça pública, que sirva para que se ofereçam razões de uns para os outros³¹.

A terceira característica é que a justiça, em comunidades de princípio, deve ser respeitada mesmo que não se tenha certeza sobre as suas requisições, ou seja, quando ela está em progresso. Isso significa dizer que “a justiça se dirige não apenas para ‘comunidades bem ordenadas’, mas também para sociedades nas circunstâncias da integridade, onde a justiça está em processo de formação”³².

Sabendo disso, Postema comenta que a integridade ganha destaque quando há uma tensão entre o que a justiça ideal e a justiça real requerem, porque ela fica entre uma ideia perfeita e inalcançável de justiça e o mero acordo consensual sobre os interesses dos cidadãos. Proposta seguida por Stephen Perry³³. Assim, Postema afirma que a integridade política “mantém a tensão essencial claramente em foco. Ela amarra as visões divergentes de justiça

³⁰ Nas palavras de Postema: “In other words, justice insofar as it demands a kind of equality presupposes a moral relationship of mutual interdependence, that is, a community. For it is as members of such a community that each can make claims against the others by making claims against a common stock that is the product of their life together”. In: POSTEMA, Gerald J. *Integrity: Justice in workclothes*. In: Ronald Dworkin & Justine Burley (eds.) **Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin**. Oxford: Blackwell Pub, 2004, p. 304.

³¹ Segundo Postema: “Their recognition of each other as rational moral persons takes the form of endorsement of a set of principles by which they justify their individual actions and common institutions. Thus this justification must be public – a matter of offering reasons to *each other*”. POSTEMA, Gerald J. *Integrity: Justice in workclothes*. In: Ronald Dworkin & Justine Burley (eds.) **Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin**. Oxford: Blackwell Pub, 2004, p. 304.

³² Postema afirma que “Justice requires that its fundamental concerns be respected in the processes by which justice is deliberated even when the details of its substantive principles are reasonable in dispute. Justice addresses not only “well-ordered societies”, but also societies in the circumstances of integrity, where justice is still in the process of formation”. POSTEMA, Gerald J. *Integrity: Justice in workclothes*. In: Ronald Dworkin & Justine Burley (eds.) **Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin**. Oxford: Blackwell Pub, 2004, p. 305.

³³ Perry explica sua posição sobre o tema no seguinte trecho: “I think the better way to put the point, however, is to say that integrity requires actual equal concern, which will take the form of a plausible or coherent (but perhaps false) conception of justice. Integrity, in other words, is not just a matter of sincerity or plausibility or coherence, but has genuine moral content. That content is provided by the concept of equal concern, which occupies a moral middle ground between simple consistency on the one hand, and true justice, on the other. At any rate this will be my working assumption for present purposes”. In: PERRY, Stephen. *Associative Obligations and the Obligation to Obey the Law*. In: HERSHOVITZ, Scott. (Ogs.) **Exploring Law’s Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 199.

da sociedade por uma luta comum pela justiça”³⁴.

O artigo é concluído com o destaque para a metáfora de que a integridade é a justiça com uniforme político, porque é argumentado que, se for considerada a importância da justiça nas comunidades reais e não-utópicas, deve-se aceitar que a integridade possui uma função importante nessa aproximação. Caso contrário, não haveria forma de se defender a justiça em comunidades em que as divergências são profundas e genuínas.

2.1.2 Obrigações associativas

No âmbito do debate sobre a integridade política, outro tema de essencial importância é o que trata sobre o surgimento de obrigações em associações políticas. Esse tema se destaca por construir critérios e condições pelas quais se pode dizer que surgem, ou não, obrigações dos cidadãos a realizar determinadas condutas pelo fundamento de ser uma demanda legítima da comunidade o qual pertence.

Sobre o tema, Stephen Perry, em artigo intitulado *Law and Obligation*, em tradução livre “Direito e Obrigação”, explica que “teorias da obrigação política quase sempre estipulam limites sobre a extensão pela qual o Direito pode cometer erros morais e ainda dar razão ao surgimento de uma obrigação geral de obedecê-lo”³⁵, todavia destaca-se a dificuldade e a controvérsia pelo qual tais objetivos fazem surgir no debate teórico.

Também é destacado que alguns teóricos reconhecem a possibilidade de existirem obrigações de obedecer a legislações particulares que podem ser defensáveis por considerações morais independentes. Em outras palavras, há filósofos que argumentam a respeito da possibilidade de obrigações de obedecer ao Direito serem superadas por justificativas independentes baseadas na superação da injustiça extrema³⁶.

³⁴ No original: “Integrity keeps the essential tension clearly in focus. It tethers visions of justice societies for a common struggle for justice”. In: POSTEMA, Gerald J. *Integrity: Justice in workclothes*. In: Ronald Dworkin & Justine Burley (eds.) **Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin**. Oxford: Blackwell Pub, 2004, p. 306.

³⁵ No original: “Theories of political obligation almost always place limits on the extent to which the law can make moral mistakes and still give rise to a general obligation to obey the law, but it is nonetheless no easy matter to show that there is ever an obligation to obey an unjust law”. In: PERRY, Stephen. *Law and Obligation*. **American Journal of Jurisprudence**, Oxford, v. 50, n. 1, 2005, p. 269.

³⁶ Sobre essa possibilidade, famosa é a chamada fórmula de Radbruch pela qual a obrigatoriedade essencial para uma norma jurídica só é perdida se a sua injustiça alcançar níveis insustentáveis. Interessantes são os comentários e a reformulação realizada dessa fórmula por Robert Alexy a partir da sua ideia de correção. Após analítico comentário dos possíveis argumentos que sustentam tal fórmula, Alexy comenta que “Se lançarmos um olhar sobre os argumentos contrários e favoráveis ao argumento da injustiça relacionado a normas individuais, em sua versão fraca, da forma como ele encontra expresso na fórmula de Radbruch, constataremos que as razões que falam em seu favor são mais fortes que as objeções. Todas as objeções poderiam, no mínimo, ser

Da mesma forma, sabendo que nenhum sistema jurídico é completamente justo, Perry afirma que “uma teoria da obrigação política não teria mostrado muito se for baseada extensivamente sobre a rota de fuga e falhar em mostrar que há, pelo menos às vezes, uma obrigação moral genuína de obedecer ao Direito, no mínimo, em algumas de suas formas injustas”³⁷.

Em outro trabalho específico sobre a integridade política, intitulado *Associative Obligations and the Obligation to Obey the Law*, em tradução livre para o português “Obrigações Associativas e a Obrigação de Obedecer o Direito”, Perry explica que os fundamentos do Direito dependem, em parte, de considerações a respeito da sua força, utilizando a terminologia metodológica proposta anteriormente. Com isso ele quer explicar que o Direito como integridade “pressupõe a verdade de uma particular teoria da obrigação política”³⁸. Assim, para se determinar qual teoria é a mais adequada, “é necessário, então, em algum ponto, direcionar-se para a questão geral da obrigação política, e isto necessariamente encaminha para questões de moralidade política substantiva”³⁹.

Dentro desse contexto, é possível analisar de maneira mais adequada como Dworkin trata a obrigação política. Ele inicia analisando os mais famosos argumentos de fundamentação de obrigações associativas e suas deficiências, quais sejam o argumento do consentimento, o da justiça e o do jogo limpo.

O argumento do consentimento é utilizado por aqueles que afirmam que o simples fato de uma pessoa permanecer em uma comunidade política pode ser interpretado como uma forma de consentimento implícito. Assim, justifica-se que essas pessoas sejam obrigadas a realizar determinadas formas de conduta. O problema desse argumento está no fato de que essa forma de consentimento presumido é cruel e deixa prejudicadas aquelas pessoas que não possuem condições de realizar tal escolha.

enfraquecidas a ponto de se chegar a uma paridade. Além disso, é possível alegar razões para que se prefira o argumento da injustiça”. In: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 75.

³⁷ No original: “(...) a theory of political obligation would not have shown very much if it relied too extensively on this escape route and failed to show that there is, at least sometimes, a genuine moral obligation to obey at least some unjust laws”. In: PERRY, Stephen. *Law and Obligation*. **American Journal of Jurisprudence**, Oxford, v. 50, n. 1, 2005, p. 269.

³⁸ No original: “(...) law as integrity, which is a substantive theory about the grounds of law, presupposes the truth of a particular theory of political obligation”. In: PERRY, Stephen. *Associative Obligations and the Obligation to Obey the Law*. In: HERSHOVITZ, Scott. (Ogs.) **Exploring Law’s Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 186.

³⁹ No original: “To determine which theory of law is correct we must, therefore, at some point address the general question of political obligation, and this necessarily takes us deep into issues of substantive political morality”. In: PERRY, Stephen. *Associative Obligations and the Obligation to Obey the Law*. In: HERSHOVITZ, Scott. (Ogs.) **Exploring Law’s Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 187.

O argumento da justiça é aquele comentado a pouco que condena qualquer tipo de obrigação que não respeite as exigências da justiça. Dworkin rejeita esse argumento porque ele não consegue oferecer uma “boa explicação da legitimidade, pois não estabelece uma ligação suficiente estreita entre obrigação política e a comunidade específica à qual pertencem aqueles que tem obrigação(...)”⁴⁰.

O argumento do jogo limpo pressupõe que as pessoas possuem uma obrigação de respeitar o Direito de uma comunidade já que receberam dela o mais diverso leque de benefícios os quais podem ser usufruídos apenas participando dela. Neste argumento, o problema é que ele justifica que as pessoas sejam obrigadas “por receberem o que não buscavam e que rejeitariam se lhes fosse dada a oportunidade de fazê-lo”⁴¹.

Em geral, Dworkin comenta que a maior dificuldade que essas justificativas possuem “é o fato de que elas dependem excessivamente da ideia de que o cidadão incorre em obrigações por escolha”⁴². Essa perspectiva não sustenta ser confrontada sobre o fato de que, muitas vezes, é possível ser obrigado por algo em associações políticas mesmo sem ter feito uma escolha por isso. É essa questão que será abordada nas condições de uma obrigação associativa.

2.1.2.1 Condições de uma obrigação associativa

Partindo das críticas realizadas às concepções anteriores, Dworkin propõe que a consideração de uma obrigação associativa dentro de uma comunidade política deve ser analisada a partir da estipulação de condições específicas. Tais condições devem servir de referência para a caracterização de uma obrigação e serão testadas em seguida.

Assim, para que surja uma comunidade genuína, em que as obrigações serão passíveis de serem exigidas de todos os seus membros, será necessário serem preenchidas quatro

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 234. Ou no original: “That duty, however, does not provide a good explanation of legitimacy, because it does not tie political obligation sufficiently tightly to the particular community to which those who have the obligation belong; (...)”. In: DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 193.

⁴¹ Ibidem, p. 235. Ou no original: “the fair play argument assumes that people can incur obligations simply by receiving what they do not seek and would reject if they had the chance”. In: DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 194.

⁴² GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Elsevier, 2010, p. 86. Ou no original: “The underlying difficulty in both these theories of political obligations for Dworkin, I think, is that they are too dependent on the idea of a citizen’s incurring obligations by choice”. In: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1997, p. 69.

condições. A primeira é que as obrigações do grupo devem ser consideradas como especiais, dotadas de uma natureza específica para as pessoas pertencentes do grupo e não como deveres gerais a serem exigidos por qualquer pessoa no mundo.

A segunda condição é que tais responsabilidades surgem diretamente de um indivíduo da comunidade para outro, sem considerar obrigações para a comunidade como um todo. A terceira condição é que os membros devem considerar suas responsabilidades como fruto de um interesse que cada um possui pelo bem-estar dos outros membros do grupo.

A quarta condição é que os membros devem ver suas obrigações e responsabilidades não apenas como fruto de um interesse, mas como um “*igual* interesse por todos os membros. Nesse sentido, as associações fraternais são conceitualmente igualitárias”⁴³. Agora, é necessário problematizar e testar as suas consequências.

O principal desafio para a possibilidade do surgimento de obrigações em associações políticas que respeitam as quatro condições citadas é o que questiona a respeito de possíveis objetivos injustos dentro de uma comunidade. Esse questionamento envolve a possibilidade de obrigar ou não os cidadãos em caso de injustiças no âmbito de importantes ações públicas.

No âmbito da integridade, é possível perceber que uma prática estabelecida e inquestionável seja extremamente injusta. Nesse sentido, surgem duas possibilidades⁴⁴. A primeira é considerar a prática como um erro através de uma atitude interpretativa e deixa-la isolada. Isso é possível a partir da consideração de que tal prática não se configura como a melhor interpretação possível da tradição segundo princípios morais comuns.

A outra possibilidade é a que demonstra que nenhuma interpretação possível da prática a partir de princípios de coerência pode mostrá-la como completa e permanentemente livre de injustiças. Nesse caso, tal conclusão cética só pode justificar o abandono dessa prática. Tal como dito anteriormente por Waldron, ninguém é obrigado a manter-se na comunidade pela integridade. Assim, é necessário considerar a possibilidade em que “a injustiça não será assim tão grave; em tais circunstâncias, surgirão dilemas, pois as obrigações injustas criadas pela

⁴³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 243. Ou no original: “members must suppose that the group’s practices show not only concern but an *equal* concern for all members. Fraternal associations are in that sense conceptually egalitarian”. In: DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 200.

⁴⁴ Dentro do contexto das duas possibilidades comentadas, é necessário uma estrutura que vá além da tradição histórica que instrumentalize uma postura crítica sobre ela. Habermas, ao tratar sobre o tema, explica que esse seria o papel da psicanálise, no âmbito pessoal, e da crítica das ideologias, no âmbito social. Nas palavras do autor: “Le droit de la reflexion réclame l’autolimitation de l’approche herméneutique. Il demande un système de référence que dépasse le contexte de tradition em tant que tel; c’est alors seulement qu’il est possible de critiquer la transmission”. In: HABERMAS, Jürgen. La prétention a l’universalité de l’herméneutique. In: **Logique des sciences sociales et autres essais**. Traduction avec um avant-propos par rainer rochlitz. Paris: Presses Universitaires de France, 1987, p. 215.

prática não serão totalmente extintas”⁴⁵.

Portanto, a grande questão a ser tratada aqui é saber se é possível manter uma obrigação legítima mesmo quando expectativas são derrotadas⁴⁶. A resposta de Dworkin é afirmativa, todavia a condição é que tal desobediência à tradição da comunidade deve ser justificada através da melhor interpretação da prática, e as práticas da pureza racial e da discriminação são citadas como exemplos de tal possibilidade de erros superáveis.

2.1.2.2 Tipo de comunidade adequada

O último ponto a ser observado a respeito do surgimento de obrigações em associações políticas é o modelo de comunidade legítimo a ser entendido como adequado para tal fenômeno. As características das obrigações associativas já foram caracterizadas. A questão agora é saber de que maneira uma comunidade fraterna deve ser entendida.

Para tanto Dworkin propõe analisar três modelos: a comunidade de fato, a comunidade de regras e a comunidade de princípio. A comunidade de fato pode surgir como um simples acordo de indivíduos utilizado como instrumento para que seus fins egoístas sejam alcançados. Esse modelo também pode ser constituído por pessoas que procuram espalhar a justiça por todo o mundo e não por uma comunidade específica. Tal modelo não consegue preencher nem mesmo a primeira condição para o surgimento de uma obrigação associativa, já que tal condição destaca que é necessário que as obrigações são especiais apenas para um grupo específico.

Por outro lado, a comunidade de regras surge com um compromisso geral de obediência e respeito às regras estabelecidas de uma determinada maneira específica. Isso acontece porque pensam que essas regras representam um acordo de interesses e pontos de vistas antagônicos.

Tal modelo de comunidade respeita tanto a primeira condição, obrigações especiais,

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 247. Ou no original: “But sometimes the injustice will not be that great; dilemmas are then posed because the unjust obligations the practice creates are not entirely erased”. In: DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 204.

⁴⁶ Dworkin explica o ponto da seguinte maneira: “But the pertinent question is different: whether the practice generates a more diffuse responsibility of concern for defeated expectations. I said that it might do that in the right kind of community in which disobedience, while justified, nevertheless brings embarrassment and perhaps shame to others whose beliefs and attitudes are honorable.” DWORKIN, Ronald. Replies to Critics. In: Ronald Dworkin & Justine Burley (eds.) **Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin**. Oxford: Blackwell Pub, 2004, p. 378.

assim como a segunda, de que essas obrigações vão reciprocamente a cada cidadão de maneira direta e não através de uma imagem geral da comunidade. Todavia a terceira condição, de que deve haver uma preocupação com o bem-estar do próximo, não é alcançada, já que a forma procedimental pela qual as decisões foram tomadas demonstram que não há uma preocupação verdadeira com o próximo.

Diferentemente, a comunidade de princípio não considera a política como a busca do mais vasto território de poder. Ela a vê como uma arena de debates sobre quais princípios devem ser adotados como sistema, assim como quais concepções de justiça, de equidade e de devido processo legal são mais atraentes.

Essa comunidade consegue preencher todas as condições, inclusive a quarta, já que pressupõe, junto com a integridade, que “cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa”⁴⁷. Dessa maneira, uma comunidade de princípio pode reivindicar a autoridade moral – suas decisões coletivas são questões de obrigação e não apenas de poder – em nome da fraternidade.

Dentro dessa argumentação, Stephen Perry destaca que uma comunidade de princípio, moralmente personificada, possui a característica de ter valor intrínseco. Isso significa dizer que independente das consequências, ela merece ser mantida. A única forma, Perry continua, de uma comunidade ter valor intrínseco para seus cidadãos “é quando ela pode ser entendida como tratando cada cidadão, considerado individualmente, com igual dignidade, consideração e respeito. Ela apenas pode ter valor intrínseco, em outras palavras, quando encontra as demandas da integridade”⁴⁸.

2.2 Críticas à integridade política

No tópico 2.1, foi descrito o argumento político voltado à exposição da integridade

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 257. Ou no original: “its command of integrity assumes that each person is as worthy as any other, that each must be treated with equal concern according to some coherent conception of what that means”. In: DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 213.

⁴⁸ No original: “A political community, morally personified through the state, only has intrinsic value for its citizens when it can be understood as treating each citizen, considered individually, with equal dignity, concern, and respect. It can only have intrinsic value, in other words, when it meets the demands of integrity”. In: PERRY, Stephen. *Associative Obligations and the Obligation to Obey the Law*. In: HERSHOVITZ, Scott. (Ogs.) **Exploring Law’s Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 201.

política em sua melhor e mais simples forma. Neste tópico 2.2, almeja-se, como todo conhecimento que deseja ser válido, tratar de respostas ou correções sobre as críticas mais convincentes em relação aos defeitos e limitações da integridade.

Não será realizada, diga-se logo, uma defesa “desesperada” da integridade. Muito pelo contrário, os argumentos serão analisados na sua melhor forma para corrigir e aperfeiçoar a proposta aqui debatida.

2.2.1 Argumento da “interpretação protestante”

Gerald Postema constrói uma crítica aos pressupostos metodológicos analisados aqui através do que foi chamado de “interpretação protestante”, que possui a sua forma fraca e a sua forma forte. O protestantismo “fraco” seria a liberdade de que um cidadão poderia realizar a sua própria interpretação da prática histórica da comunidade a qual pertence.

Por outro lado, o protestantismo “forte” seria aquela atitude pela qual cada participante individual da prática teria acesso, através de uma interpretação privada, à verdade sobre o que a prática é e o que ela requer. Dessa forma, Dworkin afirmaria que a prática é comunitária, simultaneamente que estimularia que cada pessoa realizasse a sua própria interpretação privada da prática⁴⁹, o que seria uma contradição.

Além disso, Postema afirma que a atitude interpretativa que Dworkin descreve assume que o propósito ou valor de uma prática pode ser realizado independentemente das regras e atividades que propriamente a constroem. Essa possibilidade só seria possível em algumas comunidades genuínas e construídas auto-conscientemente⁵⁰.

Sobre a contradição, Dworkin explica que o seu objetivo com essas descrições é defender que os cidadãos de uma comunidade não precisam considerar as convicções de um grupo como imanentemente correta, assim como não precisam ter as mesmas ideias para dizer

⁴⁹ No original: “Herein lies the strong “protestantism” of Dworkin theory. Not only is each participant encourage to take up the interpretive enterprise (this is the “weak protestantism” we noted at the beginning of this essay), but each individual participant also has access to the truth, as it were, about what the practice is and requires, through private interpretation of the practice-text. While Dworkin seems to recognize that the practice is common, he counsels participants to live as if each had a private understanding of his own. This “protestantism” is not restricted to his theory of law”. POSTEMA, Gerald J.. “Protestant” Interpretation and Social Practice. **Law and Philosophy**. v. 6. n. 3, 1987, p. 297.

⁵⁰ Nas palavras de Postema: “The interpretive attitude as Dworkin describes it assumes that the point or purpose of a practice can be started independently of the rules and activities that make up the practice. The rationale for this seems to be that if the abstract purpose of the practice can command allegiance independently of the particulars of the practice, then it can provide a basis for the normative demands of the practice and for its systematic and critical re-ordering. But this assumption of logical independence is true of few (if any) genuine social practice. (...) It is plausible only in the case of practices which are self-consciously fabricated and largely instrumental or utilitarian in character”. In: POSTEMA, Gerald J.. “Protestant” Interpretation and Social Practice. **Law and Philosophy**. v. 6. n. 3, 1987, p. 305.

que compartilham da mesma história comunitária. A integridade, ele afirma, “requere que pessoas argumentem juntas, e também que cada reivindicação sobre princípios estabelecidos nas quais elas acreditam todas fazem parte da mesma história compartilhada. Mas isso não requere consenso (...)”⁵¹.

2.2.2 Argumento da coerência

O argumento da coerência é muito utilizado para criticar a integridade como um valor político impossível de ser admitido nas comunidades políticas contemporâneas. Basicamente, ele propõe uma interpretação da integridade que a aproxima de comunidades primitivas medievais, período em que o cristianismo unia de maneira muito consistente os valores éticos e políticos de seus integrantes. Assim, ela é rotulada de propor uma coerência exagerada dentro de uma comunidade contemporânea, sendo tanto inadequada, como provocando injustiça problemática.

Chamando a moralidade em Dworkin de idealista, já que compatível apenas com sociedades pré-modernas, Marcelo Neves afirma que tal proposta de moralidade é “incompatível com a forma de reprodução de uma sociedade supercomplexa e uma esfera pública pluralista marcada pelo dissenso. A própria noção de comunidade ou moralidade comunitária é problemática(...)”⁵².

Criticando a integridade por, segundo o seu entendimento, ela apenas integrar uma decisão concreta em um todo mais amplo de ordem e de prática jurídicas, Castanheira Neves defende que a grande questão é “dar [uma] solução normativo-juridicamente <justa> (com justeza prático-normativa) ao caso concreto mediante um juízo que mobilize adequadamente, ou segundo as exigências daquela justeza, a normatividade jurídica como seu critério específico”⁵³. E é por isso que ele considera que Dworkin falha na sua consideração da problemática jurídica.

A resposta a esse importante argumento a ser rebatido vem de um estudo de Joseph

⁵¹ No original: “Integrity requires that people reason about law together, and also that each aim at an understanding that states principles to which he believes all are committed through a shared history. But it does not require consensus or cognitive as distinct from political deference to the conclusions of any group or institution”. In: DWORKIN, Ronald. Replies to Critics. In: Ronald Dworkin & Justine Burley (eds.) **Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin**. Oxford: Blackwell Pub, 2004, p. 386.

⁵² NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal no sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. p 60.

⁵³ NEVES, CASTANHEIRA. Excurso – Dworkin e a interpretação jurídica – ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade. In: NEVES, Castanheira. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 443.

Raz a respeito da coerência no âmbito da epistemologia. Esse estudo chamado *The Relevance of Coherence*, em tradução livre “A Relevância da Coerência”, que foi publicado na obra *Ethics in the Public Domain*, em tradução “Ética no Domínio Público”, considera que as teorias da coerência no direito e na decisão almejam que a “coerência torne proposições jurídicas ou decisões judiciais corretas”⁵⁴.

Nesse trabalho, ele se coloca contra essas teorias da coerência, porque considera que é possível encontrar defeitos nas formas pelas quais tais convicções coerentes foram formadas. Por exemplo, “elas podem ter sido formadas através de preconceitos ou superstições, ou por pessoas que não são competentes para decidir”⁵⁵.

Além dessa visão crítica a respeito dos pressupostos da coerência, Raz também nega que seja possível desenvolver um nível de coerência forte ou profundo em uma comunidade, chamando essa visão de monismo. Essa posição se justifica pela grande quantidade de visões e valores diferentes nas sociedades contemporâneas. Um monismo poderia ser interpretado até mesmo como uma forma de ditadura ou opressão.

Após o fim deste trabalho é publicado um breve apêndice que se chama *Speaking with One Voice: On Dworkinian Integrity and Coherence*, em tradução livre “Falando com uma só voz: Sobre a Integridade Dworkiniana e a Coerência”, em que a proposta da integridade é analisada. A questão é simples: A integridade é uma teoria coerentista ou monista?

Mesmo considerando o texto de Dworkin ambíguo sobre a questão – o que justificaria as críticas anteriores -, Raz propõe que a integridade não é uma teoria coerentista. Segundo Raz, a correta descrição dessa proposta defende que o direito consiste naqueles princípios de justiça, equidade e devido processo legal que provém a melhor (i. e. moralmente melhor) sistema de tais princípios capazes de explicar as decisões jurídicas da história política em questão. Assim, “enquanto a coerência pode ser produto da melhor teoria do direito, a preferência pela coerência não faz parte do projeto pela qual a melhor teoria é determinada”⁵⁶.

No comentário a este trabalho, Dworkin discorda que seus escritos resultem em

⁵⁴ No original: “For most of this essay I will be concerned with constitutive coherence theories of law and adjudication, which claim that coherence makes legal proposition or judicial decisions right”. RAZ, Joseph. *The Relevance of Coherence*. In: RAZ, Joseph. **Ethics in the Public Domain**. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 279.

⁵⁵ “(...)for example, that they were formed through prejudice or superstition, or by people who are not competent to judge the matters concerned, which render beliefs affected by them unjustified, even when the person whose beliefs they are has no inkling that his beliefs are so affected”. In: RAZ, Joseph. *The Relevance of Coherence*. In: RAZ, Joseph. **Ethics in the Public Domain**. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 281.

⁵⁶ No original: “(...)Whether or not such principles display any degree of coherence, in the sense of interdependence, is an open question. Thus while coherence may be by product of the best theory of law, a preference for coherence is not part of the desiderata by which the best theory is determined.”. In: RAZ, Joseph. *Speaking with One Voice: On Dworkinian Integrity and Coherence*. In: RAZ, Joseph. **Ethics in the Public Domain**. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 321 e 322.

ambiguidades, da mesma forma que nega ser um monista. Assim, ele concorda com a conclusão de Raz, afirmando que “o projeto da interpretação deixa aberto (...) quanto de coerência (em diferentes sentidos desse ideal complexo) uma interpretação bem sucedida de qualquer parte do sistema jurídico pode ter”⁵⁷.

Assim, pode-se dizer que, com a leitura complementar do tópico 2.2.1.1, a crítica de Marcelo Neves não considera as circunstâncias da integridade, da mesma forma que interpreta a integridade como uma teoria monista, o que foi negado por Raz. Castanheira Neves também entende a integridade como coerentista, todavia a possibilidade de superação de práticas como erros, exposta no tópico 2.1.2.1, demonstra que a consistência de princípio exige mais que isso⁵⁸.

2.2.3 Argumento da obrigação política

Leslie Green, em artigo intitulado *Associative Obligation and the State*, ao comentar a teoria da obrigação pressuposta pela integridade, afirma que pessoas íntegras são merecedoras de admiração e respeito, todavia “elas não são, apenas por causa disso, merecedoras de nossa obediência. O mero fato de alguém estar tentando, em boa-fé, propor regras a você não é um motivo para obedecer”⁵⁹.

Esse argumento da individualidade, segundo Green, é igualmente oponível à integridade no âmbito comunitário. Reformulado, ele diria que abertura, eficiência e autonomia moral não resultam na obrigatoriedade dos cidadãos de obedecer ao Direito. Certamente, essas características são necessárias para um governo trabalhar adequadamente, mas isso não resulta em uma obrigação universal de obedecê-lo. “Essas virtudes”, ele afirma, “talvez contribuam para nosso senso de que nossa comunidade é atrativa, mas não para a

⁵⁷ No original: “(...) that account of interpretation leaves open, in the way the passages I just quoted say, how much coherence (in different senses of that complex ideal) a successful interpretation of any part of any part legal system can achieve”. In DWORKIN, Ronald. *Replies to Critics*. In: Ronald Dworkin & Justine Burley (eds.) **Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin**. Oxford: Blackwell Pub, 2004, p. 381.

⁵⁸ Mais detalhes a respeito da relação entre o jurisprudencialismo de Castanheira Neves e a integridade de Ronald Dworkin podem ser encontradas em: GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. **A crítica jurisprudencialista de Castanheira Neves à tese dos direitos de Ronald Dworkin**: um debate sobre o conceito de direito como integridade. 2013. 80 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.

⁵⁹ No original: “People of integrity may be entitled to admiration or respect (though it even sounds a bit forced to say that we have a duty to admire them); but they are not, just on that account, entitled to our obedience. The mere fact that someone is trying in good faith to rule you is no reason whatever to obey”. In: GREEN, Leslie. *Associative Obligation and the State*. In: Ronald Dworkin & Justine Burley (eds.) **Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin**. Oxford: Blackwell Pub, 2004, p. 275.

diferente e mais ambiciosa tese de que ela tem legítima autoridade sobre nós”⁶⁰. Essa crítica pressupõe que a única forma legítima de impor uma obrigação é ela ser conscientemente assumida.

Compartilhando da crítica, Denise Reaumè afirma que a “integridade é um bom atributo para se ter, mas ela não garante uma autoridade especial para dizer aos outros como agir. Ela é como honestidade, ou sobriedade, ou boas intenções; gostamos desses atributos em pessoas, mas eles não as fazem merecedoras de obediência”⁶¹.

Ao responder essas convincentes e fundamentadas críticas, Dworkin diminui a força da integridade como um valor independente na legitimação de obrigações associativas. Isso porque ele afirma que a integridade não é o centro do argumento sobre obrigações políticas, mas parte de uma proposta interpretativa que envolve outras virtudes. Ele afirma que a “integridade, em algum nível, é uma condição necessária de uma comunidade verdadeira, e, dessa forma, contribui para a legitimidade e obrigação. Mas apenas como uma necessária, e certamente não suficiente, condição”⁶².

2.2.4 Argumento contra os princípios

Larry Alexander e Kenneth Kress escreveram um artigo chamado *Contra os princípios jurídicos*. Considerando a proposta de Dworkin como a mais influente em defesa dos princípios jurídicos, eles almejam mostrar, no artigo, “que é falho o argumento de Dworkin a favor da aplicação de princípios jurídicos moralmente incorretos que manifestam integridade”⁶³. Dessa forma, eles pretendem argumentar, através da questão do respeito ao passado, como os princípios devem ser superados nas questões jurídicas.

⁶⁰ No original: “These virtues may contribute to our sense that our community is an attractive one, but not to the different and more ambitious thesis that it has legitimate authority over us”. In: GREEN, Leslie. *Associative Obligation and the State*. In: Ronald Dworkin & Justine Burley (eds.) **Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin**. Oxford: Blackwell Pub, 2004, p. 275 e 276.

⁶¹ O argumento completo: “The person of integrity deserves respect, but not necessarily obedience. The community of integrity can be in no better position. Integrity is a good attribute to have, but it grants no special authority to tell others how to act. It is like honesty or sobriety or being well-intentioned; we praise these attribute in people, but they do not make their holders’ judgments necessarily worthy of obedience”. In: RÉAUME, Denise. *Is integrity a virtue? Dworkin’s theory of legal obligation*. **The University of Toronto Law Journal**. Toronto. v. 39, n. 4, 1989, p. 408.

⁶² No original: “Integrity, at some level, is a necessary condition of true community, and in that way contributes to legitimacy and obligation. But it does so only as a necessary, and certainly not sufficient, condition”. In: DWORKIN, Ronald. *Replies to Critics*. In: Ronald Dworkin & Justine Burley (eds.) **Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin**. Oxford: Blackwell Pub, 2004, p. 378.

⁶³ ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. *Contra os princípios jurídicos*. In: MARMOR, Andrei. (Org) *Tradução Luís Carlos Borges. Direito e interpretação: ensaios em filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 420.

Nesse sentido, após uma explanação detalhada de diferentes posições a respeito da temática proposta, Larry Alexander e Kenneth Kress tentam responder ao que consideram o argumento mais forte em defesa dos princípios jurídicos que é “a afirmação de Dworkin, em *O império do Direito*, de que devemos seguir o passado, no sentido de que nossos atos de governo correntes devem manifestar integridade”⁶⁴.

Entre os argumentos utilizados está o de que as comunidades normalmente produzem atitudes voltadas a criar novas expectativas e novas possibilidades em relação ao seu passado. Assim, a integridade seria inteiramente sem interesse se operasse de maneira a excluir novas iniciativas políticas ou se exigisse contorcionismos intelectuais necessários para estabelecer alguma linha entre justificativas antigas e atuais.

Utilizando um exemplo pelo qual as pessoas continuam a debater suas responsabilidades e obrigações mesmo com legislações incoerentes no sistema, também é argumentado que a terceira condição, interesse pelo bem-estar dos outros membros da comunidade, é mantida, porém sem a integridade do sistema jurídico. Dessa forma, eles visam demonstrar que a coerência exigida pela integridade é dispensável na prática.

Além disso, também é levantada a questão da obrigatoriedade de considerar decisões passadas da comunidade política mesmo que erradas. É argumentado que “Dworkin não oferece nenhum argumento sólido para que se abandonem as visões morais corretas meramente porque essas visões não foram seguidas no passado”⁶⁵. Assim, é dito que pouca deve ser a influência do passado nas decisões do presente, já que, segundo defendem, não há motivo, nem mesmo a integridade, que vincule os passado considerado equivocado com o presente.

Por fim, o último argumento utilizado para criticar a integridade e a sua coerência de princípios é que ela, em suas últimas consequências, não produz um sistema integrado de decisões coerentes para seus membros. Na realidade, afirmam Larry Alexander e Kenneth Kress, ela resultará “na produção de decisões que são, ao mesmo tempo, incoerentes como conjunto e, do ponto de vista individual, moralmente repugnantes para cada funcionário (já que não representam os princípios morais de nenhum)”⁶⁶. Eles querem dizer que a integridade nem produz uma coerência geral de toda a comunidade, já que cada autoridade interpretara a história de uma forma, nem individualmente, já que ela influenciará as autoridades a decidirem de forma diferente da que consideram correta.

⁶⁴ Ibidem, p. 467.

⁶⁵ Ibidem, p. 489.

⁶⁶ Ibidem, p. 490 e 491.

Gerald Postema dedicou parte de seu artigo *Integrity: Justice in workclothes* para responder os principais argumentos de Alexander e Kress. Da maneira a qual foi exposto, o primeiro, o segundo e o quarto argumentos utilizados para criticar a integridade voltam-se para interpretações da coerência de princípios exigida pela integridade.

Postema explica que essa interpretação pressupõe uma visão equivocada do modelo de deliberação utilizado pela integridade política. O objetivo dela não é produzir uma perspectiva neutra e narrativa da história da comunidade através da organização coerente por princípios de suas justificativas passadas e presentes. De fato, o objetivo é “descobrir, naquelas decisões passadas, os princípios que governam as ações do presente. Na visão destas diferentes reivindicações, não seria surpresa se os resultados fossem diferentes”⁶⁷.

O terceiro argumento questiona a vinculação de uma comunidade a suas decisões passadas mesmo que consideradas equivocadas. A resposta de Postema faz referência às circunstâncias da integridade comentadas no tópico 2.1.1.1. Ele afirma que, para a integridade ter uma função importante, é necessário que a comunidade se considere unida por práticas do passado. E que os erros cometidos nessas práticas não sejam considerados tão profundos que justifiquem uma interpretação cética e o abandono dessa tradição. Por isso, “se essas circunstâncias não forem obtidas, então, da mesma forma que um termostato na temperatura além de sua faixa de operação, a integridade não possui mais função; ela não realiza mais nenhuma reivindicação moral”⁶⁸.

No que se refere às grandes divergências dentro de uma comunidade, Postema destaca que isso não é um problema, mas o ambiente natural da integridade. Apenas com ela é possível buscar legitimidade em uma comunidade que possui divergências fundamentais sobre justiça. Isso porque, disciplinada pela integridade, “a razão pública que pretende alcançar (e afetar) todos os membros da sociedade pode ser vista como a serviço da ideia regulativa de direito, mesmo quando as demandas dessa ideia regulativa estão em disputa”⁶⁹.

⁶⁷ No original: “The aim is not to chronicle a community’s past from some neutral observer’s point of view, but rather to uncover in that past principles governing its actions in the present. In view of these quite different aims, it should not be surprising if the results are different”. In: POSTEMA, Gerald J. *Integrity: Justice in workclothes*. In: Ronald Dworkin & Justine Burley (eds.) **Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin**. Oxford: Blackwell Pub, 2004, p. 313.

⁶⁸ No original: “If these circumstances do not obtain, then, like a thermostat in temperature beyond its operative range, integrity no longer functions; it no longer makes any moral claim”. In: POSTEMA, Gerald J. *Integrity: Justice in workclothes*. In: Ronald Dworkin & Justine Burley (eds.) **Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin**. Oxford: Blackwell Pub, 2004, p. 313.

⁶⁹ No original: “If it is disciplined by integrity, public reasoning that purports to bind (and is likely to affect) all members of the society can be seen to be in the service of law’s regulative idea, even when the demands of that regulative idea are in dispute”. In: POSTEMA, Gerald J. *Integrity: Justice in workclothes*. In: Ronald Dworkin & Justine Burley (eds.) **Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin**. Oxford: Blackwell Pub, 2004, p. 295.

2.3 A ‘igual consideração e respeito’ na integridade através da interpretação igualitária

No final do capítulo 6 de *O império do direito*, em que se trata sobre o conceito de integridade política, Dworkin afirma que um governo que aceite o princípio igualitário abstrato, “segundo o qual é preciso tratar igualmente todos os cidadãos, necessita de uma concepção de interesse equitativo e a integridade exige que o governo se decida por uma única concepção que não venha a rejeitar em nenhuma decisão (...)”⁷⁰.

Com essas palavras é explicado que a integridade em si exige que a comunidade política trate todos os seus cidadãos igualmente, através do princípio igualitário abstrato, ou seja, respeitando apenas uma concepção de igualdade. Stephen Guest explica que “o que faz a integridade é o seu compromisso de tratar as pessoas como iguais”⁷¹, todavia há várias concepções de igualdade possíveis e é necessário tomar uma decisão a respeito de uma por respeito à integridade política.

No capítulo 8 do mesmo livro, as diferentes concepções de igualdade são enfrentadas⁷². São enumeradas quatro concepções diferentes de compreender a igualdade, as concepções libertárias, as concepções que tem por base o bem-estar, como o utilitarismo, as concepções que tem por base a igualdade material e a igualdade de recursos.

Utilizando como exemplo a análise do direito à propriedade, é explicado que as concepções libertárias da igualdade pressupõem que as pessoas tem direitos “naturais” à propriedade e que o Estado está tratando todas as pessoas como iguais quando protege a sua posse e sua fruição de maneira quase absoluta. As concepções que tem por base o bem-estar discordam sobre a existência de um direito natural à propriedade e defendem que o governo deve gerir, distribuir e regular a propriedade de tal forma a produzir o máximo possível de bem-estar dentro da comunidade.

A concepção da igualdade material compreende que o governo deve interferir na propriedade de seus cidadãos ao ponto de tornar a riqueza material deles a mais igual entre eles. Por fim, a concepção da igualdade de recursos exige que o governo interfira na

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 267. Ou no original: “A government that accepts what I shall there call the abstract egalitarian principle, that it must treat its citizens as equals, needs a conception of equal concern, and integrity demands that the government settle on a single conception that it will not disavow in any decision.”. In: DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 222.

⁷¹ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Elsevier, 2010, p. 214. “(...) what makes integrity is its ability to achieve coherency in principle by keeping its commitment to treating people as equals”. In: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1997, p. 179.

⁷² Não é objeto deste tópico aprofundar ou testar os argumentos utilizados aqui em relação às diferentes doutrinas referenciadas.

propriedade para conseguir fundos e atribua aos cidadãos os mesmos recursos para que consumam ou invistam da maneira que acharem melhor.

A concepção da igualdade de recursos, diferentemente da igualdade material, admite que a riqueza das pessoas deve diferir, uma vez que elas fazem opções diferentes em questões de investimento e consumo. Isso acontece porque é pressuposto que a igualdade será preservada através das transações de mercado, mesmo que isso cause uma diferença de riquezas. “A igualdade de recursos reconhece, porém, que as diferenças de talento são diferenças de recursos, e por essa razão procura algum modo de atribuir aos menos dotados compensações que vão além daquilo que o mercado oferece”⁷³, Dworkin explica.

Para avaliar essas concepções, são utilizados os conceitos de responsabilidade privada e pública. A primeira é aquela em que um cidadão está habilitado a agir por si mesmo, ou por outras pessoas, tal como sua vontade decidir. A segunda é aquela em que essa liberdade não é permitida e é necessário saber o que a concepção de igualdade permite realizar com, por exemplo, a sua propriedade. Assim, é pressuposto que uma boa concepção é aquela que organiza de maneira harmônica esses dois âmbitos da responsabilidade, já que entende-se que a individualidade manifesta-se em no público e ambas as vertentes devem ser respeitadas.

Dentro desses parâmetros, avaliando as concepções de igualdade em situações ideais, é possível dizer que algumas delas seriam destruídas caso a fosse reconhecidas a liberdade dos cidadãos de usar e trocar os bens que lhes foram atribuídos dentro de tal sistema, sem demonstrar qualquer preocupação com os interesses da comunidade. Nessa situação hipotética, alguns cidadãos conquistarão, através de suas decisões e negócios, mais riquezas que outros e a igualdade de riqueza ou bem-estar seria destruída.

Duas concepções claramente fazem a responsabilidade privada, descrita no parágrafo anterior, conflitar com a responsabilidade pública, as concepções de igualdade de bem-estar e de igualdade material. Isso acontece porque elas não conseguem responder a este desafio que as provoca: por que o “governo não deveria aplicar um princípio jurídico geral exigindo que as pessoas evitem as decisões privadas que possam perturbar a distribuição vigente de bem-estar ou de riqueza”⁷⁴.

A igualdade de bem-estar não possuiria uma resposta adequada porque seu maior

⁷³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. p. 358. Ou no original: “Equality of resources recognizes, however, that differences in talent are differences in resources, and for that reason it seeks in some way to compensate the less talented beyond what the market awards them” In: DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 298.

⁷⁴ Ibidem, p. 359. Ou no original: “I posed, why government should not enforce some general legal principle requiring people to avoid private decisions that will disturb the existing distribution of welfare or wealth”. In: DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 298.

objetivo é a manutenção da igualdade de bem-estar em todos os seus membros e qualquer liberdade privada que confrontasse esse objetivo perderia a sua justificativa de existir. Aqui, é possível afirmar que, por exemplo, o utilitarismo segue como um bom exemplo para a exclusão da diferenciação entre público e privado como será desenvolvido no próximo capítulo. Da mesma forma, acontece com a igualdade material.

Pode-se dizer que a única forma de responder esse desafio sem cair em contradição ou enfraquecer a concepção ao ponto de torna-la dispensável é demonstrar, o que seria implausível, que a forma de igualdade de defendem pode ser alcançada de maneira mais satisfatória sem tal princípio do que com ele, o que seria implausível.

Por outro lado, as outras duas concepções de igualdade não se opõem à ambição privada. Na realidade, elas se adequam perfeitamente a ela. Na concepção libertarianista de igualdade, considerando que o governo identifica e respeita o direito de propriedade, a escolha sobre o uso da propriedade vai fortalecer ao invés de prejudicar o que já está sendo feito pelo governo.

Na concepção da igualdade de recursos⁷⁵, considerando que o governo realmente consegue assegurar uma parcela igual de recursos aos cidadãos que serão usados da forma que desejarem para tornar suas vidas melhores, as opções realizadas vão mais reforçar do que destruir o que já está sendo realizado pelo governo. Por mais que sejam diferentes entre si, ambas as concepções consideram que a igualdade consiste no estabelecimento de condições a essa atitude, que não podem ser ameaçadas ou destruídas.

Dentre as duas concepções mais fortes, é possível afirmar que a escolha de Dworkin pela concepção da igualdade de recursos se justifica por esta se adequar melhor à responsabilidade pública. Isso porque, se um governo atuar apenas para proteger a propriedade de seus cidadãos, em caso de transações injustas, a concepção libertária não possuiria muitos recursos para uma atuação mais interventiva.

Dessa forma, pode-se afirmar que a integridade política, dentro de suas circunstâncias e das condições de uma comunidade de princípios, defende que o poder público trate todos os integrantes de uma comunidade política dentro de um mesmo conceito de igualdade, com uma só voz. Além disso, também é necessário destacar que, para Dworkin⁷⁶:

⁷⁵ Não é objetivo deste trabalho desenvolver a concepção da igualdade de recursos, ou a sua relação com a liberdade de expressão. Para maior aprofundamento deste tema Cf. GOMES, Leonardo Rosa Penteador. **O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin:: o caso da liberdade de expressão**. 2014. 1 v. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/versao_simplificada_leonardogomespenteadorosa (2).pdf>. Acesso em: 13 fev. 2016.

⁷⁶ Idem. A justiça e os direitos. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson

(...), o direito à igual consideração e ao igual respeito é mais abstrato que as concepções-padrão de igualdade que distinguem as diferentes teorias políticas. Permite argumentar que esse direito mais básico exige uma ou outra dessas concepções como um direito ou meta derivados.

Dentre as diferentes concepções de igualdade, a que mais respeita a igual consideração e respeito dos cidadãos é a igualdade de recursos⁷⁷. Assim, é possível perceber que o conceito de igual consideração e respeito na integridade é importante porque demonstra que, na obra de Dworkin, além da fundamentação da necessidade de igual tratamento também é realizada uma escolha por uma concepção de igualdade específica.

Esses dois conceitos se complementam, haja vista que, por um lado, a integridade fundamenta o igual tratamento entre os cidadãos pelo poder público, a igual consideração e respeito serve de critério para a escolha da melhor concepção possível do que seja esse igual tratamento.

2.4 Breve conclusão e provocações para o próximo capítulo

Como conclusão prévia desta argumentação pode-se dizer que a integridade é um valor político importante a ser considerado no âmbito das complexas sociedades contemporâneas. Mesmo que o termo “integridade” não tenha a popularidade que merece, é razoável destacar a necessidade de um valor que simbolize a igualdade de todos os membros de uma comunidade em momentos de divergências profundas, que alcançam até mesmo o que significa tratar o próximo com igualdade.

Uma comunidade política constitucional, que se considere genuinamente dessa forma de acordo com as circunstâncias da integridade, deve reconhecer que é necessário utilizar um discurso coerente com seus cidadãos, se almeja a legitimidade necessária para obrigar todos. Até mesmo aqueles que consideram que as atitudes da comunidade se baseiam em graves erros.

Assim, o conceito de integridade suporta e fortalece a igual consideração e respeito dos cidadãos da comunidade, haja vista que ambos devem ser visto conjuntamente para melhor esclarecimento dos argumentos futuros deste trabalho. As palavras de Hart na epígrafe

Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 279. Ou no original: “The right to equal concern and respect, then, is more abstract than the standard conceptions of equality that distinguish different political theories. It permits arguments that this more basic right requires one or another of these conceptions as a derivative right or goal”. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Massachusetts: Harvard University Press, 1978, p. 180.

⁷⁷ A relação entre a igual consideração e respeito e a liberdade de expressão, seu conceito antiutilitarista de direito e suas justificativas, será desenvolvida no próximo capítulo.

deste capítulo são esclarecedoras nesse sentido, porque ele relaciona a integridade como valor de unificação do poder público de uma comunidade e o conceito de igual consideração e respeito.

Nesse âmbito, os direitos individuais ganham destaque com uma função contramajoritária e antiutilitarista. Eles são entendidos como trunfos que servem de proteção das minorias contra abusos da maioria dos cidadãos de uma sociedade. E a liberdade de expressão insere-se nesse contexto.

Mas como entender um direito individual como a liberdade de expressão, reconhecendo a relação intrínseca entre Direito e filosofia política, se o próprio conceito de direito individual está no âmbito de uma grande divergência teórica? Qual a melhor interpretação da liberdade de expressão, considerando que a igual consideração e respeito na integridade é um valor político importante em uma comunidade constitucional?

Para tanto, será necessário conhecer como a liberdade de expressão é reconhecida como um direito individual no debate em filosofia política em torno de uma corrente importante na atualidade, o utilitarismo. Grandes foram as contribuições dessa corrente no âmbito da liberdade de expressão, mas os desafios realizados, inclusive pela igual consideração e respeito na integridade, colocam em cheque o real entendimento em torno de um direito tão importante. A partir dessa problematização será desenvolvido o próximo capítulo.

3 A NATUREZA ANTIUTILITARISTA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUAS JUSTIFICATIVAS

A proteção, portanto, contra a tirania do magistrado não é suficiente; há também necessidade de proteção contra a tirania da opinião e sentimento prevalecentes; contra a tendência da sociedade em impor, por outros meios que não as penalidades civis, suas próprias ideias e práticas como normas de conduta sobre aqueles que dela divergem, em travar o desenvolvimento, e, se possível, em evitar a formação de qualquer individualidade que não esteja em harmonia com seus métodos, e em obrigar que todos os tipos de caráter ajustem-se a seu próprio modelo⁷⁸.

Dentro de uma comunidade moral, baseada em uma grande pluralidade cultural e no dissenso, que almeja tratar os seus cidadãos com igualdade, a integridade é um valor político que deve ser respeitado em seu mais alto nível possível. Isso significa dizer que, mesmo com as profundas divergências, é necessário que ela trate todos os seus integrantes com uma concepção coerente em princípio por mais que grande parte da comunidade discorde dela.

Tal concepção deve ser complementada, através da igual consideração e respeito, pela igualdade de recursos, a concepção pela qual deve servir de parâmetro para o igual tratamento dos cidadãos dentro da comunidade. Construindo-se, assim, o conceito de igual consideração e respeito na integridade política.

Nesse contexto, a questão que envolve a liberdade de expressão surge como elemento basilar que envolve a possibilidade e a proteção da expressão de opiniões, polêmicas ou não, dentro dessa comunidade que se baseia na controvérsia. Assim, qualquer debate que considere a possibilidade de restringir, regular ou proteger tal liberdade deve considerar um conceito político bem delimitado de direito individual e as justificativas teóricas nas quais ele se fundamenta.

Como compreender a liberdade de expressão dentro de uma comunidade plural, mas que considera seus integrantes como seres responsáveis moralmente pelo seu próprio desenvolvimento moral? Qual o conceito político de direito individual mais adequado para envolver a liberdade de expressão? Qual a justificativa para tal direito?

Este capítulo descreve algumas hipóteses para a resolução dessas questões. A primeira delas é o desenvolvimento da ideia de direito antiutilitarista como conceito político de direito

⁷⁸ MILL, Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Tradução de Rita Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Editora Casa Verde, 2000, p. 21. Ou no original: “Protection, therefore, against the tyranny of the magistrate is not enough: there needs protection also against the tyranny of the prevailing opinion and feeling; against the tendency of society to impose, by other means than civil penalties, its own ideas and practices as rules of conduct on those who dissent from them; to fetter the development, and, if possible, prevent the formation, of any individuality not in harmony with its ways, and compel all characters to fashion themselves upon the model of its own”. In: MILL, Stuart. **On Liberty**. (Orgs.) Edited by Edward Alexander. Ontario: Broadview literary texts, 1999, p. 47.

individual adequado para conceituar a liberdade de expressão. A segunda é o desenvolvimento de uma justificativa em duas dimensões, uma instrumental e outra constitutiva. Ambas as hipóteses são encontradas nos trabalhos recentes de Ronald Dworkin sobre liberdade de expressão.

Para o melhor desenvolvimento dessas hipóteses, é de essencial importância discorrer a respeito da doutrina utilitarista, que será expressa seguindo o caminho traçado por Stuart Mill. Isso porque ela está diretamente relacionada com o conceito de direito *antiutilitarista*, além de ter produzido uma grande contribuição à fundamentação da liberdade de expressão através da obra *Ensaio sobre a liberdade*.

Dessa forma, o ponto de partida deste capítulo será uma explanação da ideia de utilitarismo de Mill e sua repercussão na sua doutrina de liberdade de expressão. Isso para, em seguida, avançar em uma revisão crítica dessa doutrina para a formação da ideia de direito individual e de justificativa da liberdade de expressão dentro da doutrina dworkiniana, passando também pela influente crítica de Rawls.

3.1 O utilitarismo de Stuart Mill

Stuart Mill foi herdeiro intelectual de seu pai, James Mill (1773 - 1836), que era um grande defensor do utilitarismo e amigo próximo de um de seus principais fundadores, Jeremy Bentham. Criado através de um método rígido no que se refere à forte carga de estudos, Stuart Mill criticou, quando adulto, seu pai, afirmando que sua educação transformara-o em uma verdadeira “máquina de calcular desidratado”, o que mostra a força de seu potencial crítico.

Isaiah Berlin afirma que, mesmo não tendo nenhum potencial profético, diferente de contemporâneos seus como Marx e Tocqueville, ele teve grande percepção das anomalias do presente, percebendo que, em nome da filantropia, da democracia e da igualdade, “estava sendo criada uma sociedade em que os objetivos humanos eram fabricados artificialmente (...), em que para usar suas próprias palavras, a ‘mediocridade coletiva’ estrangulava gradativamente a originalidade e os dons individuais”⁷⁹.

⁷⁹ BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília, 1981, p. 184. Ou no original: “He perceived that in the name of philanthropy, democracy and equality a society was being created in which human objectives were artificially made narrower and smaller and the majority of men were being converted, to use his admired friend Tocqueville's image, into mere industrious sheep, in which, in his own words, 'collective mediocrity' was gradually strangling originality and individual gifts.”. In: BERLIN, Isaiah. **Liberty**. Incorporating *Four Essays on Liberty*. Edited by Henry Hardy. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 229.

3.1.1 Parâmetros para interpretação

Antes de tratar da obra *Ensaio sobre a liberdade*, em que Mill disserta diretamente sobre as questões que envolvem a liberdade de expressão e os riscos de uma sociedade dogmatizada e medíocre, é necessário compreender qual a sua posição em relação à doutrina utilitarista em geral. Isso se justifica pelo fato de que, em nenhum momento, ela é negada como fundamento de seu pensamento.

Sobre a corrente utilitarista em geral, é possível dizer que ela se baseia na ideia de que i) a ética não é indiferente ao bem-estar das pessoas, que ii) a qualidade moral de nossas ações está fundada nas suas consequências, que iii) a ética deve preocupar-se com a qualidade de vida não só do agente que pratica a ação, mas com todos aqueles envolvidos nela, além de que iv) os afetados por um curso de ação devem ter seu prazer maximizado e a dor minimizada.

Por fim, afirma Maria Cecília Carvalho, que o princípio da utilidade pode ser descrito da seguinte maneira: Uma ação, ou regra de ação “será moralmente boa na medida em que o saldo líquido de felicidade ou de bem-estar decorrente de sua realização (ou de uma conformação à regra) for maior que o resultado de qualquer ação ou regra alternativa e disponível ao agente”⁸⁰.

Além das características gerais da corrente utilitarista, também é necessário diferenciar duas correntes importantes que a envolve, o utilitarismo clássico e o utilitarismo de regras. Autores como Bentham defendiam que se deve maximizar a utilidade total, ou seja, se deve optar pela atitude que produzir um maior saldo líquido de utilidade, ou de bem-estar dos indivíduos que compõem a coletividade em questão. Essa forma clássica de utilitarismo possui uma grave dificuldade: justificaria o aumento populacional desmedido apenas para o crescimento quantitativo do bem-estar de uma coletividade.

Para superar tal dificuldade, surgiu o princípio reformulado da utilidade média, que prescreve “a maximização da utilidade média per capita, a qual se obtém dividindo-se a soma de utilidade pelos indivíduos”⁸¹. Dessa forma, se a população aumentar, a utilidade permanecerá inalterada apenas se a utilidade total também aumentar, o que seria um critério mais forte que o clássico. Considera-se que Stuart Mill defendeu a utilidade média e não a

⁸⁰ CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarista. In: OLIVEIRA, Manfredo A. (Org.) **Correntes fundamentais de ética contemporânea**. 4ª edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 100.

⁸¹ *Ibidem*, 109.

clássica como defende Maria Cecília Carvalho⁸² e Rawls⁸³.

Outra classificação importante envolve a diferença entre utilitarismo de atos e de regras. O utilitarismo de atos se pauta pelas consequências de atos singulares, ou seja, cada ato de um agente, por mais singular e específico que seja, deve ser pautado pelo princípio da utilidade. Não é difícil encontrar fraquezas para essa vertente, porque utilizar o princípio da utilidade dessa maneira radical parece produzir consequências absurdas.

Por outro lado, contemporaneamente surgiram vertentes que almejam compatibilizar o utilitarismo com demandas da ética de direitos e princípios o que resultou no utilitarismo de regras. Estes, “em contraste com os utilitarismos de atos, colocam em primeiro plano as consequências que derivam da aceitação de regras ou de um código moral ideal. Os utilitaristas de regras tendem a evitar aquelas implicações extravagantes de um utilitarismo de atos”⁸⁴. Daí, surge uma questão que envolveu os utilitaristas: Stuart Mill seria um utilitarista de atos ou de regras?

Pedro Galvão destaca que Mill considera apropriado falar a respeito de atos particulares, assim como releva uma nítida inclinação para o utilitarismo de atos. Todavia ele sustenta que é necessário pensarmos como um utilitarista de regras na maior parte das situações. Por fim, ele explica que Mill recusa a ideia de que existe “apenas um nível de pensamento moral. A sua teoria antecipa significativamente o influente utilitarismo de dois níveis desenvolvido por R. M. Hare, que se baseia na distinção entre o nível intuitivo e o nível crítico do pensamento moral”⁸⁵.

Dessa forma, é possível classificar previamente o pensamento de Stuart Mill dentro da doutrina utilitarista como um pensador que defende um utilitarismo médio, em contraponto ao utilitarismo clássico de Bentham, além de antecipar um utilitarismo de dois níveis, um intuitivo e outro crítico de pensamento moral. Tais parâmetros devem nortear a compreensão desenhada aqui de seu pensamento.

⁸² Ibidem.

⁸³ Rawls explica que “Por seu lado, o princípio da utilidade média leva a sociedade a maximizar não a utilidade total, mas a utilidade média (per capita). Essa parece ser uma visão mais moderna, tendo sido defendida por Mill e Wicksell e recentemente outros autores lhe deram um novo fundamento”. In: RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 174. Ou no original: “By contrast, the principle of average utility directs society to maximize not the total but the average utility (per capita). This seems to be a more modern view: it was held by Mill and Wicksell, and recently others have given it a new foundation”. In: RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, p. 140.

⁸⁴ CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarista. In: OLIVEIRA, Manfredo A. (Org.) **Correntes fundamentais de ética contemporânea**. 4ª edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 114.

⁸⁵ GALVÃO, Pedro. Introdução. In: MILL, Stuart. **Utilitarismo**. Introdução, tradução e notas de Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005, p. 23.

3.1.2 O que é utilitarismo

Importante obra do pensamento de Stuart Mill é a chamada *Utilitarismo*. Esse livro surge para “solucionar” problemas de interpretações equivocadas da doutrina utilitarista e defender seus principais fundamentos. Todavia o que realmente é feito é uma reinterpretação crítica dos clássicos a partir dos mesmos critérios, como destacado no tópico anterior.

Nas *Observações gerais*, primeira parte da obra, Mill introduz o leitor em questões de filosofia moral, mais especificamente de metaética, ou seja, não em questões de ética normativa, mas a respeito de como sabemos diferenciar o certo e o errado. Em suas palavras firmes, ele afirma que poucas circunstâncias do atual conhecimento humano são tão claras como o “atraso em que ainda se detém a especulação sobre os assuntos mais importantes, do que o escasso progresso que se realizou na resolução da controvérsia sobre o critério do certo e do errado”⁸⁶.

Além disso, ele também destaca a importância de uma concepção clara do certo e do errado para um empreendimento finalístico, porque quando “nos envolvemos na perseguição de um objetivo, uma concepção clara e precisa daquilo que perseguimos parece ser a primeira coisa daquilo que precisamos, e não a última coisa a procurar”⁸⁷. Assim, tal concepção deve ser o critério utilizado na empreitada e não o seu resultado.

Mesmo reconhecendo essa situação crítica, Mill reconhece que o reconhecimento que essas crenças morais atingiram, mesmo que pequeno, foi adquirido por falta de um padrão não reconhecido. Assim, o “Princípio da utilidade, ou, como Bentham lhe chamou mais tarde, o Princípio da Maior Felicidade, teve um grande peso na formação das doutrinas morais mesmo daqueles que mais desdenhosamente rejeitam a sua autoridade”⁸⁸.

A segunda parte o livro, chamada *O que é utilitarismo*, não demora muito em destacar a definição desse princípio. Assim, destaca-se um dos trechos mais citadas desta obra de

⁸⁶ MILL, Stuart. **Utilitarismo**. Introdução, tradução e notas de Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005, p. 41. Ou no original: “There are few circumstances among those which make up the present condition of human knowledge, more unlike what might have been expected, or more significant of the backward state in which speculation on the most important subjects still lingers, than the little progress which has been made in the decision of the controversy respecting the criterion of right and wrong”. In: MILL, Stuart. **Utilitarianism**. Auckland: The Floating Press, 2009, p. 4.

⁸⁷ Ibidem, p. 42. Ou no original: “When we engage in a pursuit, a clear and precise conception of what we are pursuing would seem to be the first thing we need, instead of the last we are to look forward to”. In: MILL, Stuart. **Utilitarianism**. Auckland: The Floating Press, 2009, p. 6.

⁸⁸ Ibidem, p. 43. Ou no original: “the principle of utility, or as Bentham latterly called it, the greatest happiness principle, has had a large share in forming the moral doctrines even of those who most scornfully reject its authority”. In: MILL, Stuart. **Utilitarianism**. Auckland: The Floating Press, 2009, p. 8.

Stuart Mill⁸⁹:

O credo que aceita a utilidade, ou o Princípio da Maior Felicidade, como fundamento da moralidade, defende que as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade, erradas na medida em que tendem a produzir o reverso da felicidade. Por felicidade, entende-se o prazer e a ausência de dor; por infelicidade, a dor e a privação do prazer.

Além dessa definição de utilidade, ou Princípio da Maior Felicidade, também é nesta parte que é desenvolvida umas das teses mais famosas de Mill sobre o cálculo desse critério. Como a obra também é uma forma de resposta aos críticos do utilitarismo, ele a utiliza para desenvolver o método de consideração dos prazeres para a maximização. Ele afirma que é possível considerar a maximização de alguns prazeres que são mais desejáveis que outros, até mesmo porque seria “absurdo supor que, enquanto que na avaliação de todas as outras coisas se considera tanto a qualidade como a quantidade, a avaliação dos prazeres dependesse apenas da quantidade”⁹⁰.

Dentro do desenvolvimento da teoria de prazeres mais desejáveis que outros, a questão de quem definiria qual o prazer é mais desejável não é deixada de lado. Aquele que tiver a experiência dos prazeres em competição, independentemente de sentir uma obrigação moral para preferir, escolherá o prazer preferível.

Nesta parte, também é perceptível a insistência do autor em ressaltar que a doutrina utilitarista não considera apenas o prazer do agente que realiza a ação. O prazer considerado no cálculo utilitarista é o total de toda a coletividade envolvida na ação do agente. Destacando a importância da nobreza de caráter, é afirmado que “embora seja possível duvidar que um caráter nobre seja sempre mais feliz devido à sua nobreza, não pode haver dúvida que ele torna as outras pessoas mais felizes e que o mundo em geral ganha imensamente com ele”⁹¹.

Deste momento da obra, a natureza individual da escolha de agir através dos preceitos utilitaristas para o bem da coletividade é ressaltada e reforçada. É afirmado que qualquer mente suficientemente inteligente e generosa extrairá da própria luta, por mais modesta que seja, “um nobre deleite que não trocaria por qualquer suborno com a forma de uma satisfação

⁸⁹ Ibidem, p. 48. Ou no original: “The creed which accepts as the foundation of morals, Utility, or the Greatest Happiness Principle, holds that actions are right in proportion as they tend to promote happiness, wrong as they tend to produce the reverse of happiness. By happiness is intended pleasure, and the absence of pain; by unhappiness, pain, and the privation of pleasure”. In: MILL, Stuart. **Utilitarianism**. Auckland: The Floating Press, 2009, p. 14.

⁹⁰ Ibidem, p. 49. Ou no original: “It is quite compatible with the principle of utility to recognise the fact, that some *kinds* of pleasure are more desirable and more valuable than others”. In: MILL, Stuart. **Utilitarianism**. Auckland: The Floating Press, 2009, p. 16.

⁹¹ Ibidem, p. 53. Ou no original: “for that standard is not the agent's own greatest happiness, but the greatest amount of happiness altogether; and if it may possibly be doubted whether a noble character is always the happier for its nobleness, there can be no doubt that it makes other people happier, and that the world in general is immensely a gainer by it”. In: MILL, Stuart. **Utilitarianism**. Auckland: The Floating Press, 2009, p. 22.

egoísta”⁹². Ainda nesse argumento, Mill pergunta “se o herói ou o mártir fariam o sacrifício se não acreditassem que este iria livrar outros de sacrifícios semelhantes”⁹³.

Tal ponto ainda é reforçado através de afirmações como a de que alguém que renuncia um deleite pessoal para o aumento da felicidade merecem toda a honra, enquanto aqueles que o fazem com outros objetivos não merecem tal reconhecimento. Esse sacrifício pessoal também é visto como a virtude mais elevada que se pode encontrar no homem.

Em complemento, também é destacado que o sacrifício só serve com o objetivo do benefício da felicidade geral da coletividade, ou seja, qualquer tipo de sacrifício que seja realizado como um fim em si mesmo é negado de maneira enfática. E a perspectiva para a escolha de agir para o bem da comunidade deve ser “estritamente imparcial como um espectador benevolente e desinteressado”⁹⁴, ou seja, sem buscar nenhuma forma de retorno.

Também deve ser destacado quando Mill afirma que o Princípio da Maior Felicidade define as regras e os preceitos da conduta humana cuja observância pode assegurar aos seres humanos, no maior grau possível, uma existência como a que descreveu, em que se inclui, destaca-se, todas as criaturas sencientes. Isso porque percebe-se uma abertura para o utilitarismo de regras como afirmado no tópico anterior.

O mesmo pode ser dito quando é explicado que a utilidade “pode ser invocada para escolher um deles [critérios morais] quando as suas exigências são incompatíveis”⁹⁵, em que também é possível reconhecer traços do utilitarismo de regras.

Logo, neste tópico, pôde-se perceber traços no texto de Mill do afirmado anteriormente sobre os parâmetros de interpretação. O seu objetivo foi ressaltar, mesmo que brevemente, as principais características de seu pensamento utilitarista para ser contrastado no que tange ao seus escritos sobre liberdade de expressão.

⁹² Ibidem, p. 56. Ou no original: “yet every mind sufficiently intelligent and generous to bear a part, however small and unobtrusive, in the endeavour, will draw a noble enjoyment from the contest itself, which he would not for any bribe in the form of selfish indulgence consent to be without”. In: MILL, Stuart. **Utilitarianism**. Auckland: The Floating Press, 2009, p. 29.

⁹³ Ibidem, p. 56 e 57. Ou no original: “it often has to be done voluntarily by the hero or the martyr, for the sake of something which he prizes more than his individual happiness”. In: MILL, Stuart. **Utilitarianism**. Auckland: The Floating Press, 2009, p. 29.

⁹⁴ Ibidem, p. 58. Ou no original: “As between his own happiness and that of others, utilitarianism requires him to be as strictly impartial as a disinterested and benevolent spectator”. In: MILL, Stuart. **Utilitarianism**. Auckland: The Floating Press, 2009, p. 31.

⁹⁵ Ibidem, p. 66. Ou no original: “If utility is the ultimate source of moral obligations, utility may be invoked to decide between them when their demands are incompatible”. In: MILL, Stuart. **Utilitarianism**. Auckland: The Floating Press, 2009, p. 46.

3.1.3 Sobre a liberdade

Isaiah Berlin explica que, para Mill, podemos criticar e rebater opiniões com paixão e ódio, mas “não podemos proibir, nem reprimir, pois isso seria destruir o bem e o mal e seria equivalente à moral coletiva e ao suicídio intelectual. Um respeito cético pelas opiniões de nossos adversários parece-lhe melhor que a indiferença e o cinismo”⁹⁶. Essa é a tese que ganhou forma com o “folheto” chamado *Ensaio sobre a liberdade*, obra a qual o próprio Mill considerou uma de suas maiores contribuições para a posteridade.

Ainda na Introdução de tal escrito, Stuart Mill destaca que o homem já percebeu que a autoridade política não precisa ser alguém indicado por uma divindade e com poderes absolutos sobre todos os membros de uma comunidade. Mais adequado é que os governantes, como seus delegados, exerçam os poderes em nome daqueles os quais governa.

Seguindo o raciocínio, é trazida uma visão crítica sobre essa proposta de democracia representativa liberal típica da época, quando é posto em cheque a ideia de “povo” e de “autogoverno”, já que muitas vezes tais conceitos são utilizados como instrumento para a opressão de minorias. Dessa forma, é destacado que “em especulações políticas, ‘a tirania da maioria’ inclui-se geralmente agora dentre os males contra os quais a sociedade precisa estar atenta”⁹⁷.

Nesse sentido, a proteção contra os governantes não é o bastante, sendo necessário também a proteção contra a “tirania da opinião e sentimento prevaletentes”, ou seja, “contra a tendência da sociedade em impor, por outros meios que não as penalidades civis, suas próprias ideias e práticas como normas de conduta sobre aqueles que dela divergem, em travar o desenvolvimento”⁹⁸. Há um limite para a interferência legítima da coletividade na opinião individual e encontrar esse limite é uma grande questão a qual a obra aborda. Todavia, assim como é feito na obra *Utilitarismo*, Stuart Mill constata que esse é um assunto o qual ainda

⁹⁶ BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Unb, 1981, p. 185. Ou no original: “We may argue, attack, reject, condemn with passion and hatred. But we may not suppress or stifle: for that is to destroy the bad and the good, and is tantamount to collective moral and intellectual suicide. Sceptical respect for the opinions of our opponents seems to him preferable to indifference or cynicism. But even these attitudes are less harmful than intolerance, or an imposed orthodoxy that kills rational discussion”. In: BERLIN, Isaiah. **Liberty**. Incorporating *Four Essays on Libert*. Edited by Henry Hardy. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 229.

⁹⁷ MILL, Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Tradução de Rita Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Editora Casa Verde, 2000, p. 21. Ou no original: “(...) and in political speculations ‘the tyranny of the majority’ is now generally included among the evils against which society requires to be on its guards”. In: MILL, Stuart. **On Liberty**. (Orgs.) Edited by Edward Alexander. Ontario: Broadview literary texts, 1999, p. 46.

⁹⁸ Ibidem, p. 21. Ou no original: “(...) against the tendency of society to impose, by other means than civil penalties, its own ideas and practices as rules of conduct on those who dissent from them; to fetter the development (...)”. In: MILL, Stuart. **On Liberty**. (Orgs.) Edited by Edward Alexander. Ontario: Broadview literary texts, 1999, p. 47.

resta quase tudo a ser feito.

Constatando que as preferências e desgostos da maioria da sociedade, ou de sua parte mais poderosa, são determinantes para as normas impostas para cumprimento geral, sob as penalidades de lei ou opinião, também é esclarecido que o propósito do ensaio é defender um princípio que justifique a intromissão legítima da humanidade na liberdade de ação do indivíduo.

De forma simples, mostra-se outra famosa passagem da obra de Mill⁹⁹:

Este princípio é que a humanidade tem permissão, coletiva ou individualmente, de interferir com a liberdade de ação de qualquer um de seus membros com finalidade única de autoproteção. Que o único propósito para o qual o poder possa ser legalmente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, seja evitar danos a outros.

Com essas palavras se quer dizer que uma restrição da liberdade de alguém através da justificativa de que isso o beneficiará físico ou moralmente não é adequada. Muito menos porque será “melhor” que assim o faça, ou porque isso o deixará mais “feliz” ou que isso seria “sábio”, ou “correto”. Tudo isso poderia ser utilizado como argumento para tentar convencer alguém de fazer ou não algo, exatamente porque sobre o seu corpo e mente o indivíduo é soberano.

Ainda na Introdução, também é importante o trecho no qual é renunciado qualquer benefício que possa surgir em seu argumento que não seja fruto do princípio da utilidade. Essas são as palavras de Mill¹⁰⁰:

É adequado afirmar que renuncio a qualquer benefício que possa advir de meu argumento a partir da ideia de direito abstrato, como uma coisa independente de utilidade. Considero a utilidade como derradeiro apelo sobre as questões éticas; mas deve ser utilidade no mais amplo sentido, fundamentada nos interesses permanentes do homem como um ser progressivo.

Assim, é vinculado todo o argumento desenvolvido na obra *Ensaio sobre a liberdade* à sua doutrina utilitarista, notadamente a produzida na obra já aqui comentada *Utilitarismo*. Além disso, também é destacado que a utilidade deve ser vista em um sentido amplo que se

⁹⁹ Ibidem, p. 27. Ou no original: “That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others”. In: MILL, Stuart. **On Liberty**. (Orgs.) Edited by Edward Alexander. Ontario: Broadview literary texts, 1999, p. 51 e 52.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 29. Ou no original: “It is proper to state that I forego any advantage which could be derived to my argument from the idea of abstract right, as a thing independent of utility. I regard utility as the ultimate appeal on all ethical question; but it must be utility in the largest sense, grounded on the permanent interests of man as a progressive being”. In: MILL, Stuart. **On Liberty**. (Orgs.) Edited by Edward Alexander. Ontario: Broadview literary texts, 1999, p. 53.

relacione com o conceito de homem como um ser em progressão, ou progressivo.

Henry R. West reforça que, para Mill, o utilitarismo não é excluído em seu conceito de liberdade. Isso porque se alguém violar o direito de outros, “seu comportamento merece punição. (...) Se o comportamento de um indivíduo denegre o legítimo interesse de outros, mas não viola um direito, a sociedade tem jurisdição, mas deve interferir apenas se é justificado por considerações utilitaristas”¹⁰¹.

Também é defendido por Mill que há uma esfera de ação em que a sociedade não possui um interesse direto, no máximo indireto. Ela é “aquela parte da vida e conduta de uma pessoa que afeta apenas a si própria; e se também afeta a outros, o faz apenas com seu consentimento e participação livre, voluntária e não ludibriada”¹⁰².

Esta área compreende, primeiramente, o domínio interno da consciência; liberdade de pensamento e sentimento na área teológica, especulativa e moral, assim como a liberdade de opinião e de imprensa. Em seguida, essa área também abrange a liberdade de gostos, ou seja, a liberdade de construir os planos de nossa vida para que se adaptem ao nosso caráter, sem impedimentos dos nossos semelhantes, contando que não os prejudique. Em terceiro lugar, segue-se a liberdade de associação de indivíduos, para unir-se por qualquer propósito que não seja produzir danos aos outros.

A segunda parte da obra, chamada *Da Liberdade de Pensamento e Discussão*, é iniciada através do destaque à proteção da liberdade de expressão quando é dito que “se toda a humanidade menos um, fosse de uma determinada opinião, e apenas uma pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais justificativas para silenciar aquela pessoa, do que ela, se tivesse o poder, de silenciar a humanidade”¹⁰³.

Em seguida, Mill argumenta que silenciar a expressão de uma opinião é um mal que, se realizado, toda a raça humana há de sofrer, assim como a geração seguinte. Isso porque “se a opinião está correta, eles são privados da oportunidade de se trocar o erro pela verdade; se

¹⁰¹ No original: “If an individual violates the rights of others, his behavior deserves punishment or compulsion. (...) If an individual’s behavior is detrimental to the legitimate interests of others but not in violation of a right, society has jurisdiction but should interfere only if interference is justified by utilitarian considerations”. In: WEST, Henry R. Mill’s case for liberty. In: TEN, C.L. (Ed.) **Mill’s On Liberty**: A Critical Guide. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 28.

¹⁰² MILL, Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Tradução de Rita Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Editora Casa Verde, 2000, p. 30 e 31. Ou no original: “But there is a sphere of action in which society, as distinguished from the individual, has, if any, only an indirect interest; comprehending all that portion of a person’s life and conduct which affects only himself, or if it also affects others, only with their free, voluntary, and undeceived consent and participation”. In: MILL, Stuart. **On Liberty**. (Orgs.) Edited by Edward Alexander. Ontario: Broadview literary texts, 1999, p. 54.

¹⁰³ Ibidem, p. 36. Ou no original: “If all mankind minus one, were of one opinion, and only one person were of the contrary opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person, than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind”. In: MILL, Stuart. **On Liberty**. (Orgs.) Edited by Edward Alexander. Ontario: Broadview literary texts, 1999, p. 58.

errada, eles perdem, o que é quase como um grande benefício, a percepção mais clara e a mais vívida expressão da verdade produzida por seu choque com o erro”¹⁰⁴.

Aí, há duas hipóteses que estruturarão o desenvolvimento do argumento nesta parte do livro. A primeira é que nunca se terá certeza absoluta que a opinião que estamos nos esforçando para reprimir é falsa; e a segunda é que, mesmo que tal certeza existisse, a repressão ainda seria um erro. Essas duas hipóteses serão o guia para o desenrolar de argumentos em defesa da liberdade de expressão. Iniciar-se-á pela primeira.

Neste ponto, o autor argumenta que suprimir uma opinião pela justificativa de negar a sua verdade é um erro porque fazer isso é assumir a certeza absoluta desse fato. E tal pretensão de infalibilidade é impossível de se realizar dentro das capacidades humanas de compreensão do mundo. E mesmo que exista, atualmente, um predomínio de opiniões racionais na totalidade da humanidade, isso não aconteceu por causa da restrição de opiniões consideradas “falsas”, mas pela capacidade de corrigir os seus erros. E isso só é possível através da discussão e da experiência. Não pela experiência sozinha.

A única forma, afirma-se, pela qual um ser humano pode tentar alguma aproximação para conhecer a inteireza de um tema é ouvir pessoas diferentes e suas opiniões variadas. Nenhum homem sábio jamais adquiriu sua sabedoria de nenhuma outra forma que não esta; nem faz parte da natureza do intelecto humano tornar-se sábio de outra maneira.

Também é dito que, como o autor considerava viver em um período de ceticismo sobre a verdade, ele afirma que as pessoas defendem mais suas opiniões não porque elas sejam verdadeiras, mas na sua importância na sociedade, na sua possibilidade de produzir bem-estar, utilidade. Reconhecendo que ver a questão dessa perspectiva desloca o ponto da verdade para a utilidade, é afirmado que mesmo a “utilidade de uma opinião é em si um assunto de opinião: tão questionável quanto aberta à discussão, e exigindo discussão tanto quanto a própria opinião”¹⁰⁵. E, ainda assim, não poderia haver nenhuma discussão justa da questão da utilidade, quando um argumento tão vital pode ser empregado em um lado, e não no outro.

Nesse âmbito, C. L. Ten afirma que há uma conexão entre liberdade de expressão e conhecer a verdade definitivamente. Aqueles que sustentam conhecer a verdade não vão querer decidir que opiniões são verdadeiras ou falsas, mas também entender os fundamentos

¹⁰⁴ Ibidem. Ou no original: “If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth; if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error”. In: MILL, Stuart. **On Liberty**. (Orgs.) Edited by Edward Alexander. Ontario: Broadview literary texts, 1999, p. 58.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 43. Ou no original: “The usefulness of an opinion is itself matter of opinion: as disputable, as open to discussion, and requiring discussion as much, as the opinion itself”. In: MILL, Stuart. **On Liberty**. (Orgs.) Edited by Edward Alexander. Ontario: Broadview literary texts, 1999, p. 58.

dessas opiniões. “Eles vão sustentar”, afirma Ten, “uma garantia racional para suas crenças, e isso requer deles estar aberto para todos os argumentos e evidências a favor e contra estas crenças, especialmente para aqueles apresentados por crenças relevantes”¹⁰⁶.

Já na segunda parte do argumento, será defendido que mesmo considerando que uma opinião é falsa e a aceita é verdadeira ainda assim a restrição não seria justificada. Isso acontece porque a opinião verdadeira deve ser movida pela consideração de que embora possa ser verdadeira, se não for totalmente, frequentemente, e destemidamente discutida, será sustentada como um dogma morto, e não uma verdade viva.

Mais especificamente sobre a questão da verdade, C. L. Ten observa que Mill não esclarece de maneira específica quais são as suas condições de surgimento, todavia ele “acredita que nós não devemos ser confiantes sobre a verdade de nossas opiniões a não ser que exista uma completa liberdade de muda-la, e ela continue irrefutada”¹⁰⁷.

Em seguida, Stuart Mill continua argumentando que o desenvolvimento da compreensão consiste em aprender os fundamentos de suas próprias opiniões. Assim, as pessoas devem estar aptas a se defender, no mínimo, das objeções mais comuns levantadas dentro de uma coletividade. Do contrário, se ele é igualmente incapaz de refutar as razões do lado oposto, se ele não as conhece bem, então não possui nenhum fundamento para preferir qualquer opinião. É possível que alguém até alcance conclusões verdadeiras, contudo elas serão falsas para qualquer coisa que eles conheçam.

É dito também que os ideais que estão em debates com opiniões divergentes, sejam verdadeiras ou não, não perdem a sua vividez na mente dos seus crentes. Por isso, mesmo os combatentes mais fracos sabem e sentem pelo que estão lutando, e a diferença entre esta e outras doutrinas.

O aprimoramento da humanidade também é fator que serve de defesa para a liberdade de opiniões divergentes dentro de uma comunidade. Assim, à medida que a humanidade se aprimora, o número de doutrinas que não são mais contestadas e duvidadas estará constantemente aumentando e o bem-estar da humanidade pode quase ser medido pelo

¹⁰⁶ No original, o argumento completo: “They will seek a rational assurance for their beliefs, and this requires them to be open to all arguments and evidence for and against these beliefs, especially as these are presented by those committed to the relevant beliefs. Those aspiring to knowledge of the truth would therefore require freedom not only for themselves, but also for all others who may wish to challenge prevailing views, and who wish to decide for themselves the truth or otherwise of an opinion”. In: TEN, C.L. *Mill’s On Liberty*: Introduction. In: TEN, C.L. (Ed.) **Mill’s On Liberty**: A Critical Guide. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 4.

¹⁰⁷ No original: “He believes that we should not be confident about the truth of our opinions unless there is complete freedom to challenge it, and it remains unrefuted” In: TEN, C.L. *Mill’s On Liberty*: Introduction. In: TEN, C.L. (Ed.) **Mill’s On Liberty**: A Critical Guide. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 4.

número e seriedade das verdades que alcançaram o ponto de serem incontestadas.

Essa última afirmação é reforçada por C. L. Ten quando ele afirma que a liberdade é essencial para o progresso intelectual, tendo em vista que, para Mill, intelectuais “irão aceitar como verdade apenas uma crença que sobreviveu os desafios de uma sociedade livre e aberta onde aqueles que sustentam visões diversas e conflitantes são encorajadas a testar suas opiniões e debater uns com os outros”¹⁰⁸.

Até então, Stuart Mill tratou de duas hipóteses específicas, a de que a opinião reprimida pode ser verdadeira e a outra é que, mesmo reconhecendo que ela seja falsa, é importante o debate de ideias para o fortalecimento da verdade já reconhecida. Todavia, segundo ele, ainda há uma terceira hipótese e ela seria mais comum do que as anteriores. A última surge quando “as doutrinas conflitantes, ao invés de ser uma verdadeira e a outra falsa, compartilham a verdade entre si e a opinião dissidente é necessária para suprir o resto da verdade da qual a doutrina admitida incorpora apenas uma parte”¹⁰⁹.

Essa última hipótese se diferencia das outras duas porque considera que a verdade não é de domínio apenas de posição em detrimento da outra. Aqui a verdade é compartilhada pelas opiniões divergentes e, na realidade, a busca por um diálogo franco entre elas é um objetivo legítimo para se alcançar a veracidade em suas múltiplas vertentes.

Nesse pressuposto, o autor argumenta que o caráter parcial das opiniões, mesmo quando verdadeiras, mostra que é possível uma complementação dessa perspectiva por outras diferentes. Logo, se deve valorizar qualquer tipo de opinião que, através do confronto argumentativo, resulte na dissolução de erros e confusões em que a opinião comum pode estar combinada.

Posteriormente, Mill ressalta que a verdade é, nas grandes controvérsias da vida, uma questão de “reconciliar e combinar opostos(...) e tem que ser realizado pelo processo bruto de uma luta entre combatentes lutando sob bandeiras hostis”¹¹⁰. E é dessa forma que o bem-estar

¹⁰⁸ No original: “Individuals, who have “the dignity of thinking beings,” will accept as true only a belief that survives the challenges thrown at it in a free and open society where those holding diverse and conflicting views are encouraged to assert their opinions and debate with one another”. In: TEN, C.L. *Mill’s On Liberty: Introduction*. In: TEN, C.L. (Ed.) **Mill’s On Liberty: A Critical Guide**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 5.

¹⁰⁹ MILL, Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Tradução de Rita Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Editora Casa Verde, 2000, p. 72. Ou no original: “But there is a commoner case than either of these; when the conflicting doctrines, instead of being one true and the other false, share the truth between them; and the nonconforming opinion is needed to supply the remainder of the truth, of which the received doctrine embodies only a part”. In: MILL, Stuart. **On Liberty**. (Orgs.) Edited by Edward Alexander. Ontario: Broadview literary texts, 1999, p. 90.

¹¹⁰ Ibidem, p. 74. Ou no original: “Truth, in the great practical concerns of life, is so much a question of the reconciling and combining of opposites, that very few have minds sufficiently capacious and impartial to make the adjustment with an approach to correctness, and it has to be made by the rough process of a struggle between combatants fighting under hostile banners”. In: MILL, Stuart. **On Liberty**. (Orgs.) Edited by Edward

da coletividade será protegido.

Também é de se destacar que o autor, resumidamente, ainda descreve quatro fundamentos para a liberdade de opinião e de imprensa, reconhecendo a importância desses direitos para o bem-estar da humanidade. O primeiro é que, se qualquer opinião for forçada a silenciar, é possível que ela seja verdade (negação da infalibilidade). O segundo é que, mesmo que a opinião esteja errada, ela pode contar parte da verdade, ou ser útil no debate de ideias.

O terceiro fundamento é que, mesmo que a opinião seja verdade, se ela não sofrer uma contestação vigorosa e séria, acabará se tornando apenas um dogma ou um preconceito sustentado acriticamente e com poucos fundamentos racionais. O quarto e último fundamento é que, caso não refutada, a doutrina se encontrará em perigo de perder-se, perecer e destituir-se de seu efeito vital sobre o caráter e a conduta das pessoas.

C.L. Ten organiza, baseado na leitura da obra de Mill, duas principais razões que excluem intervenções em geral da coletividade sobre a liberdade de um indivíduo. A primeira delas é o anti-paternalismo, “que se opõe à intervenção que sobrepõe-se sobre o julgamento da própria pessoa sobre como ela quer viver sua vida, considerando tal intervenção como uma violação da individualidade”¹¹¹. A segunda delas é o moralismo, que violaria a individualidade porque “eles dão efeito para as opiniões do grupo de intervenção contra as visões da pessoa cuja conduta é restrita”¹¹².

Outra contribuição a ser destaca é realizada por David Brink, que identifica duas justificativas diferentes para a defesa da liberdade de expressão em Stuart Mill. A primeira é uma justificativa instrumental, tendo em vista que ela seria uma “política mais confiável para promover a razão de crenças verdadeiras sobre as falsas do que a política da censura”¹¹³. E o melhor exemplo dessa justificativa é a metáfora do mercado de ideias. A outra justificativa baseia-se na ideia de ser humano como ser em progressão, porque “liberdades de pensamento

Alexander. Ontario: Broadview literary texts, 1999, p. 58.

¹¹¹ No original, o argumento completo: “The former rules out interference on the grounds that it will be better for the person, or that “it will make him happier.” Mill’s anti-paternalism is opposed to intervention which overrides the person’s own judgment about how he wants his life to run, for such intervention would be a violation of individuality”. In: TEN, C.L. *Mill’s On Liberty: Introduction*. In: TEN, C.L. (Ed.) **Mill’s On Liberty: A Critical Guide**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 9.

¹¹² No original, o argumento completo: “The moralistic reasons, that intervention is judged to be “wise, or even right,” would also violate the right to individuality because they give overriding effect to the opinions of the intervening party against the views of the person whose conduct is restricted”. In: TEN, C.L. *Mill’s On Liberty: Introduction*. In: TEN, C.L. (Ed.) **Mill’s On Liberty: A Critical Guide**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 9.

¹¹³ No original: “Freedom of expression might then be defended as a more reliable policy for promoting the ratio of true belief to false belief than a policy of censorship”. In: BRINK, David O. *Mill’s liberal principles and freedom of expression*. In: TEN, C.L. (Ed.) **Mill’s On Liberty: A Critical Guide**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 45.

e de discussão são necessárias para realizar a nossa natureza como seres em progressão”¹¹⁴.

Por fim, é necessário ressaltar, também através das palavras de David Brink, que uma interpretação adequada da obra *Ensaio sobre a liberdade* e a sua defesa sobre a liberdade de expressão requer “não apenas a reconstrução de seu argumento em nome de expressões e explorando seu desenrolar na liberdade de expressão, mas também vendo como esses argumentos generalizam-se para outros tipos de liberdades”¹¹⁵.

3.2 O direito à liberdade de expressão a partir da crítica de Dworkin ao utilitarismo

Durante muito tempo, a doutrina utilitarista não teve grandes concorrentes no âmbito da filosofia política anglo-americana. Todavia, com a publicação da obra *Uma teoria da justiça* de John Rawls em 1971, esse cenário mudou até mesmo porque, entre os princípios da justiça e o princípio da utilidade, segundo o próprio Rawls, “determinar a preferência racional por uma dessas duas opções é talvez o problema central do desenvolvimento da concepção da justiça como equidade como uma alternativa viável à tradição utilitarista”¹¹⁶.

Essa crítica tornou-se influente no âmbito acadêmico anglo-americano, influenciando fortemente, entre outros, Ronald Dworkin. Isso é perceptível não só através da semelhança em alguns pontos dos escritos deles, mas também porque, como explica Laurence Tribe¹¹⁷, ambos participavam de um mesmo grupo de estudos em Harvard.

O ponto importante a se destacar aqui é que essa crítica não foi realizada de maneira irresponsável, abandonando todas as contribuições que a doutrina utilitarista, mais especificamente a desenvolvida por Stuart Mill, ofereceu no passado. Portanto, nas páginas seguintes se demonstrará que mesmo Rawls, talvez o maior crítico do utilitarismo de todos,

¹¹⁴ No original: “Mill’s argument here is that freedoms of thought and discussion are necessary for fulfilling our natures as progressive beings”. In: BRINK, David O. Mill’s liberal principles and freedom of expression. In: TEN, C.L. (Ed.) **Mill’s On Liberty: A Critical Guide**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 45.

¹¹⁵ No original: “This means that a proper understanding of the significance of Mill’s defense of freedom of expression requires not only reconstructing his arguments on behalf of expressive liberties and exploring their bearing on issues of freedom of expression, but also seeing how these arguments generalize to other kinds of liberties”. In: BRINK, David O. Mill’s liberal principles and freedom of expression. In: TEN, C.L. (Ed.) **Mill’s On Liberty: A Critical Guide**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 40.

¹¹⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 162. Ou no original: “Determining the rational preference between these two options is perhaps the central problem in developing the conception of justice as fairness as a viable alternative to the utilitarian tradition”. In: RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 130.

¹¹⁷ TRIBE, Laurence H.. In Memoriam: Ronald Dworkin. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 127, n. 2, p.507-511, 2013. Disponível em: <http://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol127_dworking_memoriam.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2005.

reconhece a força dos argumentos de Mill na obra *Ensaio sobre a liberdade*, e que tal reconhecimento também é perceptível na obra de Dworkin.

O resultado disso é a contribuição crítica dessa doutrina na formação de conceitos importantes para a compreensão da liberdade de expressão em uma comunidade de respeito a integridade política, tais como a ideia de direito *antiutilitarista* e a sua justificativa.

3.2.1 O argumento da justiça de Rawls e o ponto fraco do *Ensaio sobre a liberdade*

A primeira parte da obra *Uma teoria da justiça* volta-se para introduzir o leitor em relação os princípios da justiça propostos por Rawls, assim como defendê-los em relação às doutrinas de filosofia política concorrentes, entre essas doutrinas está o utilitarismo.

A condição pela qual a decisão pela melhor doutrina seria escolhida é chamada de “posição original”. Este conceito teórico foi desenvolvido com o objetivo de estruturar critérios para a escolha deliberativa de princípios adequados para reger uma sociedade que se considera justa. Ele é um estado de coisas no qual as partes são igualmente representadas como pessoas dignas, e o resultado não é condicionado por contingências arbitrárias ou pelo equilíbrio relativo das forças sociais.

Através da posição original, em que serão estipulados os princípios, é desenvolvido um procedimento comparativo de concepções de justiça, em que se tenta definir condições de uma situação contratual. Nessas condições, se uma interpretação é filosoficamente preferível, e seus princípios caracterizam juízos justificados, é possível dizer que há uma escolha justificada.

Basicamente, é argumentado que “os princípios da justiça seriam escolhidos por representantes racionais de pessoas livres e iguais em uma posição imparcial inicial; lá as partes sabem fatos gerais sobre a natureza humana e instituições sociais, mas não tem nenhum conhecimento particular de si mesmas”¹¹⁸.

Como complemento à posição original, também é desenvolvida a noção de “véu da ignorância”. Dizer que aqueles que participam das deliberações sobre os princípios de justiça na posição original estão sob o véu da ignorância significa dizer que eles não sabem como as várias alternativas debatidas vão afetar o seu caso particular. Dessa forma, as suas avaliações

¹¹⁸ No original, o argumento completo: “Rawls basically argues that the principles of justice would be chosen by rational representatives of free and equal persons in an impartial initial situation; there the parties know general facts about human nature and social institutions but have no knowledge of particular facts about themselves or their society and its history. Behind this “veil of ignorance” the principles of justice are regarded as preferable to utilitarian, perfectionist, libertarian, and pluralist conceptions of justice”. In: FREEMAN, Samuel. **Rawls**. London, New York: Routledge, 2007, p. 141.

a respeito das diversas concepções de justiça deverão ser realizadas apenas através de considerações gerais a respeito de uma futura comunidade e não em relação a conceitos individuais próprios¹¹⁹.

Rawls explica que se for permitido um conhecimento de particularidades, “o resultado será influenciado por contingências arbitrárias. (...) Mas, uma vez excluído o conhecimento, a exigência da unanimidade não é imprópria, e o fato de que pode ser satisfeita é da grande importância”¹²⁰. Com esse objetivo, almeja-se excluir a possibilidade de arbitrariedades na decisão.

Juntamente, o véu da ignorância e a posição original são metáforas que simbolizam condições para a tomada de decisões “como sendo aquelas que pessoas racionais preocupadas em promover seus interesses consensualmente aceitariam em condições de igualdade nas quais ninguém é consciente de ser favorecido ou desfavorecido por contingências sociais e naturais”¹²¹.

As partes que estão envolvidas nas circunstâncias de deliberação são mutuamente indiferentes, ou seja, elas não estão dispostas a sacrificar seus interesses em benefício dos seus semelhantes. Esse ponto é importante porque destaca uma diferença importante do que foi exposto no tópico 3.1.2, em que é ressaltado que os heróis e o mártires são aqueles destinados a seguir os preceitos da utilidade.

Sobre o tema, Rawls afirma que, em uma associação de santos, “cada um trabalharia abnegadamente para um objetivo determinado por sua religião comum, e a referência a esse objetivo (supondo que ele fosse claramente definido) resolveria todas as questões de justiça”¹²². Todavia, em uma situação real, a sociedade é formada pelas mais diferentes concepções de bem e de justo, o que condiciona a racionalidade da posição original às mesmas circunstâncias de pluralidade. Desarte, pode-se dizer que “as pessoas na posição original tentam reconhecer princípios que promovem seus sistemas de objetivos da melhor

¹¹⁹ FREEMAN, Samuel. **Rawls**. London, New York: Routledge, 2007, p. 156 e 157.

¹²⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 152. Ou no original: “A conception of justice based on unanimity in these circumstances would indeed be weak and trivial. But once knowledge is excluded, the requirement of unanimity is not out of place and the fact that it can be satisfied is of great importance”. In: RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 122.

¹²¹ Ibidem, p. 21. Ou no original: “Together with the veil of ignorance, these conditions define the principles of justice as those which rational persons concerned to advance their interests would consent to as equals when none are known to be advantaged or disadvantaged by social and natural contingencies”. In: RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 17.

¹²² Ibidem, p. 140. Ou no original: “Each would work selflessly for one end as determined by their common religion, and reference to this end (assuming it to be clearly defined) would settle every question of right”. In: RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 112.

forma possível”¹²³.

Nesse sentido, dizer que uma certa concepção de justiça seria escolhida nas condições da posição original e do véu da ignorância é o mesmo que dizer que uma “deliberação racional que satisfaz certas condições e restrições atingiria uma certa conclusão”¹²⁴.

Da mesma forma, aqueles que criticam o argumento da posição original por ele ser hipotético e irrealizável trazem um ponto irrelevante para o desenvolvimento desta visão de justiça, já que “o contrato social serve como um teste ou critério para avaliação moral de constituições, governos e estatutos existentes, e decidir nossos deveres de justiça”¹²⁵. Para esses propósitos, é irrelevante para a justificação de princípios de justiça que eles realmente tenham sido ou possam ser acordados no mundo real.

Através desse arcabouço teórico, Rawls defenderá os seus princípios de justiça em detrimento das suas concorrentes em filosofia política. Esses princípios se definem por ser, o primeiro, a igualdade “na atribuição de deveres e direitos básicos, enquanto o segundo afirma que desigualdades econômicas e sociais (...) são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos da sociedade”¹²⁶.

Na relação entre os dois princípios, é explicado que as partes não sabem quais interesses e que formas os seus interesses terão a partir do momento em que o contrato for alcançado e o véu da ignorância retirado. Por isso, “elas supõem que tem esses interesses e também que as liberdades básicas exigidas para protegê-los são garantidas pelo primeiro princípio. Como precisam assegurar esses interesses, classificam o primeiro princípio como prioritário em relação ao segundo”¹²⁷.

¹²³ Ibidem, p. 155. Ou no original: “The assumption of mutually disinterested rationality, then, comes to this: the persons in the original position try to acknowledge principles which advance their system of ends as far as possible”. In: RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 125.

¹²⁴ Ibidem, p. 149. “To say that a certain conception of justice would be chosen in the original position is equivalent to saying that rational deliberation satisfying certain conditions and restrictions would reach a certain conclusion”. In: RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 119 e 120.

¹²⁵ No original, o argumento completo: “The social contract serves as a test or criterion for morally assessing currently existing constitutions, governments, and laws, and deciding our duties of justice. For these purposes, it is irrelevant to the *justification* of principles that they have been or ever will be *actually* agreed to by anyone in the real world”. In: FREEMAN, Samuel. **Rawls**. London, New York: Routledge, 2007, p. 144.

¹²⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 16. Ou no original: “the first requires equality in the assignment of basic rights and duties, while the second holds that social and economic inequalities, for example inequalities of wealth and authority, are just only if they result in compensating benefits for everyone, and in particular for the least advantaged members of society”. In: RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 13.

¹²⁷ Ibidem, p. 163 e 164. Ou no original: “In the original position the parties do not know what particular forms these interests take; but they do assume that they have such interests and that the basic liberties necessary for

Não é o objetivo aqui defender os princípios da justiça de Rawls, mas entender como a estrutura teórica desenvolvida por ele rebate a doutrina utilitarista e, mesmo assim, ainda reconhece a força e o ponto fraco do *Ensaio sobre a liberdade* de Mill. Isso para, em seguida, compreender de que maneira essa intuição repercutiu na doutrina de Ronald Dworkin sobre o conceito de direito individual e sobre as justificativas da liberdade de expressão.

Nesse sentido, Rawls instrumentaliza o raciocínio de escolha dos princípios da justiça para uma sociedade justa dentro das condições da posição original através da regra *maximin* de tomada de decisões. Esta regra orienta que se deve jogar da forma mais segura possível “escolhendo a alternativa cuja pior consequência nos deixa melhor que a pior consequência das outras alternativas. A reivindicação é ‘maximizar o mínimo’ de regressão ou perda de bem-estar”¹²⁸.

Considerando a utilização da regra *maximin*, que almeja o menor prejuízo possível, assim como é muito útil em situações de perigo ou em decisões em que é necessário cautela, Rawls explica que as “observações sobre a regra *maximin* tem como intuito apenas esclarecer a estrutura do problema da escolha na posição original”¹²⁹. Logo, é destacado que a posição original é uma situação em que as decisões devem ser tomadas com cuidado, visando proteger-se de situações futuras de perigo.

Após esses esclarecimentos a respeito dos pressupostos básicos da teoria de Rawls, considera-se adequado o momento para coloca-los em prática nas comparação das doutrinas do utilitarismo clássico, do utilitarismo médio e dos princípios da justiça para o melhor esclarecimento do argumento aqui desenvolvido.

Primeiramente, Rawls destaca que, na posição original, o utilitarismo médio, que defende a maximização *per capita* dos prazeres, seria escolhido em detrimento do utilitarismo clássico, que propõe a maximização total da utilidade em uma coletividade. Isso aconteceria porque “uma vez que as partes desejam promover seus próprios interesses, elas não desejam,

their protection are guaranteed by the first principle. Since they must secure these interests, they rank the first principle prior to the second”. In: RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 131.

¹²⁸ No original, o argumento completo: “One rule of choice – called “maximin” – directs that we play it as safe as possible by choosing the alternative whose worst outcome leaves us better off than the worst outcome of all other alternatives. The aim is to “maximize the minimum” regret or loss to well-being. To follow this strategy, Rawls says you should choose as if your enemy were to assign your social position in whatever kind of society you end up in”. In: FREEMAN, Samuel. **Rawls**. London, New York: Routledge, 2007, p. 168.

¹²⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 168. Ou no original: “These remarks about the maximin rule are intended only to clarify the structure of the choice problem in the original position”. In: RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 135.

de forma alguma, maximizar o saldo total de satisfação”¹³⁰. Dessa forma, o utilitarismo médio, que é defendido por Stuart Mill, é a forma mais forte de utilitarismo a ser enfrentada.

Em relação ao utilitarismo médio, é comentado que, considerando a hipótese de que os participantes da posição original não tem aversão ao risco, então a ideia da situação inicial conduz naturalmente ao princípio da utilidade média. Ao escolhê-lo, as partes maximizam o seu bem-estar esperado, visto segundo essa perspectiva. Porém não é essa a situação que faz parte da posição original, acontece o inverso, os participantes tem aversão ao risco.

Logo, são destacadas duas grandes dificuldades do utilitarismo médio¹³¹. A primeira é que não há fundamentos objetivos que justifiquem aceitar um risco dentro dos pressupostos da posição original. E tais fundamentos são importantes, especialmente porque as decisões deverão ser justificadas para as gerações futuras. A segunda é que “o argumento utilitarista supõe que as partes não tem vontade ou caráter definitivos, e que não tem objetivos finais determinados, nem uma concepção particular de seu próprio bem, que estejam interessadas em proteger”¹³².

Gargarella explica que, ao adotar uma concepção de justiça utilitarista média, “esdable esperar que surjan situaciones en las cuales los derechos fundamentales de algunos resulten puestos en cuestión en nombre de los intereses de la mayoría”¹³³. Samuel Freeman comenta que os princípios da justiça acabam “protegendo liberdades básicas iguais e igualdad de oportunidades justas e garante uma situação social mínima. Os princípios de utilidade, por contraste, não proporcionam qualquer garantia de tais bens”¹³⁴.

Como exemplo da superioridade dos princípios da justiça sobre o princípio da

¹³⁰ Ibidem, p. 174 e 175. Ou no original: “The classical principle equires that so far as institutions affect the size of families, the age of marriage, and the like, they should be arranged so that the maximum of total utility is achieved”. In: RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 140.

¹³¹ Comentários críticos em relação aos argumentos utilizados por Rawls contra o utilitarismo: “First, even if Mill has made a strong case for liberty (or for certain specific liberties), it may not be a case for equal liberty; the argument for equal liberty requires additional assumptions. Second, and more important, the case for liberty is itself precarious, relying as it does on the result of utilitarian calculations. Even if the calculations appear to support liberty today, tomorrow a new set of calculations could demonstrate that repression produces greater overall utility”. In: AMDUR, Robert. Rawls’s critique of *On Liberty*. In: TEN, C.L. (Ed.) **Mill’s On Liberty: A Critical Guide**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 108.

¹³² Ibidem, p. 190. Ou no original: “the utilitarian argument assumes that the parties have no definite character or will, that they are not persons with determinate final interests, or a particular conception of their good, that they are concerned to protect.”. In: RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 152.

¹³³ GARGARELLA, Roberto. **Las teorías de la justicia después de Rawls**. Um breve Manual de filosofia política. Barcelona, Buenos Aires e Madrid: Paidós, 1999, p. 30.

¹³⁴ No original, o argumento completo: “For should the worst transpire, the principles of justice provide an adequate share of primary goods enabling one to maintain one’s conscientious convictions and sincerest affections and pursue a wide range of permissible ends, by protecting equal basic liberties and fair equal opportunities, and guaranteeing a social minimum. The principles of utility, by contrast, provide no such guarantee of any of these goods”. In: FREEMAN, Samuel. **Rawls**. London, New York: Routledge, 2007, p. 170.

utilidade média, Rawls faz referência à justificativa da liberdade de consciência, exemplo que pode ser estendido para outras liberdades como a liberdade de expressão. É destacado que, na posição original, “a questão que elas devem decidir é saber qual princípio deveriam adotar para regular as liberdades dos cidadãos no que se refere aos seus interesses fundamentais de natureza religiosa, moral e filosófica”¹³⁵.

Então, Rawls argumenta que os participantes, se realmente levarem a sério as suas convicções morais e religiosas, não as colocariam em risco. Mesmo que houvesse uma probabilidade maior de, após a retirada do véu da ignorância, a religião de alguns ser a dominante (o que não há), a liberdade de consciência poderia ser colocada em risco. Assim, a igual liberdade de consciência é o único princípio que as pessoas na posição original conseguem reconhecer. Elas não podem correr riscos envolvendo a sua liberdade, permitindo que a doutrina religiosa ou moral dominante persiga ou elimine outras doutrinas se o pretender.

Neste ponto, é de se ressaltar o comentário que Rawls faz de Stuart Mill, em clara referência à obra *Ensaio sobre a liberdade*. Ele diz não negar que podem surgir justificativas persuasivas da liberdade em outras doutrinas, e afirma: “Como entendido por Mill, o princípio da utilidade muitas vezes sustenta a liberdade. Mill define o conceito de valor fazendo referência aos interesses do homem como um ser que progride”¹³⁶.

Após descrever o argumento de Mill sobre a liberdade (algo que já foi feito aqui nos tópicos 3.1.3) e ressaltar a sua força, Rawls destaca, como o seu ponto fraco, o fato de que ela ainda precisa “de equivalentes das conhecidas concepções utilitaristas”¹³⁷ de justiça. Isso significa dizer que quando uma sociedade decide maximizar “o saldo líquido de satisfação dos interesses, corre-se o risco de descobrir que a negação da liberdade para alguns se justifica em nome desse objetivo único. As liberdades de cidadania igual estão inseguras quando fundadas em princípios teleológicos”¹³⁸.

¹³⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 224. Ou no original: “The question they are to decide is which principle they should adopt to regulate the liberties of citizens in regard to their fundamental religious, moral, and philosophical interests”. In: RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 181.

¹³⁶ Ibidem, p. 227. Ou no original: “As understood by Mill, the principle of utility often supports freedom. Mill defines the concept of value by reference to the interests of man as a progressive being”. In: RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, p. 184.

¹³⁷ Ibidem, p. 228. Ou no original: “But even Mill's contentions, as cogent as they are, will not, it seems, justify an equal liberty for all. We still need analogues of familiar utilitarian assumptions”. In: RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 185.

¹³⁸ Ibidem, p. 229. Ou no original: “The liberties of equal citizenship are insecure when founded upon teleological principles. The argument for them relies upon precarious calculations as well as controversial and uncertain premises.”. In: RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 185.

O importante a ser demonstrado aqui é a postura crítica de Rawls em relação à doutrina utilitarista, juntamente com o reconhecimento da força argumentativa da obra *Ensaio sobre a liberdade* de Stuart Mill, mesmo considerando que tal influência utilitarista seria seu ponto fraco.

Mesmo após Rawls ter desenvolvido todos os pressupostos de contrato original e de véu da ignorância, descartando, por demasiada arriscada a doutrina utilitarista, seria possível ainda encontrar alguma contribuição na obra *Ensaio sobre a liberdade*? Se possível, quais contribuições seriam essas?

A resposta para essas indagações serão encontradas em um estudioso da obra de ambos, Ronald Dworkin, especialmente nos conceitos de direito antiutilitarista e nas justificativas da liberdade de expressão sobre o âmago da integridade política.

3.2.2 O argumento das preferências externas e o conceito antiutilitarista de direito

Dworkin afirma que, mesmo vivendo em uma sociedade dividida cultural, étnica, política e moralmente, aspiramos a viver juntos como iguais, e parece absolutamente crucial para essa ambição que também aspiremos que os princípios que nos governam nos tratem como iguais. E um governo que deseja agir dessa forma necessita de “uma concepção de interesse equitativo, e a integridade exige que o governo se decida por uma única concepção que não venha a rejeitar em nenhuma decisão, inclusive nas decisões de política”¹³⁹.

Isso significa dizer que, mesmo em questões que envolvem políticas públicas ou direitos individuais, se deve respeitar um parâmetro coerente de igualdade em relação a todos os cidadãos. Por mais que isso possa significar tratamentos diferentes nessas duas áreas, é necessária uma justificativa abrangente e coerente em princípio para ambas.

Para ocupar esse espaço é proposta a ideia do postulado político da igual consideração e respeito. Quando se diz que o governo trata os seus cidadãos com consideração e respeito se quer dizer que ele os trata como capazes de formar concepções inteligentes sobre como suas vidas devem ser e agir de acordo com elas.

A igual consideração e respeito surge quando são distribuídos bens e oportunidades de maneira igual sem distinguir tal atitude partindo do pressuposto de que a concepção de um

¹³⁹ Idem. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 267. Ou no original: “A government that accepts what I shall there call the abstract egalitarian principle, that it must treat its citizens as equals, needs a conception of equal concern, and integrity demands that the government settle on a single conception that it will not disavow in any decision.”. In: DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 222.

cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão¹⁴⁰.

Partindo desse postulado político, Dworkin propõe uma forma coerente de justificação da atuação do governo dentro da integridade política, construindo a igual consideração e respeito na integridade. Mas questões que envolvem investimentos públicos para o desenvolvimento de áreas estratégicas como economia, segurança ou, até mesmo, desenvolvimento social não devem ser tratadas, nesse pressuposto, da mesma maneira que direitos individuais como a liberdade de expressão. Esses dois âmbitos possuem naturezas políticas diferentes e que necessita de uma conceituação teórica específica.

Nesse âmbito, será necessário explicar a diferença que há entre princípios e políticas para que se possa entender de maneira adequada a crítica de Dworkin ao utilitarismo e o seu conceito de direito antiutilitarista dentro do âmbito da igual consideração e respeito na integridade política.

Há duas formas de justificativas políticas, a justificação por princípios e a justificação por políticas. A primeira se define por utilizar argumentos que protegem o direito específico de algum indivíduo que seria prejudicado injustamente pelo exercício da sua liberdade. Por outro lado, os argumentos de política são utilizados para apoiar medidas que “são necessárias para alcançar algum objetivo político geral, isto é, para realizar algum estado de coisas no qual a comunidade como um todo, e não apenas determinados indivíduos, estará em melhor situação em virtude da restrição”¹⁴¹.

Ainda nessa diferenciação, os argumentos de política podem ser subdivididos em argumentos de política utilitarista (tópico 3.1) e os de políticas ideais. Os primeiros defendem, resumidamente, que a comunidade como um todo estará em melhor situação se o total do seu prazer for maximizado, mesmo que alguns o tenham em menor quantidade. Os segundos sustentam que a comunidade estará em melhor situação se ela estiver “mais próxima de uma comunidade ideal, pouco importando se seus membros desejam ou não tal melhoria”¹⁴².

O postulado da igual consideração e respeito restringe, de maneira absoluta, a

¹⁴⁰ Idem. Que direitos temos? In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 419. Ou no original: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Massachusetts: arvard University Press, 1978, p. 273.

¹⁴¹ Ibidem, p. 421 e 422. Ou no original: “arguments of policy, which support constrains on the different ground that such constrains are required to reach some overall political goal, that is, to realize some state of affairs in which the community as a whole, and not just certain individuals, are better off by virtue of the constraint”. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Massachusetts: arvard University Press, 1978, p. 273.

¹⁴² Ibidem, p. 422. Ou no original: “Ideal arguments of policy, on the other hand, argue that the community will be better off, not because mote of its members will have more of what they want, but because the community will be in some way closer to an ideal community, whether its members desire the improvement in question or not”. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Massachusetts: arvard University Press, 1978, p. 273.

possibilidade de utilização dos argumentos de política ideais em uma comunidade, tendo vista que ele “viola o cânone da concepção liberal de igualdade, que proíbe um governo de basear-se na alegação de que certas formas de vida são intrinsecamente mais valiosas de outras”¹⁴³. Portanto, não é possível utilizá-los caso se deseje respeitar os cidadãos com igual consideração e respeito.

Em relação aos argumentos de política utilitarista, a primeira impressão, diz Dworkin, parece ser diferente. Isso porque, em seus cálculos para a maximização do prazer médio, o desejos dos membros da comunidade são tratados “sem bonificações ou descontos que reflitam a concepção de que esse membro é mais ou menos digno de consideração, ou que suas concepções são mais ou menos dignas de respeito”¹⁴⁴. Mas isso é um engano.

A falha no argumento utilitarista surge porque eles consideram que a restrição de uma liberdade pode fazer mais pessoas felizes, ou trará mais satisfação média para a comunidade. Todavia, nesse cálculo, são incluídas tanto preferências pessoais, sobre como as pessoas devem seguir a sua própria vida, como preferências externas, que trata sobre as preferências das pessoas a respeito da atribuição de bens e oportunidades para a vida de outras pessoas.

Assim, “um argumento utilitarista que atribua um peso decisivo às preferências externas de membros da comunidade não é igualitário no sentido que estamos examinando aqui. Ele não respeita o direito de cada um de ser tratado com igual consideração e respeito”¹⁴⁵. Ao considerar as preferências externas dos membros da comunidade em seu cálculo para a maximização do prazer médio, surge a possibilidade de restrições sobre a vidas de certas pessoas “porque suas concepções do que é uma forma de vida apropriada ou desejável terá sido desprezada pelos demais”¹⁴⁶, o que seria considerado uma dupla contagem (preferências pessoais + externas) no cálculo utilitarista.

A conclusão que se pode tirar dessa deficiência do argumento de política utilitarista é

¹⁴³ Ibidem. Ou no original: “because that argument would violate the canon of the liberal conception of equality that prohibits a government from relying on the claim that certain forms of life are inherently more valuable than others”. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Massachusetts: arvard University Press, 1978, p. 273.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 423. Ou no original: “(...) with no bonus or discount reflecting the view that that member is more or less worthy of concern, or his views more or less worthy of respect, than any other”. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Massachusetts: arvard University Press, 1978, p. 275.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 423. Ou no original: “But a utilitarian argument that assigns critical weight to the external preferences of members of the community will not be egalitarian in the sense under consideration. It will not respect the right of everyone to be treated with equal concern and respect”. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Massachusetts: arvard University Press, 1978, p. 275.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 424. Ou no original: “(...)if these external preferences are counted, so as to justify a constraint on liberty, then those constrained suffer, not siply because their personal preferences have lost in a compatittion for scarce resources with the personal preferences of others, but precisely because their conception of a proper or considerable formo f life is despised by others”. In: In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Massachusetts: arvard University Press, 1978, p. 276.

que, se eles forem realmente utilizados para justificar restrições à liberdade, será necessário uma forma de cuidado e de resguardo para garantir que nos cálculos utilitaristas só sejam utilizadas preferências pessoais e não preferências externas.

Dworkin reconhece, assim como Rawls, a importância e que essa é uma conclusão importante na filosofia política porque ela mostra “por que os argumentos de John Stuart Mill em *On Liberty* [Ensaio sobre a liberdade] não são antiutilitaristas, mas ao contrário, argumentos a serviço da única forma defensável de utilitarismo”¹⁴⁷.

Assim, mesmo que a tentativa de Stuart Mill em dividir prazeres mais desejáveis que outros seja uma louvável defesa do utilitarismo, para Dworkin, seguindo a intuição de Rawls, a impossibilidade dessa diferenciação ser realizada demonstra a sua fraqueza como justificativa para a tomada de decisões políticas em uma comunidade¹⁴⁸.

Essa constatação também ganha importância quando se nota que a estrutura atual das democracias representativas é reconhecida como adequada para a realização de políticas utilitaristas em sociedades complexas e diversificadas. Esse reconhecimento é exagerado porque esse modelo democrático não consegue excluir, por exemplo, as preferências externas, assim como influências como a financeira de suas decisões públicas¹⁴⁹.

Por esses motivos, Dworkin propõe um conceito antiutilitarista de direito individual como resposta aos defeitos filosóficos dessa doutrina e sua relação com a democracia. Ele explica que, nesse conceito antiutilitarista, afirmar que alguém tem o direito à liberdade de expressão implica que “seria errado, por parte do governo, impedi-los de se expressarem, mesmo acreditando que o que vão dizer causará mais mal do que bem”¹⁵⁰.

Naturalmente, não se deve exagerar no ponto e defender que nunca o governo está justificado a restringir um direito antiutilitarista. O que ele não pode fazer é “afirmar que o governo está autorizado a agir baseando-se simplesmente no juízo de que seu ato

¹⁴⁷ Ibidem, p. 424 e 425. Ou no original: “why the arguments of John Stuart Mill in *On Liberty* are not counter-utilitarian but, on the contrary, arguments in service of the only defensible form of utilitarianism”. In: In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Massachusetts: Harvard University Press, 1978, p. 276.

¹⁴⁸ Outra forma de desenvolvimento do mesmo argumento é a demonstrada no seguinte trecho: “Meu argumento, portanto, resume-se ao seguinte. Se o utilitarismo deve figurar como parte de uma teoria política funcional e atraente, é preciso que seja ressaltado de modo a restringir as preferências a considerar pela exclusão de preferências políticas tanto do tipo formal quanto informal. Uma maneira prática de conseguir essa restrição é oferecida pela ideia de direitos como trunfos sobre o utilitarismo irrestrito”. In: DWORKIN, Ronald. *Temos direito à pornografia?* In: Dworkin, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 542.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 425.

¹⁵⁰ Idem. *Levando os direitos a sério*. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 293. Ou no original: “The claim that citizens have a right to free speech must imply that it would be wrong for the Government to stop them from speaking, even when the Government believes that what they will say will cause more harm than good”. In: In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Massachusetts: Harvard University Press, 1978, p. 191.

provavelmente produzirá, no cômputo geral, um benefício para a comunidade”¹⁵¹

Essa concepção de direito individual sugere proteger os cidadão que são membros de uma comunidade política regida por uma democracia que aplica políticas baseadas em um utilitarismo não refinado em sua “a igual consideração e igual respeito ao proibir decisões que pareçam, previamente, terem sido tomadas provavelmente em virtude dos componentes externos das preferências relevadas pela democracia”¹⁵².

Ressalte-se que “deve ficar claro como essa teoria dos direitos pode ser usada em defesa da ideia, que é o tema deste capítulo, de que temos direitos precisos a certas liberdades, tais como a liberdade de expressão e de escolha em nossas relações pessoais e sexuais”¹⁵³.

Dignas de nota também são os comentários de Herbert Hart sobre o tema. Em seu *Entre a Utilidade e os Direitos*, o autor teceu fortes críticas à tese dos direitos como trunfos baseadas na própria doutrina utilitarista. A primeira delas volta-se contra a ideia de que a inserção das preferências externas dos membros da comunidade no cálculo utilitarista resultaria em uma dupla contagem de tais preferências (preferências pessoais + externas) contra minorias, que teriam apenas uma contagem (preferências pessoais). Hart afirma que não contar as preferências de alguns membros da comunidade, sejam qualquer dessas preferências, seria uma violação da máxima utilitarista de Mill, “todos devem contar como um, ninguém mais que um”. Por isso, não contar com as preferências de alguém, seria “subcontar’ e provavelmente seria tão ruim como contar em dobro”¹⁵⁴.

A segunda crítica é que, na interpretação de Hart, para Dworkin, qualquer privação da liberdade com base em um cálculo que utiliza preferências externas implica diretamente na desconsideração dos indivíduos envolvidos como mercedores de igual consideração e respeito. Essa relação é considerada um erro fundamental especialmente “nos casos em que a recusa de uma liberdade é o desfecho de um processo de decisão utilitário, ou voto da

¹⁵¹ Ibidem, p. 294. Ou no original: “He cannot say that the Government is entitled to act on no more than a judgement that its act is likely to produce, overall, a benefit to the community”. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Massachusetts: arvard University Press, 1978, p. 192.

¹⁵² Idem. Que direitos temos? In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 426. No original: “It allow us to enjoy the institutions of political democracy, which enforce overall or unrefined utilitarianinm, and yet protect the fundamental right of citizens to equal concern and respect by prohibiting decisions that seem, antecedently likely to have been reached by virtue of the external components of the preferences democracy reveals”. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Massachusetts: arvard University Press, 1978, p. 277.

¹⁵³ Ibidem, p. 426. Ou no original: “It should be plain how this theory of rights might be used to suport the idea, which is the subject of this chapter, that we have distinct rights to certain liberties like the liberty of free expression. And of free chice in personal and sexual relations”. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Massachusetts: arvard University Press, 1978, p. 277.

¹⁵⁴ HART, Herbert. *Entre a Utilidade e os Direitos*. In: HART, Herbert. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Tradução de José Garcia Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 244 e 245.

maioria, em que as preferências ou votos da minoria derrotada pela liberdade tiveram o mesmo peso que outros e foram superados em número”¹⁵⁵.

A última crítica destacada aqui argumenta que, como o conceito de Dworkin é basicamente criado para a proteção de minorias em um contexto geral de um utilitarismo irrestrito, o argumento “não pode fornecer apoio a direitos contra uma tirania ou governo autoritário que não baseie sua legislação coercitiva em considerações de bem-estar geral ou de voto majoritário”¹⁵⁶.

A resposta de Dworkin foi em seu artigo chamado *Temos direito à pornografia?*. Sobre a primeira crítica, ele argumenta que houve uma má interpretação de seus argumentos, por que o que ele quer dizer é que, utilizando o exemplo da prática sexual, quando se nega “a alguma pessoa a liberdade da prática sexual em virtude de uma justificativa utilitarista que se apoia nas preferências moralistas de outras pessoas, elas sofrem desvantagem pelo fato de seu conceito de uma vida adequada já ser desprezado por outros”¹⁵⁷. A questão aqui seria a contagem de julgamentos individuais sobre o conceito de vida boa de outras pessoas e não a mera restrição.

Em relação ao segundo argumento, Dworkin afirma que nem sempre considera todo e qualquer tipo de restrição de direitos como algo que viola a igual consideração e respeito dos indivíduos, mas apenas quando “a justificativa da restrição se apoia, de alguma maneira, no fato de outros condenarem as convicções ou valores daquela pessoa”¹⁵⁸.

Por fim, em relação ao terceiro argumento de Hart, a sua teoria não se volta apenas em defesa contra um “pacote” utilitarista de decisões públicas. Na realidade, “um pacote [modelo político] deve ser escolhido como o melhor de preferência aos outros, e duvido que, no fim, qualquer pacote baseado em alguma forma conhecida de utilitarismo se releve melhor”¹⁵⁹. Ele quer dizer que a sua doutrina não se volta apenas contra o utilitarismo e a sua teoria dos direitos é baseada na melhor escolha entre diferentes correntes políticas.

Dessa forma, pode-se concluir que Dworkin segue a crítica de Rawls em relação ao utilitarismo político, aqui representado por Stuart Mill, assim como também segue o reconhecimento da força de seus argumentos. Todavia ele constrói teoricamente o seu conceito de direito individual como antiutilitarista, almejando proteger os cidadãos que vivem em uma democracia das graves insuficiências que esse modelo possui na proteção da igual

¹⁵⁵ Ibidem, p. 246.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 242.

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. Temos direito à pornografia? In: Dworkin, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 546.

¹⁵⁸ Ibidem.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 552.

consideração e respeito.

A liberdade de expressão, nesse caso, é um trunfo que deve ser utilizado contra os arbítrios da maioria de uma comunidade política dentro de um contexto de utilitarismo irrestrito. Assim, mesmo que a sociedade como um todo perca com a sua proteção, ela deve continuar sendo respeitada.

3.3 Justificativas da liberdade de expressão

Outro ponto importante no qual é perceptível uma interpretação crítica da doutrina utilitarista de Stuart Mill na obra de Dworkin é quando se trata a respeito das justificativas da liberdade de expressão. No final do tópico 3.1.3, é comentada a observação de David Brink¹⁶⁰, em que ele destaca duas grandes justificativas para a defesa da liberdade de expressão na obra *Ensaio sobre a liberdade*.

A primeira ele chama de justificativa instrumental, já que a liberdade de expressão seria um instrumento para o surgimento de crenças verdadeiras em uma coletividade. O melhor exemplo dessa justificativa seria a metáfora do mercado de ideias, em que a competitividade do “mercado” faria surgir as melhores ideias da mesma forma que a competitividade econômica faria surgir os melhores produtos.

Enquanto a segunda é chamada de justificativa baseada na ideia de ser humano como ser em progresso, já que a liberdade de expressão seria a forma mais adequada de respeitar a natureza do ser humano como construtor de si mesmo. E isso só seria possível em uma atmosfera de liberdade.

Nas palavras de Dworkin, em *Por que a liberdade de expressão?*, a justificativa instrumental se define por ser importante “porque a permissão de que elas o digam produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade”¹⁶¹ e a segunda, chamada justificativa constitutiva, pressupõe que o “Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial ou “constitutivo”

¹⁶⁰ BRINK, David O. Mill’s liberal principles and freedom of expression. In: TEN, C.L. (Ed.) **Mill’s On Liberty: A Critical Guide**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 45.

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. Por que a liberdade de expressão? In: DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 319. Ou no original: “(...) not because people have any intrinsic moral right to say what they wish, but because allowing them to do so will produce good effects for the rest of us”. In: DWORKIN, Ronald. Why speech must be free? In: DWORKIN, Ronald. **The Freedom’s Law**. The moral Reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 200.

de uma sociedade política justa”¹⁶².

A justificativa constitutiva, para Dworkin, possui duas dimensões. A primeira diz que as pessoas devem tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal nas suas vidas, na política ou na fé. Assim, o “Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não tem qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis”¹⁶³.

A segunda diz que reconhecer os cidadãos como responsáveis moralmente vai além de proteger que eles façam as suas próprias escolhas na vida, na política e na religião. Esse pressuposto alcança a possibilidade deles expressarem tais convicções para os outros. Assim, o “Estado frustra e nega esse aspecto da personalidade moral quando impede que certas pessoas exerçam essas responsabilidades, justificando o impedimento pela alegação de que as convicções delas as desqualificam”¹⁶⁴.

3.4 Breve conclusão e provocações para o próximo capítulo

O primeiro capítulo deste trabalho voltou-se a introduzir e defender a importância da integridade política em uma sociedade complexa e plural caso se almeje tratar os cidadãos dessa sociedade com igualdade. A conclusão foi que, segundo este valor, é necessário trata-los de maneira coerente em princípio, mesmo se a concepções são objeto de grande divergência dentro da comunidade. E o critério para tal coerência, para Dworkin, deve ser a igual consideração e respeito, desenvolvendo o que foi chamado de igual consideração e respeito na integridade.

Iniciar com este debate foi necessário para que se deixe claro que o dissenso e a controvérsia são características das sociedades contemporâneas e que se deve saber tratar com essa realidade através de um critério bem definido. A liberdade de expressão é um fator

¹⁶² Ibidem, p. 319. Ou no original: “(...) not because the consequences it has, but because it is na essential and “constitutive” feature of a just political society that government treat all its adult members, except those who are incompetent, as responsible agents”. In: DWORKIN, Ronald. **The Freedom’s Law**. The moral Reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 200.

¹⁶³ Ibidem, p. 319. Ou no original: “Government insults its citizens, and denies their moral resposability, when it decrees that they cannot be trusted to hear opinions that might persuade them to dangerous or offensive convictions”. In: DWORKIN, Ronald. **The Freedom’s Law**. The moral Reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 200.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 320. Ou no original: “Government frustrates and denies that aspect of moral personality when it disqualifies some people from exercising these responsibilities on the ground that their convictions make them unworthy participants”. In: DWORKIN, Ronald. **The Freedom’s Law**. The moral Reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 200.

importante dentro dessa comunidade e debater um fundamento político para ela é um problema que deve ser enfrentado com cautela.

Dessa forma, o segundo capítulo foi introduzido com o objetivo de desenvolver elementos para a melhor interpretação de um conceito de direito e de justificativas que sejam adequados à liberdade de expressão em uma comunidade que respeita seus participantes como indivíduos moralmente responsáveis sobre suas próprias vidas e capazes de desenvolver criticamente a melhor forma de vivê-las.

Para alcançar esse conceito de maneira adequada considerou-se necessário compreender os argumentos desenvolvidos por Stuart Mill, dentro de sua perspectiva utilitarista, para obra *Ensaio sobre a liberdade*. Tal “panfleto” foi e ainda é extremamente influente no debate sobre liberdade de expressão em sociedades plurais que querem respeitar o valor da integridade política.

Entre os autores que interpretaram criticamente tal obra, percebeu-se que John Rawls, um dos grandes críticos do utilitarismo, reconheceu a importância dos argumentos expressos nela, com a ressalva do ponto fraco de sua base política utilitarista. A influência de sua crítica igualitária foi grande, assim como de seu reconhecimento da força dos argumentos de Mill. E, pode-se dizer que, tal influência alcançou Ronald Dworkin.

Neste capítulo, foi possível perceber que para compreender a proposta de liberdade de expressão em Dworkin, é de essencial importância conhecer e compreender corretamente as contribuições de Stuart Mill e de Rawls, nos pontos específicos abordados neste capítulo, já que são perceptíveis em seus textos a influência crítica desses autores.

No âmbito do conceito de direito como trunfo, a doutrina utilitarista foi utilizada como base para que, a partir de suas deficiências, fosse desenvolvido um instrumento político de defesa de minorias em sua igual consideração e respeito. A liberdade de expressão não seria bem compreendida em suas mais diversas formas caso não fosse abrangida no âmbito do direito como trunfo. Isso porque, em sua definição, um discurso deveria ser protegido mesmo que a sociedade como um todo perda com isso. Dificilmente, será criado um conceito de liberdade de expressão como direito individual mais simples e claro do que este.

As justificativas para esse direito também possuem forte influência de uma interpretação crítica igualitária da doutrina utilitarista de Stuart Mill. Em sua obra sobre a liberdade, como destaca David Brink, Mill desenvolve duas justificativas para a liberdade de expressão. A primeira, chamada instrumental, a vê como o melhor instrumento para o surgimento de verdades dentro de uma coletividade, ou seja, o debate livre de ideias seria o melhor caminho para o desenvolvimento das melhores ideias que guiarão a comunidade.

A segunda justificativa, baseada na natureza do homem como ser em progressão, demonstra que a liberdade de expressão é o caminho mais adequado para a adequação do ser humano como responsável sobre sua vida e o seu desenvolvimento crítico livre.

A partir dessas duas justificativas, Dworkin desenvolve seu entendimento, acrescentando, na segunda justificativa, que chama de “constitutiva”, a defesa dos cidadãos não só seguirem a vida que bem entenderem, mas também de expressarem suas convicções de maneira livre. Assim, cercear ideias por considerá-las “inadequadas”, ou “horrendas” seria considerar os membros da comunidade como irresponsáveis moralmente. A epígrafe deste capítulo resume a importância de um instrumento de defesa da expressão da ideia das pessoas contra uma tirania de opiniões e sentimentos prevalecentes.

Dentro do desenvolvimento teórico até aqui realizado, considera-se necessário o enfrentamento de um último, e não menos importante, problema: como esses conceitos são interpretados/realizados em um caso prático? Como eles são interpretados por aqueles que discordam das aplicações de Ronald Dworkin?

Nesse sentido, o próximo capítulo será desenvolvido. Os argumentos de Jeremy Waldron sustentando a criminalização do discurso de ódio serão analisados para que fique mais claro a perspectiva desses conceitos de liberdade de expressão dentro de um posicionamento divergente do de Dworkin, que defende a desregulamentação. Por fim, serão descritos alguns argumentos utilizados na decisão do caso *Ellwanger*, encontrado na experiência jurisdicional brasileira, para que os conceitos sejam melhor percebidos em um caso concreto.

4 O DEBATE A RESPEITO DO DISCURSO DE ÓDIO E O EXEMPLO DA EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A liberdade de expressão não é apenas um emblema especial e distinto da cultura ocidental que deve ser generosamente limitado ou qualificado na medida do respeito por outras culturas que o rejeitam da mesma forma que deve ser diminuído um artigo religioso cristão. Liberdade de discurso é uma condição para um governo legítimo. Estatutos e políticas não são legítimos a não ser que sejam adotados através de um processo democrático, e um processo não é democrático se o governo impedir alguém de expressar suas convicções sobre o que aqueles estatutos e políticas devem ser (tradução livre)¹⁶⁵.

Uma comunidade política que respeita a igual consideração e respeito na integridade política considera que a liberdade de expressão é um direito antiutilitarista, ou seja, que deve ser respeitado mesmo que a maioria seja prejudicada. E a justificativa para esse respeito possui duas dimensões. Uma é instrumental, já que considera a liberdade de expressão importante como instrumento de melhores condições políticas democráticas.

A outra é constitutiva, haja vista que considera tal direito individual como a melhor maneira de respeitar a natureza dos cidadãos da comunidade como seres humanos com dignidade e possuidores de responsabilidade e autonomia para a construção de suas próprias convicções e atitudes dentro da sociedade a que pertencem.

Os parâmetros para a interpretação desses conceitos em Dworkin foram desenvolvidos no capítulo 2, em que Stuart Mill e John Rawls foram autores de grande influência. Agora é necessário analisar como tais conceitos são compreendidos na prática de um debate concreto importante. E o debate escolhido é a respeito da criminalização do discurso de ódio.

A escolha do tema se justifica não apenas por ser atual e pulsante socialmente, mas também por alcançar os fundamentos da liberdade de expressão em pontos estratégicos que estão sendo descritos neste trabalho. A criminalização do discurso de ódio desrespeita os cidadãos de uma comunidade em sua responsabilidade moral? A honra e a dignidade social de minorias são valores que explicam a necessidade de responsabilização penal de discursos ofensivos?

Os argumentos de Jeremy Waldron se envolvem na questão de maneira

¹⁶⁵ No original: “Freedom of speech is not just a special and distinctive emblem of Western culture that might be generously abridged or qualified as a measure of respect for other cultures that reject it, the way a crescent or menorah might be added to a Christian religious display. Free speech is a condition of legitimate government. Laws and policies are not legitimate unless they have been adopted through a democratic process, and a process is not democratic if government has prevented anyone from expressing his convictions about what those laws and policies should be”. In: DWORKIN, Ronald. **The Right to Ridicule**. 2006. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2006/03/23/the-right-to-ridicule/>>. Acesso em: 03 dez. 2015.

filosoficamente responsável, enfrentando a tradição norte-americana da liberdade de expressão e respondendo criticamente os argumentos levantados por Ronald Dworkin. Enquanto Waldron defende a regulamentação do discurso de ódio como é realizado na maioria das democracias ocidentais, Dworkin é contra, seguindo a interpretação tradicional da primeira emenda à constituição norte-americana.

Após a análise desses argumentos teóricos, resta compreender como estes argumentos são utilizados em um caso concreto específico sobre a liberdade de expressão, o discurso de ódio e a sua regulamentação. Para esse objetivo, será tratado do Habeas Corpus (HC) 82.824-2/RS, julgado brasileiro também conhecido como caso Ellwanger, que envolve questões como antissemitismo, discurso de ódio e liberdade de expressão. Compreender a forma com a qual os argumentos foram utilizados nesse caso alcançarão o momento mais concreto dentro dos objetivos deste escrito.

4.1 A crítica de Waldron à desregulamentação do discurso de ódio

Na obra *The Harm in Hate Speech*, Jeremy Waldron almeja demonstrar os fundamentos que baseiam a criminalização do discurso de ódio em diversas democracias avançadas. Por mais que se refira ao debate constitucional norte-americano sobre o tema, ele é utilizado mais como problematização ou ponto de partida para a questão desenvolvida no livro do que seu objeto principal.

A grande questão para ele é que, “muitas vezes, no debate americano, os argumentos filosóficos sobre o discurso do ódio são instintivos, impulsivos e impensados”¹⁶⁶. Por isso, é almejado, no livro, contribuir com o debate através de bons argumentos que vão no sentido oposto à tradição americana.

Waldron afirma que os capítulos 3 e 4 são “o núcleo afirmativo do livro”¹⁶⁷. No capítulo 3º, são tratadas algumas questões terminológicas e históricas, além de sugeridos alguns critérios para a caracterização do dano no discurso de ódio e, no capítulo 4º, são detalhados os argumentos centrais a respeito de segurança de grupos vulneráveis e a proteção

¹⁶⁶ No original: “Often, in the American debate, the philosophical arguments about hate speech are knee-jerk, impulsive, and thoughtless”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 11.

¹⁶⁷ No original: “These chapters, 3 and 4, are the affirmative core of the book”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 16.

de sua dignidade.

Também deve-se destacar o acréscimo do argumento desenvolvido no capítulo 8º do livro, tendo em vista que ele trata da posição de Ronald Dworkin sobre a liberdade de expressão e, mais especificamente, a respeito do discurso de ódio na tradição americana.

Nesse sentido, o argumento de Waldron será exposto em três momentos. O primeiro será a exposição da tradição americana na liberdade de expressão a partir da obra *Liberdade para ideias que odiamos* de Anthony Lewis, livro que é utilizado como ponto de partida para a obra *The Harm in hate Speech*. Em seguida, será abordado o posicionamento de Waldron de maneira mais detalhada. Por fim, serão demonstrados os argumentos mais importantes no seu debate com Dworkin.

4.1.1 A tradição norte-americana da liberdade de expressão na obra “Liberdade para ideias que odiamos” de Anthony Lewis

A obra *Freedom for The Thought That We Hate* de Anthony Lewis, *Liberdade para ideia que odiamos* em português, possui o objetivo de ser uma espécie de biografia da tradição americana da liberdade de expressão, descrevendo como se alcançou a sua atual interpretação. Com um tom de exaltação, Lewis inicia o livro, afirmando que ”a sociedade americana é a mais franca que existe. Os americanos são mais livres do que qualquer outro povo para pensar o que quiserem e dizer o que pensam, e mais livre hoje do que no passado”¹⁶⁸.

O principal texto legislativo sobre a liberdade de expressão nos Estados Unidos é a primeira emenda à constituição americana¹⁶⁹, que diz:

O Congresso não fará nenhuma lei a respeito do estabelecimento de um religião oficial, ou proibindo o seu livre exercício; ou cerceando a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de petição ao Governo para reparação de injustiças.

¹⁶⁸ LEWIS, Anthony. Introdução. In: LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos**. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011, p. 9. Ou no original: “Americans are freer to think what we will and say what we think than any other people, and freer today than in the past. We can bare the secrets of government and the secrets of the bedroom. We can denounce our rulers, and each other, with little fear of the consequences”. In: LEWIS, Anthony. **Freedom for The Thought That We Hate**. New York: Basic Books, 2007, p. IX.

¹⁶⁹ No original: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”. In: UNITED STATES OF AMERICA. Constituição (1787). Constitution de 1787. **Constitution Of The United States**. Whashington, 17 set. 1789. Disponível em: <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 18 jan. 2016.

Mas Lewis afirma que, quando se fala da primeira emenda à constituição americana, não nos referimos apenas às 14 palavras que se referem à liberdade de expressão, mas “ao vasto corpo de leis que juízes criaram ao longo dos anos ao aplicá-la às questões que foram submetidas a sua apreciação”¹⁷⁰. Isso porque a história da primeira emenda mostra que apenas incluir uma garantia na constituição não garante que ela será cumprida. Nos Estados Unidos, ele afirma, “levou mais de um século para que os tribunais começassem a proteger oradores e editores de oposição contra a repressão do governo”¹⁷¹.

Mais especificamente sobre a criminalização do discurso de ódio, entre vários outros temas tratados no livro, Lewis afirma que os “Estados Unidos diferem da maioria das outras sociedades ocidentais no tratamento que dão ao discurso de ódio”¹⁷². Isso porque na Alemanha, no Canadá, no Brasil e em outros onze países europeus o discurso de ódio é visto como crime. Divulgar símbolos nazistas, ou negar o Holocausto, por exemplo, são atitudes passíveis de prisão. Nos Estados Unidos, nada disso é crime.

Mas não foi sempre assim. Então, Lewis faz referência ao caso *Beauharnais v. Illinois*¹⁷³, em que, em 1952, a Suprema Corte americana tomou uma decisão que permitia uma legislação que punia o discurso de ódio que retratasse depravação, imoralidade ou falta de virtude de uma classe de cidadãos. Beauharnais era um extremista clandestino que distribuiu um panfleto contendo uma petição dirigida ao prefeito e à câmara de vereadores de Chicago.

Havia escrito no panfleto que o seu objetivo era “acabar com as usurpações, os abusos e a violação dos direitos dos Brancos, os ataques contra suas propriedades, sua vizinhança e seus parentes pelos Negros...”¹⁷⁴. Juntamente com esse texto, havia um formulário de adesão

¹⁷⁰ LEWIS, Anthony. Introdução. In: LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos**. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011, p. 11. Ou no original: “When we say today that the First Amendment guarantees our freedom, we mean not only its brief text but the vast body of law that judges have built up over the years in applying it to issues brought before them”. In: LEWIS, Anthony. **Freedom for The Thought That We Hate**. New York: Basic Books, 2007, p. XI.

¹⁷¹ Ibidem, p. 13. Ou no original: “As the history of the First Amendment shows, putting a guarantee into a charter is no assurance that it will be enforced. After all, it took more than a century for the courts to begin protecting dissenting speakers and publishers from official repression in the United States”. In: LEWIS, Anthony. **Freedom for The Thought That We Hate**. New York: Basic Books, 2007, p. XIII.

¹⁷² Ibidem, p. 187. Ou no original: “The United States differs from almost all other Western societies in its legal treatment of hate speech”. In: LEWIS, Anthony. **Freedom for The Thought That We Hate**. New York: Basic Books, 2007, p. 157.

¹⁷³ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Beauharnais V. Illinois* nº 343 U.S. 250 (1952). Washington D.C., 28 de janeiro de 1952. Washington D.c. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/#annotation>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

¹⁷⁴ HAARSCHER, Guy. DIFAMAÇÃO COLETIVA: UMA NOÇÃO IRREMEDIAMENTE CONFUSA? **Revista Eletrônica do Curso de Direito - Puc Minas Serro**, Serro, n. 4, p.1, 2011. Disponível em: <<file:///C:/Users/User/Downloads/1947-9892-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 14.

ao *White Circle of America*, “Círculo Brando da América” em tradução livre. Após a sua condenação, ele questionou que a legislação que o punia era inconstitucional, o que o levou à Suprema Corte.

No caso, quem redigiu a opinião majoritária da Suprema Corte foi o juiz Felix Frankfurter. Seus fundamentos foram que a disposição legal do estado de Illinois poderia ser vista como uma forma de lei penal sobre difamação e acrescentou que tal fato era um crime segundo o *common law*.

Ele também argumentou que se é possível punir penalmente expressões dirigidas a um indivíduo, também deve ser punível se tais expressões se dirigirem a grupos definidos, afirmando que um emprego e sua dignidade podem depender da reputação do grupo o qual pertence. Não há o que se questionar que “esse último argumento buscava atingir principalmente a maioria branca que, cega pelos preconceitos, não tratava os Negros de acordo com seus próprios méritos individuais”¹⁷⁵.

O juiz Black redigiu um voto dissidente que, posteriormente, tornou-se famoso. Seus argumentos eram baseados na leitura “literal” da constituição americana, em que não havia nenhuma ressalva para a proteção da liberdade de expressão e de petição (o que de fato é verdade como pode ser visto acima). Ele argumentou, ainda, que a primeira emenda protegia o panfleto de Beauharnais de forma clara e expressa e que a opinião majoritária justificava a censura do Estado.

Esse precedente, segundo Lewis, foi derrubado pela decisão, em 1964, em *New York Times vs. Sullivan*¹⁷⁶. Nos termos desse caso e de seguintes, “funcionários públicos e figuras públicas não podem receber indenização por difamação, a menos que provem que uma falsa declaração de fato foi publicada intencionalmente ou de forma imprudente”¹⁷⁷.

Dessa forma, Lewis argumenta que a decisão de *New York Times vs. Sullivan*, que praticamente permite a difamação de autoridades públicas, derruba o precedente de *Beauharnais v. Illinois*, que criminalizava discursos de ódio que retratassem depravação ou falta de virtudes voltados a grupos específicos dentro da comunidade. Esse tema será revisitado no próximo tópico.

¹⁷⁵ Ibidem, p 2.

¹⁷⁶ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *New York Times Co. V. Sullivan* nº 376 U.S. 254. Whashington D. C., WHASHINGTON D. C. de 1964. Whashington D.C. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

¹⁷⁷ LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos**. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011, p. 189. Ou no original: “Under *Sullivan* and cases stemming from it, public officials and public figures cannot recover damages for libel unless they can prove that a false statement of fact was published knowingly or recklessly”. In: LEWIS, Anthony. **Freedom for The Thought That We Hate**. New York: Basic Books, 2007, p. 159.

Como último argumento da obra, agora tratando sobre a liberdade de expressão em geral, Lewis afirma que “numa sociedade livre, os cidadãos devem ter coragem – a coragem de ouvir não só o discurso político indesejado, mas ideias novas e chocantes em ciência e nas artes”¹⁷⁸.

No 2º capítulo do livro *The Harm in Hate Speech*, Waldron comenta o escrito de Anthony Lewis e são levantados dois pontos relevantes para o debate a respeito da criminalização do discurso de ódio em contraponto. O primeiro é que a questão não gira em torno dos pensamentos que odiamos, como se os defensores da criminalização do discurso de ódio quisessem entrar na mente das pessoas.

A questão é a publicação e o dano realizado a indivíduos e a grupos através da desfiguração de nosso ambiente social por “anúncios visíveis, públicos e semipermanentes para o efeito de que, na opinião de um grupo na comunidade, talvez a maioria, membros de outro grupo não são dignos de igual cidadania”¹⁷⁹. Dessa forma, a questão da relação social de grupos minoritários, levantada pelo juiz Frankfurter, é trazida como ponto relevante da discussão.

A questão levantada aqui, e que será desenvolvida posteriormente, é mudar o foco do debate para uma suposta criminalização de “pensamos” que discordamos, ou “odiamos”, para uma questão mais delicada, a reputação dos membros dos grupos atingidos por esses discursos. Tal reputação pode ser útil para a manutenção da vida com dignidade dos membros desses grupos na comunidade em que pertencem.

O outro ponto levantado é que a questão não trata a respeito da aceitação ou do ódio que os estudiosos da primeira emenda à constituição norte-americana tem em relação a alguns discursos semipermanentes, por exemplo. O dano que tais expressões causam, em primeira instância, são “nos grupos que são denunciados ou bestializados nos panfletos ou cartazes racistas”¹⁸⁰. Ou seja, não são danos à maioria branca e liberal que considera as ideias racistas desastrosas, mas em grupos sociais específicos e, muitas vezes, vulneráveis. Waldron nos convida a refletir sobre a real possibilidade de criar filhos, ou ter uma vida tranquila, com um

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 217. Ou no original: “Citizens in a free society must have courage—the courage to hear not only unwelcome political speech but novel and shocking ideas in science and the arts”. In: LEWIS, Anthony. **Freedom for The Thought That We Hate**. New York: Basic Books, 2007, p. 186.

¹⁷⁹ No original: “The issue is publication and the harm done to individuals and groups through the disfiguring of our social environment by visible, public, and semipermanent announcements to the effect that in the opinion of one group in the community, perhaps the majority, members of another group are not worthy of equal citizenship”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 33.

¹⁸⁰ No original: “The harm that expressions of racial hatred do is harm in the first instance to the group who are denounced or bestialized in the racist pamphlets and billboards”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 33.

ambiente social poluído com ódio.

Aqui, a questão é trazida para o ponto de vista daqueles que sofrem com as ofensas gratuitas à sua dignidade no cotidiano. Naturalmente, é mais fácil compreender a liberdade radical de expressão quando não se é atingido por tais discursos e, de fato, a maioria branca, ocidental e liberal não o é. A importância do convite à reflexão de Waldron é esta: entender o problema do ponto de vista daqueles que sofrem com ele.

O pensamento de Lewis não é tão radical a respeito da liberdade de expressão, haja vista que ele chega a afirmar que “devemos ter a capacidade de punir o discurso que incite à violência terrorista uma audiência que tenha entre seus membros alguns que estejam dispostos a agir com base nessa incitação. Isso é iminência suficiente”¹⁸¹. Todavia, no que se trata de discurso de ódio, não há a mesma abertura de quando se trata sobre terrorismo¹⁸².

4.1.2 Os fundamentos da criminalização do discurso de ódio para Jeremy Waldron

Jeremy Waldron inicia uma palestra sobre a criminalização do discurso de ódio em Oslo¹⁸³, assim como o seu livro *The Harm in Hate Speech*, descrevendo um caso. Nele é retratado o constrangimento que um pai muçulmano americano enfrenta, ao estar caminhando na rua com seus filhos de 7 e 10 anos, respectivamente, e encontra um cartaz que diz “Muçulmanos e 11/09! Não os sirvam, não falem com eles e não deixem eles entrar!”¹⁸⁴.

Com esse cartaz, várias mensagens são enviadas. Para os membros das minorias, no

¹⁸¹ LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos**. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011, p. 197. Ou no original: “I think we should be able to punish speech that urges terrorist violence to an audience some of whose members are ready to act on the urging. That is imminence enough”. In: In: LEWIS, Anthony. **Freedom for The Thought That We Hate**. New York: Basic Books, 2007, p. 167.

¹⁸² Também há um debate interessante sobre a história da primeira emenda nos Estados Unidos. Sempre destacando como a interpretação de tal preceito constitucional autorizava várias formas de restrições. Sobre a questão, Paul Stevens afirma que ela deixa de lado a importante questão que girava em torno dos vários grupos de imigrantes que chegavam nos Estados Unidos no período da promulgação do texto. Segundo Stevens, tais grupos competiam entre si nos negócios e na política, o que oferecia um outro contexto para a liberdade de expressão. Ele afirma que: “The interesting and informative discussion of history in this chapter omits any comment on the importance of a unique aspect of American history: the fact that during the period under discussion the dynamic growth of America was fueled by immigration of several different ethnic groups, each attracted by the freedom of opportunity here but also each engaged in economic and political competition with other groups of immigrants. What might now be classified as “hate speech” included not merely comments by members of the majority but exchanges between rival ethnic groups”. In: STEVENS, John Paul. **Should Hate Speech Be Outlawed?** 2012. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2012/06/07/should-hate-speech-be-outlawed/>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

¹⁸³ WALDRON, Jeremy. **Session 4: Multiculturalism and Human Rights - Part 1/2 - Fritt Ord & NYRB-Conference, Oslo**. 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=DoSbp8pdbM8>>. Acesso em: 19 01 2016.

¹⁸⁴ WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 1.

caso uma família muçulmana¹⁸⁵, diz-se que, por mais que seja hospitaleira e não discriminatória a sociedade de que fazem parte, eles não são queridos nela. Também são lembrados que, a qualquer momento, podem sofrer algum tipo de abuso ou de ofensa por qualquer pessoa dessa mesma comunidade. Além de serem lembrados das tragédias que aconteceram com eles no passado.

Com esse cartaz também são enviadas mensagens para os outros membros da comunidade que não fazem parte dessa minoria. O teor da mensagem é que se sabe que algumas pessoas não concordam com a presença desses grupos na comunidade e que os acham perigosos. Essas pessoas são avisadas de que não estão sozinhas e que há pessoal o bastante para organizar um cartaz daquela natureza.

Para Waldron, esta é a grande questão da criminalização do discurso de ódio, enviar estas mensagens, “fazê-las parte da fábrica permanente e visível da sociedade, assim, para o pai caminhando com seus filhos no nosso exemplo, não haverá saída quando eles forem confrontados por um desses sinais e as crianças perguntarem a ele, ‘O que significam?’”¹⁸⁶.

Naturalmente, e aqui se podem lembrar os ensinamentos da integridade, é afirmado que os diversos grupos que participam de uma comunidade devem compreender que ela não necessariamente deve respeitar todos os seus parâmetros de justiça. Mas isso também serve para com os outros membros da comunidade.

Todos os membros de uma comunidade devem ser capazes de ir trabalhar com a segurança de que não serão confrontados com hostilidade, violência, exclusão ou discriminação por outros membros. Este senso de segurança “no espaço em que habitamos é um bem público, e, em uma boa sociedade, é algo que todos devem contribuir e ajudar a sustentar de uma forma instintiva e quase imperceptível”¹⁸⁷.

Atuar da forma que acontece nos Estados Unidos acaba criando um problema para a paz social, “um tipo de veneno de ação contínua, acumulando-se aqui e ali, palavra por

¹⁸⁵ Paul Steves afirma que Waldron não enfrenta a questão da criminalização da expressão que envolve muçulmanos e os discursos religiosos que incitam o extremismo. Mais especificamente, ele afirma que: “Nevertheless, such speech may generate responses by both neutral observers and respected leaders of the Muslim community that will both produce a better understanding of that community’s culture and correct misleading statements by extremists”. In: STEVENS, John Paul. **Should Hate Speech Be Outlawed?** 2012. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2012/06/07/should-hate-speech-be-outlawed/>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

¹⁸⁶ No original: “That’s the point of these signs – that’s the point of hate speech – to send these messages, to make these messages part of the permanent visible fabric of society so that, for the father walking with his children in our example, there will be no knowing when they will be confronted by one of these signs, and the children will ask him, “Papa what does it mean?”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 3.

¹⁸⁷ No original: “This sense of security in the space we all inhabit is a public good, and in a good society it is something that we all contribute to and help sustain in a instinctive and almost unnoticeable way”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 4.

palavra, até que eventualmente ele torna-se mais forte e menos natural mesmo para aqueles membros de ‘bom coração’ manterem a sua parte na manutenção do bem público”¹⁸⁸.

A criminalização do discurso de ódio seria uma forma de proteção da dignidade dos membros dessas minorias. Não apenas uma aura kantiana de não-instrumentalização, mas algo mais palpável. A dignidade de uma pessoa seria “sua posição social, os fundamentos básicos de uma reputação que o intitula a ser tratado como igual nas operações ordinárias da sociedade”¹⁸⁹.

Comparando a tradição norte-americana, Waldron também afirma que as várias outras democracias que regulam o discurso de ódio não consideram que isso fere a liberdade de expressão. E faz referência a dois documentos importantes sobre a questão, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e à Convenção Internacional de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CIEDR).

O art. 20, n. 2, do PIDCP prescreve que “Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência”¹⁹⁰, assim como o art. IV da CIEDR prescreve que os “Estados partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em ideias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça (...) e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação”¹⁹¹.

Após essas observações preliminares, já no 3º capítulo da obra de Waldron, esclarecem-se pontos a respeito da criminalização do discurso de ódio, além de sugeridos alguns critérios para a sua caracterização. O primeiro esclarecimento trata da diferença entre crimes de ódio e a criminalização do discurso de ódio.

A ideia de crime de ódio baseia seu foco na motivação. Daí que, nos Estados Unidos, em crimes como roubos, lesões corporais ou homicídios, o ódio passa um elemento distinto do crime, ou um agravante. Por outro lado, na criminalização do discurso de ódio, o ódio não é relevante como motivação das ações, mas como um possível efeito de determinadas formas

¹⁸⁸ No original: “In doing so, it creates something like an environmental threat to social peace, a sort of slow-acting poison, accumulating here and there, word by word, so that eventually it becomes harder and less natural for even the good-hearted members of the society to play their part in maintain this public good”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 4.

¹⁸⁹ No original: “A person’s dignity is not just some Kantian aura. It is their social standing, the fundamentals of basic reputation that entitle them to be treated as equals in the ordinary operations of society”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 5.

¹⁹⁰ ASSEMBLÉIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional, de 1966. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**. Nova Iorque, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 19 jan. 2016.

¹⁹¹ ASSEMBLÉIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção, de 1969. **Convenção Internacional Sobre A Eliminação de Todas As Formas de Discriminação Racial**. Nova Iorque, Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

de discurso.

Além disso, o discurso de ódio trata da “situação de pessoas vulneráveis que estão sujeitas ao ódio direto por sua raça, etnia, ou religião; fora dessa situação, defensores da criminalização do discurso de ódio devem ter pouco ou nenhum interesse no tópico do ódio como tal”¹⁹². E o discurso de ódio “falado” também pode ser um causador de um dano a alguém, mas não é o foco principal defendido.

Para Waldron, “é a presença permanente da palavra publicada, da imagem postada que é particularmente preocupante, neste contexto; e é aí que deve ser focado o debate sobre a criminalização do ‘discurso de ódio’”¹⁹³. Neste ponto percebe-se a força ilustrativa do exemplo trazido anteriormente. O pai com seus filhos muçulmanos não é “ofendido” através de um discurso falado, mas escrito e publicado de maneira semipermanente em uma via pública.

Ainda no sentido de esclarecer o sentido de discurso de ódio que deve ser regulado, é sugerido o termo “difamação coletiva”, ou “difamação de grupo” como sinônimos. Isso porque não se trata simplesmente de ofender uma pessoa específica, ou ofender a honra de uma autoridade. Por mais que se almeje, com essa legislação, proteger a dignidade de indivíduos, isso é realizado através da proteção da identidade do grupo os quais eles pertencem.

Da mesma forma, não é o primeiro insulto que caracteriza uma punição na legislação de um discurso de ódio. O que desperta a atenção do direito penal “é o fato de que algo expresso tornou-se estabelecido como uma visível ou palpável característica do espaço – parte do que as pessoas podem ver e tocar no espaço real (ou no virtual) (...)”¹⁹⁴.

Nesse sentido, legislações que proíbem difamação coletiva ou de grupo são estabelecidas para proteger a ordem pública, “não apenas para prevenir violência, mas para estabelecer, contra ataques, um senso compartilhado dos básicos elementos do status de casa pessoa, dignidade, e reputação como um cidadão ou membro da sociedade em uma boa

¹⁹² No original: “They are concerned about the predicament of vulnerable people who are subject to hatred directed at their race, ethnicity, or religion; apart from that predicament, advocates of hate speech legislation may have little or no interest in the topic of hatred as such”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 37.

¹⁹³ No original: “But to my mind, it is the enduring presence of the published word of the posted image that is particularly worrying in this connection; and this is where the debate about “hate speech” regulation should be focused”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 37 e 38.

¹⁹⁴ No original: “It is the fact that something expressed becomes established as a visible or tangible feature of the environment – part of what people can see and touch in real space (or in virtual space) as they look around them: this is what attracts the attention of the criminal law”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 45.

posição”¹⁹⁵.

Em seguida, Waldron estipula quatro características que um discurso de ódio a ser regulado pode ter. A primeira delas é que a associação deve tomar a forma de uma reivindicação factual, tal como aconteceu no caso *Beauhanais*. Nele, houve uma imputação de armas, crimes e maconha como coisas tipicamente de negros. Colocar em público tais conotações factuais e tratá-las como geralmente aceitas pode ter um profundo efeito em todos os membros do grupo.

Outra característica é que a difamação coletiva frequentemente envolve a qualificação do grupo com elementos que denigrem seus integrantes. A terceira característica é que, através dessas desqualificações, os membros do grupo são atingidos na base normativa da igualdade, em que não são mais reconhecidos como seres humanos e são comparados a animais e insetos.

A quarta, e última característica, trata sobre aquelas qualificações que vão além da opinião, denegrindo o grupo através de slogans ou instruções intencionadas implicitamente para denegrir. Isso pode ser um sinal, um símbolo, ou um gesto que, para aqueles que são endereçados deve ser tão cruel como um “Muçulmanos fora!”.

“Separados ou juntos”, Waldron afirma, “esses ataques à reputação ferem a dignidade das pessoas afetadas – ‘dignidade’, em um sentido de sua básica posição social, a base de seu reconhecimento como socialmente igual e portador de direitos humanos e constitucionais”¹⁹⁶.

No final do capítulo, ele desenvolve seu argumento a respeito da opinião de Lewis sobre a superação do precedente de *Beauhanais vs. Illinos*, que permitia a criminalização do discurso de ódio nos Estados Unidos, pelo precedente de *New York Times vs. Sullivan*. Waldron afirma que essa superação é tão clara.

Como dito no tópico anterior, o caso *Sullivan* trata da possibilidade de um jornal criticar uma autoridade pública e o sr. *Beauhanais* não está criticando uma autoridade. Ele critica um grupo vulnerável, que sofreu grandes danos por uma concepção de superioridade racial que ainda deixa vestígios na cultura norte-americana¹⁹⁷. Por isso, ainda que não seja objetivo do livro criar uma justificativa constitucional para a criminalização do discurso de

¹⁹⁵ No original: “They are set up to vindicate public order, not just by preempting violence, but by upholding against attack a shared sense of the basic elements of each person’s status, dignity, and reputation as a citizen or member of society in good standing (...).” In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 47.

¹⁹⁶ No original: “Singly or together, these reputational attacks amount to assault upon the *dignity* of the persons affected – “dignity”, in the sense of their basic social standing, the basis of their recognition as social equals and as bearers of human rights and constitutional entitlements.” In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 60.

¹⁹⁷ WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 62.

ódio, a questão não está plenamente resolvida¹⁹⁸.

No 4º capítulo, no qual está o principal argumento do livro, é feito um contraste entre uma sociedade que permite manifestações racistas e islamofóbicas e uma sociedade livre e aberta às oportunidades, às vidas e às boas expectativas dos membros de todos os grupos que a compõe. Este é o seu mote principal.

Como referência, Waldron utiliza, brevemente, o conceito de sociedade bem-ordenada desenvolvido por Rawls na sua obra *O liberalismo político*. Nela, Rawls afirma que uma sociedade bem ordenada possui três características, i) os indivíduos aceitam, e sabem que os demais compartilham, os mesmos princípios de justiça¹⁹⁹; ii) há bons motivos para acreditar que a estrutura básica da sociedade, instituições políticas e sociais, respeitam esses princípios de justiça e, por fim, iii) os seus cidadãos tem um senso normalmente efetivo de justiça e, assim, concordam com as instituições básicas da sociedade²⁰⁰.

Também seria possível utilizar a integridade como um valor mais concreto, mas se deve respeitar a escolha do autor do argumento. E Waldron esclarece que não almeja desenvolver os preceitos técnicos do tema. Ele quer apenas “usar um elemento da concepção de Rawls para trazer alguma luz no problema não-abstrato e não-técnico que trouxe (...) que é a publicação de expressões caluniosas de ódio e desprezo para alguns grupos raciais, étnicos ou religiosos”²⁰¹.

Dáí, argumenta-se que, a partir do pressuposto de que os membros de uma sociedade bem-ordenada compartilham os mesmos princípios de justiça, é necessário deixar claro a todos os seus participantes os fundamentais princípios da liberdade, da equidade e da

¹⁹⁸ Paul Stevens ainda complementa que há duas maneiras nas quais não é errado comparar grupos a autoridades políticas. A primeira é que comentários sobre grupos são mais de interesse público do que sobre indivíduos, enquanto a segunda é que grupos, assim como figuras públicas, são mais preparados para responder críticas que indivíduos. O argumento completo: “But there are two reasons why it is not “silly” to treat groups of private figures similarly to individual public figures. First, as is the case with critical comments about public figures, comments about groups are more likely to concern issues of general public interest than are comments about individuals. The concern about chilling valuable speech on such topics is significant, as it was in *Sullivan*. And second, groups, like public figures, are better able to make effective responses to unfair charges than the average private citizen. Groups may aggregate their resources for response and take advantage of the greater credence the public may afford to their shared, rather than individual, view”. In: STEVENS, John Paul. **Should Hate Speech Be Outlawed?** 2012. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2012/06/07/should-hate-speech-be-outlawed/>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

¹⁹⁹ Neste ponto, é interessante pressupor o desenvolvido no tópico 2.2.1 do capítulo 2 a respeito dos princípios de justiça de Rawls.

²⁰⁰ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 79. Ou no original: RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1996, p. 36.

²⁰¹ No original: “But I do want to use an element of Rawls’s conception to cast some light on the non-abstract and non-technical problem that I addressed in Chapter 3 – the problem of what to do about hate speech, when it takes the form of group defamation – that is, the publishing of calumnies expressing hatred and contempt for some racial, ethnic, or religious group”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 66.

dignidade. Ele se concentra na segurança de um compromisso geral aos fundamentos da justiça e dignidade que uma sociedade bem-ordenada pressupõe fornecer aos seus cidadãos, levando a medida dessa segurança ao considerar manifestações semipermanente de ódio²⁰².

Considerando o que chama de estética política, o estudo de manifestações culturais através de seu viés político, ele confronta as manifestações de ódio e racismo dentro dos parâmetros de uma sociedade bem-ordenada. É feito isso afirmando que em seu formato publicado em panfletos, postado na internet ou pregado em paredes, “o discurso de ódio pode se tornar uma atividade que define o mundo, e aqueles que a promulgam sabem disso muito bem (...) que o mundo visível que criam é muito mais difícil de se viver para os seus endereçados”²⁰³. Com isso, é trazida a questão a respeito de como deve parecer uma sociedade bem-ordenada para os seus membros e que valores a sua aparência deve transmitir para eles.

A resposta a essa provocação é que as sociedades não se tornam bem-ordenadas sozinhas, ou por mágica. E o trabalho do direito como parâmetro nas vidas das pessoas deve ser utilizado para mudar a conduta daquelas que possuem a vontade de transmitir o ódio através do discurso dentro de uma comunidade bem-ordenada.

Há uma necessidade, é argumentado, da regulamentação desses discursos na medida em que bens públicos serão protegidos até mesmo sem a atuação do Estado. Logo, se o bem a ser protegido é um bem público, qual seja a segurança geral e difusa para todos os habitantes da sociedade, considerando os elementos básicos da justiça, então, é natural pensar que o direito deve estar envolvido²⁰⁴.

A ideia defendida é que a aparência de uma sociedade é uma das primeiras formas de garantir segurança para os seus membros, demonstrando como eles serão tratados pelos seus semelhantes. E essa segurança é necessária não pelos controversos detalhes de uma concepção específica de justiça, mas dos fundamentos dela como valor coletivo. Ou seja, que todos merecem proteção contra a indignidade e a exclusão.

Para Waldron, a difamação coletiva ou de grupo envolve a negação desses fundamentos para alguns grupos da comunidade. Por isso, que “se estamos imaginando uma sociedade no caminho de se tornar bem-ordenada, devemos imaginar formas nas quais essas seguranças básicas são oferecidas, mesmo que não estejamos ainda em posição de garantir um

²⁰² WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 69.

²⁰³ No original: “In its published, posted, or pasted-up form, hate speech can become a world-defining activity, and those who promulgate it know very well—this is part of their intention—that the visible world they create is a much harder world for the targets of their hatred to live in”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 74.

²⁰⁴ WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 81.

consenso mais detalhado sobre justiça”²⁰⁵.

E essa segurança define-se por ser aquela que tais indivíduos tem e precisam em conexão com a sua confiança e autoestima. “Em uma sociedade bem-ordenada(...) todos podem desfrutar de uma certa segurança de seguir suas vidas. Eles sabem que, quando deixarem as suas casas, pela manhã, podem contar que não serão discriminados ou humilhados ou aterrorizados”²⁰⁶.

A auto-representação visual de uma sociedade não teria um significado apenas estético para seus membros, mas também seria a transmissão de uma garantia para todos os cidadãos. Uma garantia de que serão tratados justamente pelo Estado e pelos seus semelhantes. Isso porque tais reivindicações odiosas “intimam que as pessoas consideradas devem esperar serem tratadas de uma maneira degradante”²⁰⁷.

Dessa maneira, com a criminalização do discurso de ódio, busca-se proteger a dignidade dos membros de grupos vulneráveis. E a dignidade não seria apenas um artifício kantiano teórico, mas também “uma questão de status, e como tal ela também é normativa: ela é algo sobre uma pessoa que requer respeito de outros e do Estado”²⁰⁸. Ela estaria relacionada com o reconhecimento daquelas pessoas como membros de dignidade no âmbito social, algo mais relacionado a proteção da sua reputação.

Outro ponto a se destacar é que, além de proteger a dignidade em sua forma de reputação social, a criminalização do discurso de ódio também atua “bloqueando a construção de bens públicos rivais que os racistas e os islamofóbicos então tentando construir entre si”²⁰⁹. Isso significa dizer que tal ato estatal bloquearia a organização de pessoas com valores que fossem além daqueles fundamentos de justiça necessários para a boa convivência social.

²⁰⁵ No original: “And it seems to me that if we are imagining a society on the way to becoming well-ordered, we must imagine ways in which these basic assurances are given, even if we are not yet in a position to secure a more detailed consensus on justice”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 82 e 83.

²⁰⁶ No original: “In a well-ordered society, where people are visibly impressed by signs of one another’s commitment to justice, everyone can enjoy a certain assurance as they go about their business. They know that when they leave home in the morning, they can count on not being discriminated against or humiliated or terrorized.”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 84.

²⁰⁷ No original: “Such hateful claims are not just anthropological speculations; they intimate that the people concerned should expect to be treated in a degrading manner if the person making the hateful claim and the fellow-travelers that he is appealing to have their way”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 86.

²⁰⁸ No original: “It is a matter of status, and as such it is in large part normative: it is something about a person that commands respect from others and from the state”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 85.

²⁰⁹ No original: “Accordingly, hate speech laws aim not only to protect the public good of dignity-based assurance, but also to block the construction of this rival public good that the racists and Islamophobes are seeking to construct among themselves”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 95.

Dessa maneira, o discurso de ódio seria regulado pelos mesmos motivos que os escapamentos de carros são. Isso porque os escapamentos de carros são regulados por aumentarem emissão de poluentes na atmosfera, o que trás consequências ruins para a comunidade. Da mesma forma, o discurso de ódio seria regulado para que futuros prejuízos na sociedade sejam evitados.

Terminando o capítulo, Waldron afirma que a grande contribuição a ser reconhecida e que talvez alcance horizontes além do livro, é que “o importante é que cidadãos tenham a segurança pública, e que ela seja provida não apenas pelo governo e pelas legislações, mas pelos cidadãos, respeitando-se uns aos outros com seus objetivos de cooperar na administração dos regulamentos (...)”²¹⁰.

4.1.3 O debate com Ronald Dworkin

Agora, é alcançado o memento no qual os conceitos teóricos desenvolvidos no capítulo 2 deste trabalho são utilizados em um tema prático e sua aplicação é questionada. Em resumo, novamente, pode-se dizer que a liberdade de expressão, considerando a integridade em sua igual consideração e respeito, é um direito individual, o qual se define por ser algo que deve ser mantido mesmo que essa atitude traga consequências negativas para a comunidade como um todo.

Além disso, a partir das discussões teóricas desenvolvidas por Stuart Mill sobre liberdade de expressão, é possível dizer que ela possui duas dimensões de justificação. Uma instrumental, que volta-se à proteção da liberdade de expressão como um instrumento para fortalecer a democracia, e uma constitutiva, que volta-se à melhor adequação com a natureza com ser humano como um ser em progressão.

Essas duas dimensões possuem semelhanças, haja vista que ambas não atribuem um caráter absoluto à liberdade de expressão, em que se destaca a possibilidade de restringi-la em situações específicas. Mas não é de se questionar a natureza mais frágil que a dimensão instrumental possui. Isso acontece porque se “o objetivo da liberdade de expressão é o de simplesmente garantir que a democracia funcione bem (...), a liberdade de expressão é muito menos importante quando diz respeito à arte ou às decisões pessoais ou sociais”²¹¹.

²¹⁰ No original: “What is important is that citizens have a public assurance that this is so, and that this public assurance be provided not just by the government and the laws, but by citizens assuring one another of their willingness to cooperate in the administration of the laws and in the humane and trustful enterprise that elementary justice requires”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 103.

²¹¹ DWORKIN, Ronald. Por que a liberdade de expressão? In: DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A

Ainda nessa linha, agora em relação a discursos neonazistas ou racistas, Dworkin questiona: Será que o eleitorado realmente “fica mais apto a escolher seus líderes ou seus cursos de ação política por permitir esse curso de ação política? Será que nos seria mais fácil separar a verdade do erro (...) se os membros da Klan, os nazistas ou os sexistas dogmáticos tivessem de ficar em silêncio?”²¹². A resposta para ambas as perguntas é não. A justificativa instrumental não é capaz de proteger tais discursos.

O motivo principal para a proteção da liberdade de expressão para pornógrafos, neonazistas e discursos de ódio em geral está na justificativa constitutiva, que prescrever que “somos uma sociedade liberal comprometida com a responsabilidade moral individual, e nenhuma censura de conteúdo é compatível com esse compromisso”²¹³.

A ideia de cidadão como alguém responsável moral sobre si mesmo, que complementa a ideia de ser humano como ser em progresso de Mill exposta nos tópicos 3.1.2 e 3.1.3 do capítulo 3, fundamenta o fato de que não se deve interferir naquilo que ele vê ou não. A apenas o próprio cidadão pode decidir sobre isso e a intervenção do Estado em assuntos dessa natureza é uma forma de intromissão na autonomia do indivíduo.

Partindo da ideia de responsabilidade moral, Dworkin argumenta que é “contraditório pensar que alguém tem o direito de determinar o que eles podem ou não podem ler com base num juízo oficial qualquer sobre o que vai edificar ou destruir o caráter deles ou o que os levaria a ter opiniões incorretas sobre assuntos de interesse social”²¹⁴.

E essa posição abrange, inclusive, o “direito ao ridículo”, ou seja, o direito de ridicularizar qualquer tipo de coisa em uma democracia. Ele explica que o “ridículo é uma

leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 321 e 322. Ou no original: “If the point of freedom of speech is only to ensure that democracy Works well – that people have the information they need in order to vote properly, or to protect democracy from usurping officials, or to ensure that government is not corruptor incompetent – then free speech is much less important in matters of art or social or personal decisions”. In: DWORKIN, Ronald. Why speech must be free? In: DWORKIN, Ronald. **The Freedom’s Law**. The moral Reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 201.

²¹² Ibidem, p. 326. Ou no original: “Is our electorate really in a better position to choose its leaders or its policies because it permits speech of the kind? Whould we be in a worse position to sift truth from falsity – would the marketplace of ideas be less efficient – if Klansmen or Nazis or sexist bigots were silent?” In: DWORKIN, Ronald. Why speech must be free? In: DWORKIN, Ronald. **The Freedom’s Law**. The moral Reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 204.

²¹³ Ibidem, p. 327. Ou no original: “(...) we are a liberal society committed to individual moral responsibility, and *any* censorship on grounds of content is inconsistent with that commitment”. In: DWORKIN, Ronald. **The Freedom’s Law**. The moral Reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 205.

²¹⁴ Ibidem, p. 333. Ou no original: “It is obvious inconsistent with respecting citizens as responsible moral agents to dictate what they can read on the basis of some official judgment about what will improve or destroy their characters, or what would cause them to have incorrect views about social matters”. In: DWORKIN, Ronald. **The Freedom’s Law**. The moral Reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 207 e 208.

espécie distinta de expressão; e sua substância não pode ser remontada em uma forma retórica menos ofensiva sem expressar algo muito diferente do que se pretendia”²¹⁵.

O trabalho mais recente de Dworkin a respeito do tema foi um prefácio publicado à obra *Extreme Speech and Democracy*. Já no início do prefácio, Dworkin já induz provocações que introduzem a manutenção de sua posição descrita aqui e no tópico 3.3 do capítulo 3, aprofundando em sua relação com a democracia. Ele questiona: “A liberdade de expressão é valiosa primeiramente por razões democráticas porque ela promove um eleitorado informado? Ou há uma conexão mais vital entre liberdade de expressão e democracia além dessa importante consideração instrumental?”²¹⁶

Explicando a sua posição, e aprofundando o que foi dito até aqui neste trabalho, Dworkin afirma que a importância da liberdade de expressão em uma democracia não é apenas instrumental “mas constitutiva daquela prática e porque, mesmo longe dessa relação íntima com a democracia, ela é um direito humano universal”²¹⁷. E aponta para novos inimigos de sua proteção no século XXI.

Esses novos inimigos, entre os quais Waldron estaria, argumentam com outros valores que respeitamos como auto-determinação, equidade e liberdade de ódio racial e preconceito como razões para se considerar a liberdade de expressão com menos urgência e importância na atualidade. E o fenômeno mais recente nesse debate é a punição, por algumas democracias, de discursos violentos e ofensivos a minorias religiosas, especialmente aquelas que são acusadas de ter alguma relação com a atividade terrorista²¹⁸.

Sobre esse problema, é argumentado que, se realmente a liberdade de expressão é fundamental, “devemos protegê-la mesmo que isso traga más consequências, e devemos estar preparados para explicar o porquê. Devemos explicar isso, ainda, tendo em mente tudo o que, se estamos corretos, deve ser tolerado”²¹⁹. Com essa fundamentação, baseada no conceito de

²¹⁵ No original: “Ridicule is a distinct kind of expression; its substance cannot be repackaged in a less offensive rhetorical form without expressing something very different from what was intended. That is why cartoons and other forms of ridicule have for centuries, even when illegal, been among the most important weapons of both noble and wicked political movements.”. In: DWORKIN, Ronald. **The Right to Ridicule**. 2006. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2006/03/23/the-right-to-ridicule/>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

²¹⁶ No original: “Is freedom of expression valued for democratic reasons primarily because it promotes an informed electorate? Or is there some deeper and more vital connection between free speech and democracy beyond this important instrumental concern?”. In: DWORKIN, Ronald. Foreword. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. v.

²¹⁷ No original: “In this Foreword I argue that freedom of speech is not just instrumental to democracy but constitutive of that practice and why, even apart from this intimate relationship with democracy, it is a universal human right”. In: DWORKIN, Ronald. Foreword. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. v.

²¹⁸ DWORKIN, Ronald. Foreword. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. vi.

²¹⁹ No original: “But if free speech really is as fundamental as many of its defenders have supposed in the past,

direito antiutilitarista exposto no tópico 3.2.2 do capítulo 3, é afirmado que se deve proteger a liberdade de pornógrafos lerem e compartilharem suas revistas com mulheres nuas, neonazistas de utilizarem a sua suástica e pessoas vendendo ódio.

Após descrever suas posições, coerentes com escritos anteriores publicados ao longe de sua carreira, Dworkin desenvolve uma forma do argumento que defende a liberdade de expressão como essencial para a legitimidade de ações públicas em uma democracia. Waldron considera o argumento dele como “o mais poderoso argumento dessa natureza”²²⁰.

Tal argumento sugere que uma democracia justa requer fundamentos democráticos. Tais fundamentos podem ser o fato de uma pessoa adulta poder votar e participar da construção da vontade da maioria, assim como o fato de uma pessoa adulta poder ter mais que um voto, mas uma voz. Isso significa dizer que uma decisão majoritária não é justa, ou legítima, a não ser que todos os integrantes de uma democracia tenham tido a oportunidade de expressar suas opiniões, atitudes, ou medos.

Essa possibilidade garantiria a afirmação do indivíduo como um cidadão responsável. Assim, “a maioria não tem o direito de impor sua vontade a alguém que foi proibido de levantar a voz em protesto, ou argumento, ou objeção antes da decisão ser tomada”²²¹. E não deve haver restrição no contexto desse tipo de argumento, chamado por Waldron de “argumento da legitimidade”.

Dworkin continua a desenvolvê-lo, afirmando que isso não significa que as mulheres, os homossexuais e os membros de grupos minoritários não devam ser protegidos do sexismo, da homofobia e do racismo. Eles devem ser protegidos através de legislações que defendam seus direitos no trabalho e na educação, por exemplo, mas o que não pode ser feito é a proibir a expressão daqueles que discordam dessas ações.

Não pode ser feito porque através dessa intervenção “no processo pelo qual a opinião pública é formada, descartamos a única justificativa democrática que temos para insistir que todos devem obedecer tais legislações, mesmo aqueles que a odeiam e a rejeitam”²²². Em

we must protect it even if it does have bad consequences, and we must be prepared to explain why. We must explain this, moreover, bearing in mind everything that, if we are right, must be tolerated”. In: DWORKIN, Ronald. Foreword. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. vii.

²²⁰ No original: “The most powerful argument of this kind is presented by Ronald Dworkin, in a brief foreword he contributed to a recent, large, and valuable volume entitled *Extreme Speech and Democracy*”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 174.

²²¹ No original: “The majority has no right to impose its will on someone who is forbidden to raise a voice in protest or argument or objection before the decision is taken”. In: DWORKIN, Ronald. Foreword. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. vii.

²²² No original: “But we must not try to intervene further upstream, by forbidding any expression of the attitudes or prejudices that we think nourish such unfairness or inequality, because if we intervene too soon in the process

resumo, pode-se dizer que o argumento da legitimidade afirma que, em uma democracia, deve se oferecer a oportunidade de todos participarem do debate público a respeito de suas ações estatais. Essa oportunidade aumenta a legitimidade da obrigatoriedade de legislações mesmo sobre aqueles que perderam o debate político e discordam de seus resultados.

No âmbito do debate a respeito da criminalização do discurso de ódio, Dworkin afirma que, através da sanção penal a discursos ofensivos a minorias islâmicas ou negras, por exemplo, seria muito afetada a legitimidade de ações afirmativas que as favorecem tais como cotas em universidades públicas, ou políticas de empregabilidade. Logo, a única forma democrática de obrigar, com um grau alto de legitimação, tais legislações, é permitir que aqueles que discordam se manifestem.

É possível, inclusive, destacar o fortalecimento implícito desse argumento através da integridade política. Tal como visto no tópico 2.2.1 do capítulo 2 deste escrito, é necessário que todos os integrantes de uma comunidade sejam respeitados através de uma coerência de princípio. Esse igual tratamento, justifica, dentro dos preceitos de uma obrigação associativa expressos no tópico 2.1.2.1, o surgimento de uma obrigação mesmo naqueles que discordam das ações públicas.

Dentro do argumento de Dworkin, através do tratamento desigual entre os membros das minorias vulneráveis e os produtores de discursos ofensivos na participação do debate público a respeito de questões públicas, a legitimidade de ações afirmativas é diminuída já que não há justificativa em princípio para tal.

Por fim, destaca-se o trecho em que é afirmado que, “em uma democracia, ninguém, não importa o poder ou a impotência, tem o direito de não ser insultado ou ofendido”²²³.

O capítulo 7 da obra *The Harm in Hate Speech* é dedicado a responder ao argumento da legitimidade desenvolvido por Dworkin no prefácio analisado há pouco. Esse argumento, como visto, se desenvolve em um contexto teórico que envolve os conceitos teóricos abordados no capítulo 3 deste trabalho, sem os quais ele não teria sido compreendido adequadamente.

Waldron explica que, normalmente, aqueles que defendem a criminalização do discurso de ódio afirmam que tal ato é necessário para diminuir as causas de violação das legislações contra discriminação nas diversas áreas da sociedade. Deixando livre a expressão

through which collective opinion is formed, we spoil the only democratic justification we have for insisting that everyone obey these laws, even those who hate and resent them”. In: DWORKIN, Ronald. Foreword. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. viii.

²²³ No original: “So in a democracy no one, however powerful or impotent, can have a right not to be insulted or offended”. In: DWORKIN, Ronald. Foreword. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. viii e ix.

do ódio, o veneno que causaria o restante do mal na sociedade estaria livre para se acumular. Por outro lado, Dworkin vira a mesa no argumento, dizendo que se você interferir na liberdade de discurso, então você vai minar a legitimidade política das legislações contra a discriminação em geral.

O autor destaca, ainda, que a posição é confusa, caso vista por uma perspectiva distinta. Isso porque equivale a dizer que “se você quer ser rigoroso no crime, legitimamente duro em crimes como a violência racial e a discriminação, então você tem que ser tolerante com as causas do crime; é isso que a posição dele equivale.”²²⁴.

Todavia ele destaca que, às vezes, não se defende a criminalização do discurso de ódio para ser mais fácil, ou mais legítimo reduzir o número de violações de crimes em outras áreas, “mas simplesmente para proteger a dignidade e a reputação de membros de grupos vulneráveis”²²⁵. Dessa maneira, a questão desenvolvida anteriormente é trazida de volta.

Em seguida, analisa-se a questão da legitimidade como uma questão de grau, pressuposto implícito no argumento da legitimidade. Mas antes de tudo é questionado o que legitimidade realmente significa em Dworkin, já que “as consequências do argumento de Dworkin no mundo real (supondo que se entendeu corretamente) são um pouco perturbadoras”²²⁶.

A primeira sugestão de compreensão do argumento sugere que, através da criminalização do discurso de ódio, a legitimidade minada seria de determinadas ações públicas afirmativas e não de todas. Mas essa posição é de difícil sustentação, tendo em vista que seria complicado manter a importância holística do discurso, mesmo quando não intencionado como uma contribuição para a discussão de qualquer ação afirmativa em particular.

A segunda sugestão envolve a possibilidade de que a legitimidade seria um grau relativo a pessoas. Então, em caso de promulgação de um regulamento do discurso de ódio, algumas ações afirmativas tornam-se não-obrigatórias contra algumas pessoas e não contra outras. Essa sugestão também é descartada, já que o discurso de ódio de alguém, por mais

²²⁴ No original: “If you want to be tough on crime, legitimately tough on offenses like racial violence and discrimination, then you have to be tolerant of the causes of crime; that is what Dworkin’s position amounts to”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 179.

²²⁵ No original: “Sometimes what we are calling upstream laws are enacted not in order to make it easier to enforce downstream laws or to reduce the number of downstream violations, but simply to secure the dignity or reputation of members of vulnerable groups.”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 179.

²²⁶ No original: “I ask because the real-world consequences of Dworkin’s position are (if I understand it correctly) quite disturbing”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 184.

focado que seja em um grupo, possui potencial no discurso de toda a comunidade. Além disso, seria complicado identificar *in personam* quais os legitimados ou não.

A terceira, e mais plausível, sugestão de Waldron para compreender a legitimidade como uma questão de grau é que ela seria dessa forma em qualquer direito e para qualquer pessoa. E, nessa forma moderada, “a obrigatoriedade de legislações sobre o discurso de ódio diminui – ou, como ele coloca, ‘prejudica’ – a legitimidade de legislações sobre outras questões sem destruir a sua legitimidade junto”²²⁷.

Dessa forma, compreendendo que o argumento sugere que a criminalização do discurso de ódio diminui a legitimidade de outras legislações sobre o tema que favorecem as minorias, é colocado em questão de como esse déficit deve ser entendido. Isso porque o déficit pode ser alto ou baixo, mas “se o déficit é leve, então, não deve gerar um caso tão convincente contra a criminalização do discurso de ódio quando os suportes do outro lado (os danos que tais regulamentos devem evitar) são muito altos”²²⁸.

Uma motivação orientada para proteger os sentimentos de pessoas contra ofensas é uma coisa, mas uma restrição no discurso de ódio para proteger o a reputação social de membros de grupos vulneráveis e manter a segurança que precisam para seguir suas vidas de maneira digna parece ser mais importante dentro de uma escala de grau de legitimidade.

Após isso, Waldron rebate, fazendo referência a Stuart Mill e a Dworkin, apenas a justificativa instrumental como elemento para defender a liberdade para o discurso de ódio, afirmando que “já passamos do estágio onde a sociedade precisa de um robusto debate sobre questões fundamentais de raça, que sabemos o preço de atacar a dignidade de grupos minoritários”²²⁹. Com essas palavras, ele reforça a conclusão de Dworkin de que tais discursos não colaboram com o “mercado de ideias” da comunidade.

Como possível resposta aos argumentos trazidos por Waldron nessa questão, podem-se citar três pontos levantados por Dworkin em uma palestra realizada em Oslo, capital da Noruega. Neste evento, o tema em debate era liberdade de expressão e a sua fala veio logo após o discurso de Waldron.

²²⁷ No original: “(...) on a moderate version of Dworkin’s argument, the enforcement of hate speech laws *diminishes*—or, as he puts it, “spoils”—the legitimacy of downstream laws without destroying their legitimacy altogether”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 188.

²²⁸ No original: “If the deficit is slight, then it may not generate a compelling case against hate speech laws when the stakes on the other side (the harms that such laws might avert) are very high”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 188.

²²⁹ No original: “I think we do need to ask whether we are past the stage where society is in such need of a robust debate about fundamental matters of race that we ought to bear the costs of what amount to attacks on the dignity of minority groups”. In: WALDRON, Jeremy. **The Harm in hate speech**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2012, p. 197.

O primeiro ponto levantado por Dworkin foi que as realidades eram diferentes sobre a questão do discurso de ódio entre a Europa e os Estados Unidos. A tradição americana, como explicado no tópico 4.1.1, é defender a liberdade de maneira radical. Na Europa, esse tema já foi legitimado por um contexto de pós-guerra e que não almeja mais a participação dos tribunais.

O segundo ponto foi que os argumentos consequencialistas, ponto importante na fundamentação de Waldron, não possuem muita influência quando se fala sobre o tema, haja vista que são imprecisos quanto ao seu critério. Por exemplo, não se sabe quantas pessoas devem tomar atitudes para se saber que os discursos de ódio tiveram um efeito consequencial na realidade. Da mesma forma, ele levanta questões que envolvem estatísticas divergentes sobre esse tipo de crime tanto na Europa, como nos Estados Unidos.

O terceiro ponto é que restringir a voz daqueles que professam o discurso de ódio é uma perda democrática. Isso não quer dizer que eles estejam legitimados a fazer uma revolução, mas que, se queremos defender as minorias legitimamente, eles devem participar do debate político como seres responsáveis moralmente.

É necessário dizer que, nessa palestra, também é destacado que a dignidade deve ser respeitada democraticamente através da participação de todos na busca da defesa de sua igual consideração dentro da comunidade. Por meio da criminalização do discurso de ódio, essa dignidade é negada para aqueles que são punidos por suas ideias²³⁰.

O debate entre Waldron e Dworkin sobre a criminalização do discurso de ódio mostra a riqueza de argumentos e de situações que o tema da liberdade de expressão pode alcançar. Não é objetivo aqui definir quem está com a razão, ou quem produziu os argumentos mais convincentes a ponto de finalizar a questão definitivamente.

Assim, foi possível perceber a importância dos conceitos teóricos desenvolvidos por Dworkin no âmbito da liberdade de expressão, quais sejam as dimensões de justificativas e a sua natureza antiutilitarista como direito individual, em um debate específico sobre uma questão de princípio. Mesmo de um contexto filosófico envolvido da igual consideração e respeito na integridade política como desenvolvido no capítulo 3, não é possível encontrar uma posição definitiva sem analisar cuidadosamente os argumentos envolvidos.

Waldron não nega os pressupostos filosóficos de Dworkin sobre a liberdade de expressão e, em alguns momentos, sugere compartilhá-los. Todavia isso não significa que eles

²³⁰ DWORKIN, Ronald. **Session 4: Multiculturalism and Human Rights - Part 2/2 - Fritt Ord & NYRB-Conference, Oslo**. 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=6wJQ658e-4U>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

terão as mesmas respostas para casos concretos importantes como a criminalização do discurso de ódio.

Algo que também necessário para o alcance dos objetivos deste trabalho será um breve estudo de um caso concreto. E, sem o desenvolvimento e a crítica dos conceitos teóricos abordados até aqui, esse estudo não seria realizado de maneira adequada. Isso porque o 2º capítulo discorreu sobre um valor político a ser destacado, a igual consideração e respeito na integridade política. O 3º capítulo mostrou que a igual consideração e respeito pode ainda ser desenvolvida para uma interpretação adequada da liberdade de expressão, seguindo as influências de Rawls e de Mill.

E essa primeira parte do 4º capítulo mostrou a possibilidade de interpretações possíveis e de críticas dentro desses conceitos teóricos. Sem a posição divergente de Waldron, por exemplo, não seria possível compreender a postura do Supremo Tribunal Federal brasileiro, já que ela se aproxima mais dele do que de Dworkin. Logo, a última parte fechará o trabalho em seu momento mais específico.

4.2 A questão da criminalização do discurso de ódio na experiência constitucional brasileira

Como exemplo da posição brasileira a respeito da criminalização do discurso de ódio, serão descritos e discutidos brevemente os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) no Habeas Corpus nº 82.424-2/RS. Não serão abordados detalhes processuais ou materiais que alcancem algo além do horizonte teórico já debate até aqui. O objetivo não é esgotar a discussão jurídica do julgado, mas utilizá-lo como experimento para observação dos argumentos desenvolvidos neste trabalho, além de servir como elemento normativo que retrata o reflexo da posição legislativa brasileira sobre a questão.

Antes disso, considera-se necessário discorrer sucintamente a respeito da realidade legislativa que envolve a questão no âmbito brasileiro, em que o caso foi julgado. A Constituição Federal brasileira em seu art. 2º, inciso IV, declara que é objetivo fundamental da república “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”²³¹.

No mesmo sentido, o art. 4º, inciso VIII, declara que o “repúdio ao terrorismo e ao

²³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 21 jan. 2016.

racismo²³² será um dos objetivos da república que regerão as suas relações internacionais. Seguindo esse caminho, o art. 5º, inciso IV declara que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato²³³”, assim como o inciso IX declara que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença²³⁴”.

Ainda no art. 5º, mas especificamente no inciso XLII, há outra referência direta ao racismo que prescreve severamente que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei²³⁵”. Esses são os principais preceitos constitucionais sobre a questão do preconceito e do racismo.

No âmbito da legislação ordinária, a lei nº 7.716/89 define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. E em seu art. 20 considera crime “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional²³⁶”.

No âmbito internacional, finalmente, também é necessário destacar a o Brasil é signatário do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos²³⁷ (PIDCP) e da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (CIED), documentos citados e destacados no tópico 4.1.2²³⁸.

4.2.1 Análise do Habeas Corpus nº 82.424-2/RS, o caso Ellwanger

Descendente de alemães, Siegfried Ellwanger fundou, em 1987, a Revisão Editora, sediada em Porto Alegre. No mesmo ano, ele publicou o seu primeiro livro pela própria editora, com pesquisas que iniciara em 1980. O livro chamava-se “*Holocausto – judeu ou alemão?: nos bastidores da mentira do século*”, cujo o lançamento aconteceu em uma livraria localizada em uma das praias mais frequentadas pela comunidade judaica, o balneário de Capão de Canoas²³⁹.

²³² Idem.

²³³ Idem.

²³⁴ Idem.

²³⁵ Idem.

²³⁶ Idem.

²³⁷ ASSEMBLÉIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional, de 1966. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**. Nova Iorque, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 19 jan. 2016.

²³⁸ ASSEMBLÉIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção, de 1969. **Convenção Internacional Sobre A Eliminação de Todas As Formas de Discriminação Racial**. Nova Iorque, Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

²³⁹ VIOLANTE, João Luís Mousinho dos Santos Monteiro. **O caso Ellwanger e seu impacto no direito brasileiro**. 2010. 130 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, PUC/SP, São Paulo, 2010. Cap. 1. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2010-09-28T08:39:33Z-

Outras obras publicadas pela editora foram “*Acabou o gás!: o fim de um mito*”, “*S.O.S. para Alemanha*”, “*Hitler: culpado ou inocente?*” e “*Quem escreveu o Diário de Anne Frank*”, todas as obras marcadas pelo teor voltado à temática da Segunda Guerra Mundial, ao genocídio judeu e ao revisionismo histórico.

No dia 12 de fevereiro de 1991, o Ministério Público do Rio Grande do Sul ofereceu denúncia contra Ellwanger baseado no art. 20 da lei 7.716/89. Ele, como editor-sócio da Revisão Editora Ltda., foi acusado pelo crime de incitar a discriminação através de suas obras. Como assistentes de acusação, várias agremiações israelitas entraram.

A decisão da 1ª instância foi a de absolvê-lo por falta de provas, já que não havia induzimento à discriminação no texto dos livros. Os assistentes de acusação recorreram ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e conseguiram uma condenação. Então, após ser denegado o *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça, foi impetrado o remédio heróico no STF²⁴⁰. O indeferimento do HC pelo STF saiu em 17 de setembro de 2003 por um placar de 8 a 3.

Com essa brevíssima contextualização, é possível compreender os argumentos utilizados pelos votos dos ministros do STF, assim como por Celso Lafer em seu parecer apresentado como *amicus curiae*. Eles serão estudados com referência aos argumentos trazidos até aqui sobre a liberdade de expressão e o discurso de ódio.

4.2.1.1 O parecer de Celso Lafer

A primeira conclusão do parecer de Celso Lafer é apontando que “o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode contribuir para a interpretação e o reforço da imperatividade dos direitos constitucionalmente garantidos”²⁴¹. Nesse sentido, é importante destacar a tendência à consideração do direito internacional como critério para decidir o caso Ellwanger.

Considerando os tratados internacionais os quais o Brasil é signatário, é possível perceber que eles sinalizam para a construção de políticas que incentivam a produção de legislações que criminalizem o racismo. Jeremy Waldron, no tópico 4.1.2, também utiliza os tratados internacionais para contrapor à tradição norte-americana os avanços sobre a questão no sentido da criminalização do discurso de ódio.

10045/Publico/Joao Luis Mousinho dos Santos Monteiro Violante.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2016, p. 13.

²⁴⁰ Ibidem, p. 43.

²⁴¹ LAFER, Celso. Secretaria da Receita Federal. Parecer apresentado e aceito pelo STF na condição de *amicus curiae*, no julgamento do caso Ellwanger – HC 82424/RS (dezembro de 2002 a setembro de 2003). *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 162, p. 53-89, abr./jun. 2004, p. 55.

A segunda conclusão do parecer sugere que o dispositivo constitucional que torna o racismo um crime de especial gravidade é fruto de um processo histórico de positivação dos direitos humanos. Por isso, que “o constituinte atribuiu à prática do racismo uma excepcional gravidade, daí advindo o extraordinário rigor da tutela penal nele contemplada”²⁴².

Essa conclusão converge com a terceira que sugere que tanto o “Direito Interno e o Direito Internacional interagem e não são estanques com vistas a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido, voltado para impedir a prática do racismo”²⁴³. Nesse sentido, a legislação interna e a Constituição demonstram uma posição ativa contra a prática do racismo, demonstrando que a atuação política da república brasileira não deve ser neutra nesse âmbito.

Entre os argumentos trazidos pela defesa de Ellwanger foi que, atualmente, não é mais aceita a tese de que há um conceito biológico de raça que diferencie os seres humanos. Essa tese, naturalmente, caso aceita, traria a liberdade para o requerente. Todavia Lafer sustenta que compreender o caso dessa forma “é uma maneira de reduzir e, no limite, esvaziar completamente o conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, LXII, devidamente disciplinado pela legislação infraconstitucional, convertendo-o em crime impossível”²⁴⁴.

A sexta conclusão é que o fato de o racismo não poder ser provado de maneira biológica não significa que ele não possa ser compreendido como um fenômeno social e é essa visão “o destinatário jurídico da repressão prevista pelo art. 5º, LXII, da Constituição de 1988, e sua correspondente legislação infraconstitucional”²⁴⁵,

Esses são os principais pontos os quais demonstram a proximidade dos argumentos utilizados no parecer da fundamentação desenvolvida por Waldron em defesa da criminalização do discurso de ódio. Tal fundamentação é utilizada para defender a possibilidade e a necessidade de indeferimento do HC impetrado pelo fato do discurso de ódio como racismo ser crime no Brasil e o antissemitismo também ser considerado como racismo.

4.2.1.2 Voto do Ministro e Relator Moreira Alves

O voto do relator do HC, Ministro Moreira Alves, voltava-se para o argumento da defesa que não havia crime de racismo cometido no caso, tendo em vista que os judeus não

²⁴² Ibidem, p. 57.

²⁴³ Ibidem, p. 60.

²⁴⁴ Ibidem, p. 64.

²⁴⁵ Ibidem, p. 70.

são uma raça. Assim, ele argumenta que “a questão que se coloca neste ‘habeas corpus’ é a de se determinar o sentido e o alcance da expressão ‘racismo’, cuja prática constitui crime imprescritível, por força do disposto no art. 5º, XLII, da Carta Magna”²⁴⁶. E, no caso específico, ele afirma que “há de se enfrentar a questão que, então, se põe, e é a de se saber se os judeus são, ou não, uma raça”²⁴⁷.

Baseando em pesquisas científicas e em materiais produzidos por chefes religiosos judeus, o ministro conclui que os judeus não são uma raça e, conseqüentemente, “não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo”²⁴⁸. Assim, o HC foi deferido.

4.2.1.3 Voto do Ministro Maurício Corrêa

A primeira divergência foi trazida pelo ministro Maurício Correia, que produziu seu voto logo após o relator. Tornando-se, inclusive, após a aposentadoria do ministro Moreira Alves, o novo relator do caso.

A sua fundamentação, seguindo o exposto no parecer de Celso Lafer, é que, por mais que não se reconheça mais uma subdivisão em raças no âmbito científico, “o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito”²⁴⁹.

Continuando o raciocínio, ele afirma que dúvida não pode haver que o antissemitismo dogmatizado pelos nazistas constitui uma forma de racismo, “exatamente porque se opõe a determinada raça essa tida sob a visão de uma realidade social e política, tendente a hierarquizar valores entre certos grupos humanos”²⁵⁰.

Considerando que a publicação das obras por Ellwanger como antissemitismo, e fazendo referência à CIED e ao PDCP, ele indefere o HC, observando que o racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, “reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre grupos humanos, suficiente para justificar

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424-2/RS. Siegfried Ellwanger. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de janeiro de 2003. **Diário Oficial da União**. Brasília, p. 534. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

²⁴⁷ Ibidem, p. 540.

²⁴⁸ Ibidem, p. 544 e 545.

²⁴⁹ Ibidem, p. 568.

²⁵⁰ Ibidem, p. 569.

atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas”²⁵¹.

Em relação aos tratados internacionais, o ministro Moreira Alves respondeu que “tratado internacional não se incorpora ao nosso direito interno como emenda constitucional, mas, sim, como lei ordinária”²⁵². Dessa forma, ele sustenta que os tratados não podem servir de parâmetro para a constituição, mas o contrário, o que, segundo a sua opinião, justificaria o seu voto. Esse argumento não ganhou muita atenção dos ministros.

4.2.1.4 Voto do Ministro Celso de Mello

O ministro Celso de Mello compreendeu que a questão a ser decidida “consiste em saber se a prática do antissemitismo subsume-se, ou não, à noção mesma de racismo, notadamente para efeito de incidência da cláusula da imprescritibilidade constante do art. 5º, XLII da Carta da República”²⁵³.

Em seguida, ele destaca que é um grande desafio para os juízes do STF “extrair, das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua maior eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionais de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana (...)”²⁵⁴.

Fazendo referência à possibilidade consequencialista de danos à sociedade advinda de discursos antissemitas e também aos diversos compromissos internacionais realizados pelo Brasil no combate ao racismo, ele destaca que “somos todos pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano”²⁵⁵.

Fundamentando que o discurso antissemita não está protegido pela liberdade de expressão, também é dito que tais discursos “extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-as ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus”²⁵⁶. Complementando, é afirmado que “a liberdade de expressão do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente (..) expressões de ódio racial”²⁵⁷.

²⁵¹ Ibidem, p. 591.

²⁵² Ibidem, p. 610.

²⁵³ Ibidem, p. 613.

²⁵⁴ Ibidem, p. 620 e 621.

²⁵⁵ Ibidem, p. 625.

²⁵⁶ Ibidem, p. 628.

²⁵⁷ Ibidem, p. 629.

Através desses fundamentos, o ministro Celso de Mello também indefere o HC.

4.2.1.5 Voto do Ministro Gilmar Mendes

O voto do ministro Gilmar Mendes, através de fundamentação histórica, constata que “não há como negar o caráter racista do anti-semitismo”²⁵⁸, indicando que esse é o motivo pelo qual diversos instrumentos internacionais subscritos pelo Brasil não deixam dúvida do compromisso no combate ao racismo e a suas diversas formas de manifestação, como o antissemitismo.

Outro ponto importante, em que se trata da proporcionalidade, é o que é afirmado que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional, “ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos”²⁵⁹.

No que tange aos subprincípios da proporcionalidade, o ministro defende que a condenação é adequada, porque alcança o fim almejado, que é a proteção de uma sociedade pluralista e tolerante. Também sustenta que a decisão condenatória é necessária, já que a constituição não deixa espaço para uma decisão menos gravosa e igualmente eficaz.

A proporcionalidade em sentido estrito também é respeitada, segundo o ministro, haja vista que “é inegável que essa liberdade [de expressão] não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório”²⁶⁰. Dessa forma, o ministro Gilmar Mendes também nega o pedido do HC.

4.2.1.6 Voto do Ministro Carlos Velloso

O ministro Carlos Velloso destaca que o argumento da impetração do HC é que a conduta do paciente na edição das obras de conteúdo revisionista não é racismo. Dessa forma, é destacado que “a questão a ser resolvida, aqui, portanto, é esta: a prática do anti-semitismo pode ser considerada racismo?”²⁶¹.

No voto, ele argumenta que “uma das formas mais odiosas de desrespeito aos direitos

²⁵⁸ Ibidem, p. 646.

²⁵⁹ Ibidem, p. 657.

²⁶⁰ Ibidem, p. 670.

²⁶¹ Ibidem, p. 676.

da pessoa humana é aquela que se embasa no preceito relativamente às minorias e que se releva no praticar ou incitar a prática de atos e sentimentos hostis em relação aos negros, aos índios, aos árabes (...)”²⁶².

Em seguida, destacando que publicar e escrever livros hostis aos judeus implica a prática de racismo, também é dito que não pode “a liberdade de expressão acobertar manifestações preconceituosas e que incitam a prática de atos de hostilidade contra grupos humanos, manifestações racistas (...)”²⁶³. Tudo isso, sempre considerando o racismo como uma manifestação que, por natureza, é atentatória à dignidade humana e a direitos fundamentais consagradas na Constituição.

Nesse sentido, também foi fundamentado o não provimento do HC impetrado.

4.2.1.7 Voto do Ministro Nelson Jobim

O ministro Nelson Jobim esclarece que a questão posta no habeas corpus, com um condicional verdadeiro, é exatamente uma pergunta: sendo os judeus um povo e não uma raça, não estariam amparados pela Constituição Federal, no que se refere à imprescritibilidade do delito?²⁶⁴. Isso é feito indicando também saber se a expressão “racismo”, usada na Constituição, inclui o conceito antropológico ou não.

Considerando a constituição brasileira, tratados internacionais, a doutrina judaica e a legislação infraconstitucional, ele conclui, seguindo a linha o parecer se Celso Lafer, que “a discriminação contra o povo judeu caracteriza o crime inafiançável e imprescritível de racismo”²⁶⁵. Assim, o HC é denegado.

4.2.1.8 Voto da Ministra Ellen Gracie

A ministra Ellen Gracie destaca que, quando se fala de preconceito de raça na lei e na Constituição, esses conceitos não devem ser interpretados com critérios científicos ou antropológicos, “mas na percepção do outro como diferente e inferior, relevada na atuação carregada de menosprezo e no desrespeito a seu direito fundamental à igualdade. Trata-se do preconceito feito ação”²⁶⁶.

²⁶² Ibidem, p. 682.

²⁶³ Ibidem, p. 687.

²⁶⁴ Ibidem, p. 739.

²⁶⁵ Ibidem, p. 749.

²⁶⁶ Ibidem, p. 753 e 754..

Nesse raciocínio, afirmado que “fica evidente a irracionalidade da manifestação racista e, no caso, anti-semítica”²⁶⁷, denegando o HC para o editor Ellwanger.

4.2.1.9 Voto do Ministro Cezar Peluso

Um argumento interessante do ministro Cezar Peluso, que o aproxima de Waldron, surge que ele afirma que a Constituição tende a “resguardar a integridade biopsicológica de grupos sociais diferenciáveis por caracteres físicos, religiosos, étnicos, de procedência ou origem, enquanto portadores de qualificações secundárias, mas capazes de fazê-los alvo cego dessa perversão moral”²⁶⁸, que seria o racismo.

Esse é um argumento utilizado por Waldron da defesa da dignidade, em forma de reputação social de grupos minoritários, mais especificamente aquele direito de não ser ofendido ao sair de casa, ou ir ao trabalho, ou ao levar os filhos à escola. E é complementado por Peluso, que diz que Ellwanger “dedicou-se a editar e, como autor, publicar uma série de livros, com a constância e o evidente propósito de promover e difundir o anti-semitismo, como particular manifestação de ideologia racista”²⁶⁹.

Assim, o HC também é denegado por Peluso.

2.1.10 Voto do Ministro Ayres Britto

“Mais que genérica ou anódina ilicitude, mais que uma caracterizada contravenção penal, o racismo é crime. E crime tão inafiançável quanto imprescritível e ainda sujeito à pena de reclusão. Tudo por expressa vontade da Constituição”²⁷⁰, afirma de pronto o ministro Ayres Britto. Assim, ele parece sugerir que irá se juntar à maioria e denegar o HC, mas não é isso o que ocorre.

Em seguida, ele se coloca na corrente que interpreta que a Constituição garante “um espaço apriorístico de movimentação: o uso da respectiva autonomia de vontade para exteriorização do pensamento (vedado tão-somente o anonimato) e da atividade artística, estética, científica e de comunicação”²⁷¹. Logo, o abuso e o agravo são questões que se colocam *a posteriori*.

²⁶⁷ Ibidem, p. 757.

²⁶⁸ Ibidem, p. 759.

²⁶⁹ Ibidem, p. 760.

²⁷⁰ Ibidem, p. 801.

²⁷¹ Ibidem, p. 807.

E há, na Constituição brasileira, formas de limitar a liberdade de expressão. Como exemplo é feita referência ao art. 5º, incisos V e X, em que são garantidos os direitos de resposta e o direito à intimidade e à honra, além do direito a indenização pelo dano material ou moral da sua violação.

Explicando a sua posição, o ministro explica que, dentro da perspectiva da autonomia da vontade, “o que se tutela de forma até absoluta é o direito mesmo de fazer algo ou passar para outrem uma mensagem, um recado, uma obra”²⁷². Por outro lado, na perspectiva daquele que sofre o dano ou abuso o que se protege é “primeiro, o direito de resposta; segundo, o direito de desencadear um processo de apuração de abusividade, com o fito de responsabilidade tanto civil quanto penal (se for o caso) do agente abusivo”²⁷³.

Em relação ao racismo, é explicado que seu significado abarca duas esferas de incidência “a realidade dos negros e a realidade daqueles povos (organizados ou não em Estado soberano) que mais se distinguem dos outros por um pronunciamento perfil histórico-cultural”²⁷⁴. Assim, ele defende que a Constituição engloba o conceito antropológico de racismo.

A discriminação é definida como “aquele tipo de diferenciação que marca ou isola negativamente certas pessoas. Que diminui a autoestima delas, que faz incidir sobre elas um juízo depreciativo, aprioristicamente formulado”²⁷⁵. E é afirmado que uma sociedade que seja do “não preconceito, do pluralismo e da fraternidade é a única a merecer o nome de sociedade civilizada”²⁷⁶.

Após essas explicações, o ministro Ayres Britto afirma que o vocábulo “prática” inclui tanto as formas de incitação, como a de induzimento, de acordo com uma interpretação constitucional da legislação. Mas isso é destacado para tornar clara a conclusão que as obras produzidas e editadas por Ellwanger não induzem, ou incitam ao preconceito, ou ao discurso de ódio.

A partir da conclusão retirada da própria leitura dos livros, ele afirma que “não apenas o escritor-paciente deixa de colocar os judeus na humilhante condição de sub-povo ou de sub-raça, como faz exatamente o contrário: acusa o judaísmo de se irrogar um complexo de superioridade”²⁷⁷. Com esse fundamento, ele defere o HC impetrado.

²⁷² Ibidem, p. 808.

²⁷³ Ibidem, p. 809.

²⁷⁴ Ibidem, p. 815.

²⁷⁵ Ibidem, p. 823.

²⁷⁶ Ibidem, p. 829.

²⁷⁷ Ibidem, p. 846.

4.2.1.11 Voto do Ministro Marco Aurélio

O voto do ministro Marco Aurélio destaca que “a liberdade de expressão é um elemento do princípio democrático, intuitivo, e estabelece um ambiente no qual, sem censura ou medo, várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação do pensamento político”²⁷⁸.

Após relacionar a liberdade de expressão com a democracia, tal como feito por Dworkin no tópico 4.1.3, ele ressalta o que ele mesmo chama de seu valor instrumental. Em suas palavras, ela seria importante porque “funciona como uma proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular”²⁷⁹. Também é afirmado que “a liberdade de expressão serve como instrumento decisivo de controle da atividade governamental e do próprio exercício do poder”²⁸⁰.

Ainda é destacado que quando somente a opinião oficial pode ser divulgada ou defendida, e se provam dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, “enclausura-se a sociedade em uma redoma que retira o oxigênio da democracia e, por consequência, aumentam-se o risco de ter-se um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, uma massa de manobra sem liberdade”²⁸¹.

Sugerindo, pela primeira vez, uma aproximação com a justificativa constitutiva e com o conceito de direito antiutilitarista, o ministro diz que “a medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as ideias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento majoritário”²⁸². O segundo momento em que é utilizado um argumento que se aproxima da justificativa constitutiva surge quando se afirma que a democracia exige “a proteção e a garantia da autonomia individual, já que a livre manifestação de pensamento é uma expressão da individualidade e da liberdade”²⁸³.

Em seguida há dois momentos em que são utilizados os argumentos de Stuart Mill, levantados na sua obra *Ensaio sobre a liberdade*, comentada no capítulo 3, tópico 3.1.3. É afirmado, corretamente, que “o argumento central de Mill é escancarar que não existe uma verdade absoluta que justifique as limitações à liberdade de expressão individual. Proteger a

²⁷⁸ Ibidem, p. 873 e 874.

²⁷⁹ Ibidem, p. 873.

²⁸⁰ Ibidem, p. 875.

²⁸¹ Ibidem, p. 876.

²⁸² Ibidem, p. 875.

²⁸³ Ibidem, p. 878.

liberdade, para ele, (...) [é] principalmente lutar continuamente contra quem quiser restringi-la”²⁸⁴.

O outro momento surge no desenvolvimento deste raciocínio, em que é dito que “ninguém é dado o direito de arvorar-se em conhecedor exclusivo da verdade. (...). Somente por meio do contraste de opiniões e do debate pode-se completar o quebra-cabeça da verdade, unindo seus fragmentos”²⁸⁵.

Em seguida, o ministro Marco Aurélio defende que “a única restrição possível à liberdade de manifestação do pensamento, de modo justificado, é quanto à forma de expressão, ou seja, à maneira como esse pensamento é difundido”²⁸⁶. Assim, é feita referência ao fato de que claramente haveria um crime caso fossem distribuídos panfletos, como no caso *Beauhanais* comentado no tópico 4.1.1, com dizeres do tipo “morte aos judeus”. O que não aconteceu com Ellwanger, que apenas publicou material com conteúdo revisionista.

Assim, como alguns ministros comentaram, também é dito aqui que a liberdade de expressão, no constitucionalismo brasileiro, não é um direito absoluto. E explica que o sistema brasileiro “não agasalha o abuso da liberdade de expressão, quando o cidadão utiliza-se de meios violentos e arbitrários para a divulgação do pensamento. É por isso também (...) [que não se aceita] qualquer manifestação de opinião que seja exacerbadamente agressiva”²⁸⁷.

Da mesma forma, é argumentado que a restrição à liberdade de expressão não pode ser realizada apenas em expectativas, o que lembra a crítica ao argumento consequencialista realizada por Dworkin. A simples alegação de discriminação, sem nenhum elemento concreto, não embasa uma restrição. Isso porque é necessário saber se há realmente um dano, ou se é um receio subjetivo ou individual.

Então, são trazidas as questões de fundo do Habeas Corpus. A primeira questiona se o paciente realmente incitou o racismo com a publicação do livro e a segunda se há dados concretos que provem isso. Ele afirma que não. Um livro que não faz qualquer incitação a nenhum crime não pode ser considerado criminoso.

Então, ele utiliza a proporcionalidade, argumentando que a condenação não seria adequada porque transmitir uma versão da história não significa discriminar. Também não seria necessária, já que a libertação seria a forma menos danosa para resolver a questão. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito não seria porque o dano da restrição da liberdade de expressão não seria justificado de nenhuma forma.

²⁸⁴ Ibidem, p. 880.

²⁸⁵ Ibidem, p. 881.

²⁸⁶ Ibidem, p. 882.

²⁸⁷ Ibidem, p. 883 e 884.

Com isso, assim como Moreira Alves e Ayres Britto, o ministro Marco Aurélio concede o HC ao paciente.

4.2.1.12 Voto do Ministro Sepúlveda Pertence

Por fim, o ministro Sepúlveda Pertence, sem inovar nos argumentos, destaca a sua opinião, juntamente com a maioria, de que o preconceito antissemita é racismo de acordo com a constituição brasileira e denega o HC, firmando o placar de 8 a 3 para o indeferimento do HC.

4.3 Análise crítica

Analisando criticamente os votos dos ministros do STF no caso Ellwanger, é possível perceber alguns pontos interessantes. Um deles é que, em nenhum momento, foi questionado, ou levantado pelo menos a hipótese de se considerar a lei 7.716/89, que criminaliza o discurso de ódio, como inconstitucional por restringir a liberdade de expressão de maneira exacerbada. Pode-se concluir disso, mesmo que preliminarmente, que a tradição brasileira no assunto está mais próxima dos argumentos de Waldron do que de Dworkin.

Os oito ministros que votaram pelo indeferimento do HC, mesmo sentido do parecer elaborado por Celso Lafer, basearam, de maneira importante, os seus fundamentos nos tratados internacionais os quais o Brasil é signatário que exigem uma atuação firme contra o preceito. Também basearam nos dispositivos constitucionais que exigem uma atuação efetiva da República Federativa do Brasil contra a prática e o induzimento do racismo e do preconceito.

Mesmo os três ministros que votaram a favor do deferimento do HC não questionaram a possibilidade de restrição da liberdade de expressão pela criminalização do discurso de ódio. Além de afirmarem, com a exceção do relator, que é possível, dentro do sistema constitucional brasileiro, a criminalização do ódio e da incitação violenta de preconceito e racismo. Especialmente os votos dos ministros Ayres Britto e Marcos Aurélio, que divergiram da maioria, tiveram como fundamento principal o fato de que não houve comprovação prática de incitação ao ódio nas obras publicadas.

Uma das grandes questões que realmente envolveram os ministros foi a possibilidade ou não do discurso antissemita ser considerado como prática de preconceito e racismo de

acordo com o art. 20 da lei 7.716/89. E a resposta do STF foi afirmativa: o antissemitismo é crime no Brasil.

Outra questão importante para o julgado foi saber se, mesmo com a constatação científica de que na humanidade não há diferenças biológicas entre raças e que os judeus não são uma raça, ainda é possível constatar racismo contra judeus. A resposta do STF foi afirmativa, já que entendeu que o racismo pode ser encontrado como um fenômeno cultural, ou antropológico.

O voto do ministro Marco Aurélio foi o mais rico, possibilitando encontrar, de maneira mais clara, os conceitos teóricos desenvolvidos no capítulo 3 e desenvolvidos criticamente na primeira parte deste capítulo. Mesmo assim, a sua posição foi a da possibilidade da criminalização do discurso de ódio no Brasil, sem nenhum dano à liberdade de expressão protegida constitucionalmente.

Tanto o voto do ministro Gilmar Mendes, como do ministro Marco Aurélio utilizaram a proporcionalidade como critério para fundamentar as suas decisões. Todavia as suas decisões tiveram resultados opostos, em todos os subprincípios, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

4.4 Breve conclusão e preparações para o fim do trabalho

Uma comunidade que respeita a igual consideração e respeito na integridade política compreende que a liberdade de expressão é importante porque produz bons resultados para a democracia e porque respeita os seus integrantes como seres responsáveis moralmente.

Intervir no que as pessoas devem ou não ver, ler ou ouvir, segundo Dworkin, é uma forma de desrespeitar os cidadãos como seres responsáveis moralmente. E isso justifica a proteção da liberdade de expressão de pornógrafos, racistas e islamofóbicos. Por mais que suas atitudes sejam desprezíveis, viver em uma democracia exige esse esforço. A epígrafe deste capítulo demonstra muito a importância da liberdade de expressão como direito universal, envolvendo as expressão das mais diversas formas também pela legitimidade que isso agrega ao regime democrático da comunidade.

Waldron pensa de maneira diferente. Em uma democracia, que pretende respeitar a autonomia de sua multiculturalidade, é preciso demonstrar a todos os seus cidadãos que eles são protegidos, respeitados e merecedores de consideração igual. Por isso, discursos ofensivos e incitadores devem ser criminalizados.

Isso deve ser feito também para defender a dimensão social da dignidade humana, que reverbera na reputação e na segurança dos membros de grupos minoritários de não serem aterrorizados, ou ameaçados injustamente ao sair nas ruas para trabalhar, estudar ou deixar os seus filhos na escola.

As duas visões, de Dworkin e de Waldron, representam, pode-se dizer, duas grandes tradições a respeito da liberdade de expressão no discurso de ódio. A tradição americana, que tem permitido a liberdade radical de ideias que transmitem apenas o desrespeito e o ódio, e a tradição de outros países, como os europeus, em que esse tipo de discurso é claramente criminalizado.

A experiência constitucional brasileira, expressa na análise do caso Ellwanger, demonstra que está mais próxima da tradição que criminaliza o discurso de ódio. Isso acontece não apenas por decisões do STF, mas também pela Constituição e pelos tratados internacionais assinados pelo Brasil e que exigem uma atuação concreta e efetiva contra qualquer tipo de preconceito e de racismo.

Dessa forma, pode-se dizer que se aproxima do fim de um trabalho que almejou alcançar objetivos modestos. O desenvolvimento dos conceitos teóricos do capítulo inicial foram essenciais para que as justificativas da liberdade de expressão fossem bem estudadas e, posteriormente, aplicadas neste capítulo. As conclusões são previsíveis, mas mesmo assim necessárias.

5 CONCLUSÃO

Após esses três capítulos, se considera que é possível alcançar algumas conclusões fruto da descrição de seus argumentos.. Essas conclusões devem ser vistas como um fechamento e uma articulação do argumento construído durante o trabalho. Logo, se pode dizer que:

- I. A integridade política surge quando se exigem do Estado e da comunidade atitudes que estejam de acordo com um conjunto único de princípios morais compartilhados mesmo quando seus cidadãos discordam sobre a natureza e as consequências desses princípios.
- II. A integridade política, por natureza, não seria necessária em um Estado utópico. Isso porque a coerência e a unidade de princípio já estariam garantidas, haja vista que as autoridades já atuariam de forma perfeitamente justa e imparcial. Na realidade, todavia, deve-se tratar a integridade como um ideal independente se a admitirmos por inteiro, pois pode entrar em conflito com esses outros ideais.
- III. Outro ponto importante é que a integridade exige que as leis não sejam fruto de um acordo de concepções contraditórias de justiça, mas que respondam a uma concepção coerente de justiça política, mesmo que não seja acordado por todos, mas que os trate igualmente.
- IV. Dworkin afirma que um governo que aceite o princípio igualitário abstrato, segundo o qual é preciso tratar igualmente todos os cidadãos, necessita de uma concepção de interesse equitativo e a integridade exige que o governo se decida por uma única concepção que não venha a rejeitar em nenhuma decisão.
- V. Dentre as diferentes concepções de igualdade possíveis, Dworkin defende que a igualdade de recursos é a mais adequada para se guiar uma comunidade, tendo em vista que respeita, de maneira mais profunda, os seus cidadãos como seres merecedores de igual consideração e respeito.

- VI. A concepção da igualdade de recursos admite que a riqueza das pessoas deve diferir, uma vez que elas fazem opções diferentes em questões de investimento e consumo. Isso acontece porque é pressuposto que a igualdade será preservada através das transações de mercado, mesmo que isso cause uma diferença de riquezas. A igualdade de recursos reconhece, porém, que as diferenças de talento são diferenças de recursos, e por essa razão procura algum modo de atribuir aos menos dotados compensações que vão além daquilo que o mercado oferece.
- VII. Quando se diz que o governo trata os seus cidadãos com consideração e respeito se quer dizer que ele os trata como capazes de formar concepções inteligentes sobre como suas vidas devem ser e agir de acordo com elas. Assim, a igual consideração e respeito surge quando são distribuídos bens e oportunidades de maneira igual sem distinguir tal atitude partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão.
- VIII. O conceito de igual consideração e respeito na integridade é importante porque demonstra que, na obra de Dworkin, além da fundamentação da necessidade de igual tratamento também é realizada uma escolha por uma concepção de igualdade específica. Esses dois conceitos se complementam, haja vista que, por um lado, a integridade fundamenta o igual tratamento entre os cidadãos pelo poder público, a igual consideração e respeito serve de critério para a escolha da melhor concepção possível do que seja esse igual tratamento.
- IX. Para Stuart Mill, na obra *Utilitarismo*, o crente que aceita o Princípio da Maior Felicidade, como fundamento da moralidade, defende que as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade, erradas na medida em que tendem a produzir o reverso da felicidade. Por felicidade, entende-se o prazer e a ausência de dor; por infelicidade, a dor e a privação do prazer.
- X. Influenciado por essa doutrina, Mill escreve, no *Ensaio sobre a liberdade*, que a liberdade de expressão deve ser protegida por três motivos: i) nunca se terá certeza de que uma ideia que se censura realmente é falsa; ii) mesmo que seja errada, tal ideia auxiliaria no desenvolvimento crítica da verdade através do confronto; e, por

fim, iii) na maioria das vezes, as ideias compartilham a verdade entre si e a repressão seria uma perda para ambas.

- XI. Ainda sobra a obra *Ensaio sobre a liberdade* de Mill, David Brink identifica nela duas justificativas diferentes para a defesa da liberdade de expressão. A primeira é uma justificativa instrumental, tendo em vista que ela seria uma política mais confiável para promover a razão de crenças verdadeiras sobre as falsas do que a política da censura. E o melhor exemplo dessa justificativa é a metáfora do mercado de ideias. A outra justificativa baseia-se na ideia de ser humano como ser em progressão, porque liberdades de pensamento e de discussão são necessárias para realizar a nossa natureza como seres em progressão.
- XII. Interpretando e se opondo à tradição utilitarista, John Rawls, no terceiro capítulo do seu *Uma teoria da justiça*, argumenta que, dentro uma posição original, o utilitarismo não seria uma concepção política escolhida por ser muito perigosa. Essa posição se caracteriza, minimamente, por possuir representantes da comunidade para decidir os melhores princípios da justiça para regê-los.
- XIII. Tais representantes não escolheriam o utilitarismo porque o princípio da máxima felicidade poderia colocar em risco, em situações de crise, a vida dos membros mais vulneráveis da comunidade. Como na posição original ninguém sabe a posição na qual fará parte na comunidade, ninguém se arriscaria a tomar uma decisão que colocaria em perigo uma classe social a qual poderia fazer parte. Mesmo reconhecendo a força dos argumentos de Mill sobre a liberdade, Rawls afirma que a dependência do utilitarismo seria seu ponto fraco.
- XIV. O importante a ser demonstrado aqui é a postura crítica de Rawls em relação à doutrina utilitarista, juntamente com o reconhecimento da força argumentativa da obra *Ensaio sobre a liberdade* de Stuart Mill, mesmo considerando que tal influência utilitarista seria seu ponto fraco.
- XV. Dworkin segue a crítica de Rawls em relação ao utilitarismo político, aqui representado por Stuart Mill, assim como também segue o reconhecimento da força de seus argumentos. Assim, a partir da ideia de igual consideração e respeito, ele constrói teoricamente o seu conceito de direito individual como antiutilitarista,

almejando proteger os cidadãos que vivem em uma democracia das graves insuficiências que esse modelo possui na proteção da igual consideração e respeito.

- XVI. Em Dworkin, a deficiência do argumento de política utilitarista é que, se eles forem realmente utilizados para justificar restrições à liberdade, será necessário uma forma de cuidado e de resguardo para garantir que nos cálculos utilitaristas só sejam utilizadas preferências pessoais, as quais se voltam para a vida das próprias pessoas, e não preferências externas, que se voltam para a vida das outras pessoas.
- XVII. Assim, reconhecendo um regime democrático como aquele que surge para melhor realizar a vontade da maioria e realizar o máximo de sua felicidade (o princípio básico do utilitarismo), é desenvolvido um conceito de direito como antiutilitarista. Isso porque tais direitos devem ser protegidos mesmo que a comunidade como um todo perca com essa proteção. Assim, tal como Rawls, Dworkin protege os cidadãos de avanços perigosos utilitaristas.
- XVIII. Da mesma forma, seguindo uma leitura crítica da obra de Mill, Dworkin desenvolve duas justificativas para a liberdade de expressão. A primeira ele chama de justificativa instrumental, já que a liberdade de expressão seria um instrumento para o surgimento de crenças verdadeiras em uma coletividade. Enquanto a segunda é chamada de justificativa baseada na ideia de ser humano como ser em progressão, já que a liberdade de expressão seria a forma mais adequada de respeitar a natureza do ser humano como construtor de si mesmo. E isso só seria possível em uma atmosfera de liberdade.
- XIX. A justificativa constitutiva, para Dworkin, possui duas dimensões. A primeira diz que o Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não tem qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que e possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis. A segunda diz que o Estado frustra e nega a responsabilidade moral dos cidadãos quando impede que certas pessoas expressem suas opiniões, justificando o impedimento pela alegação de que as convicções delas as desqualificam.
- XX. Tanto o conceito antiutilitarista de direito como as justificativas da liberdade de expressão estão presentes na argumentação de Dworkin contra Jeremy Wandron a

respeito da criminalização do discurso de ódio. O primeiro defendendo a desregulamentação e o segundo a criminalização.

- XXI. Defendendo a criminalização do discurso de ódio, Waldron argumenta, na obra *The Harm in Hate Speech*, que: i) a liberdade total acaba incentivando a prática de crimes contra minorias; ii) tratados internacionais recomendam a produção de legislações contra o discurso de ódio; iii) que tal tipo de legislação visa proteger a autoestima, a reputação e a qualidade de cidadãos respeitados pelo Estado de minorias vulneráveis a esse tipo de discurso; iv) essa legislação também garantiria a segurança dos membros das minorias de que eles não serão agredidos física, ou verbalmente, ao realizar seus afazeres diariamente.
- XXII. Dworkin responde que: i) o discurso de ódio deve ser liberado porque isso representa a postura do Estado como reconhecendo os cidadãos como seres responsáveis moralmente (segunda dimensão da justificativa constitutiva); ii) a liberdade de expressão é um direito universal; iii) ela deve ser protegida mesmo que traga consequências ruins para a comunidade (conceito antiutilitarista de direito); iii) Permitir que extremistas se expressem no debate público legitima políticas públicas a favor das minorias, já que eles possuiriam a oportunidade de expressar seu desacordo com essas políticas; iv) em uma democracia, ninguém tem o direito de não ser insultado.
- XXIII. Na análise do caso Ellwanger, os oito ministros que votaram pelo indeferimento do HC, mesmo sentido do parecer elaborado por Celso Lafer, basearam, de maneira importante, os seus fundamentos nos tratados internacionais os quais o Brasil é signatário que exigem uma atuação firme contra o preceito. Também basearam nos dispositivos constitucionais que exigem uma atuação efetiva da República Federativa do Brasil contra a prática e o induzimento do racismo e do preconceito.
- XXIV. Mesmo os três ministros que votaram a favor do deferimento do HC não questionaram a possibilidade de restrição da liberdade de expressão pela criminalização do discurso de ódio. Além de afirmarem, com a exceção do relator, que é possível, dentro do sistema constitucional brasileiro, a criminalização do ódio e da incitação violenta de preconceito e racismo. Especialmente os votos dos ministros Ayres Britto e Marcos Aurélio, que divergiram da maioria, tiveram como

fundamento principal o fato de que não houve comprovação prática de incitação ao ódio nas obras publicadas.

XXV. A experiência constitucional brasileira, expressa na análise do caso prático, demonstra que está mais próxima da tradição que criminaliza o discurso de ódio. Isso acontece não apenas por decisões do STF, mas também pela Constituição e pelos tratados internacionais assinados pelo Brasil e que exigem uma atuação concreta e efetiva contra qualquer tipo de preconceito e de racismo.

6 BIBLIOGRAFIA

ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. Contra os princípios jurídicos. *In*: MARMOR, Andrei. (Org) Tradução Luís Carlos Borges. **Direito e interpretação**: ensaios em filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

AMDUR, Robert. Rawls's critique of *On Liberty*. *In*: TEN, C.L. (Ed.) **Mill's On Liberty: A Critical Guide**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

ASSEMBLÉIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional, de 1966. **Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos**. Nova Iorque, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 19 jan. 2016.

_____. Convenção, de 1969. **Convenção Internacional Sobre A Eliminação de Todas As Formas de Discriminação Racial**. Nova Iorque, Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

BERLIN, Isaiah. **Liberty**. Incorporating *Four Essays on Libert*. Edited by Henry Hardy. Oxford: Oxford University Press, 2002.

_____. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Unb, 1981.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424-2/RS. Siegfried Ellwanger. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de janeiro de 2003. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

BRINK, David O. Mill's liberal principles and freedom of expression. *In*: TEN, C.L. (Ed.) **Mill's On Liberty: A Critical Guide**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

CALSAMIGLIA, Albert. El derecho como integridad: Dworkin. *In*: **Doxa**. Barcelona, 1990.

CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. *In*: OLIVEIRA, Manfredo A. (Org.) **Correntes fundamentais de ética contemporânea**. 4ª edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

DILTHEY, Wilhelm. **Introducción a las ciencias del espíritu**. En la que se trata de fundamentar el estudio de la sociedad y de la historia. Traducción de Eugenio Imaz. Buenos Aires: Fondo de Cultura Economica, 1949.

DWORKIN, Ronald. **Session 4: Multiculturalism and Human Rights - Part 2/2 - Fritt Ord & NYRB-Conference, Oslo**. 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=6wJQ658e-4U>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

_____. Foreword. *In*: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **The Right to Ridicule**. 2006. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2006/03/23/the-right-to-ridicule/>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. Por que a liberdade de expressão? In: DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **The Freedom's Law**. The moral Reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. Replies to Critics. In: Ronald Dworkin & Justine Burley (eds.) **Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin**. Oxford: Blackwell Pub, 2004.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Law's empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

_____. **Taking Rights Seriously**. Massashusetts: arvard University Press, 1978.

FREEMAN, Samuel. **Rawls**. London, New York: Routledge, 2007.

GALVÃO, Pedro. Introdução. In: MILL, Stuart. **Utilitarismo**. Introdução, tradução e notas de Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005.

GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

GARGARELLA, Roberto. **Las teorías de la justicia después de Rawls**. Um breve Manuel de filosofia política. Barcelona, Buenos Aires e Madrid: Paidós, 1999.

GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. **A crítica jurisprudencialista de Castanheira Neves à tese dos direitos de Ronald Dworkin: um debate sobre o conceito de direito como integridade**. 2013. 80 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.

GOMES, Leonardo Rosa Penteadó. **O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão**. 2014. 1 v. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <[file:///C:/Users/User/Downloads/versao_simplificada_leonardogomespenteadorosa \(2\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/versao_simplificada_leonardogomespenteadorosa%20(2).pdf)>. Acesso em: 13 fev. 2016.

GREEN, Leslie. Associative Obligation and the State. In: Ronald Dworkin & Justine Burley (eds.) **Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin**. Oxford: Blackwell Pub, 2004.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Elsavier, 2010.

_____. **Ronald Dworkin**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1997.

HAARSCHER, Guy. DIFAMAÇÃO COLETIVA: UMA NOÇÃO IRREMEDIAVELMENTE CONFUSA? **Revista Eletrônica do Curso de Direito - Puc Minas Serro**, Serro, n. 4, p.1, 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/1947-9892-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 jan. 14.

HABERMAS, Jürgen. HABERMAS, Jürgen. La prétention a l'universalité de l'herméneutique. In: **Logique des sciences sociales et autres essais**. Traduction avec un avant-propos par rainer rochlitz. Paris: Presses Universitaires de France, 1987

_____. **Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HART, Herbert. Entre a Utilidade e os Direitos. In: HART, Herbert. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Tradução de José Garcia Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. Entrevista a . H. L. A. Hart. **Doxa**, Alicante, n. 5, p 347, 1998. Entrevista concedida a Juan Ramón de Páramo Arqueles.

LAFER, Celso. Secretaria da Receita Federal. Parecer apresentado e aceito pelo STF na condição de amicus curiae, no julgamento do caso Ellwanger – HC 82424/RS (dezembro de 2002 a setembro de 2003). **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 162, p. 53-89, abr./jun. 2004.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos**. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

_____. **Freedom for The Thought That We Hate**. New York: Basic Books, 2007.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do Direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACINNIS, Luke. The Kantian Core of Law as Integrity. **Jurisprudence: An International Journal of Legal and Political Thought**. Londres, v. 6, n. 1, 2015.

MILL, Stuart. **Utilitarianism**. Auckland: The Floating Press, 2009.

_____. **Utilitarismo**. Introdução, tradução e notas de Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005.

_____. **Ensaio sobre a liberdade**. Tradução de Rita Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Editora Casa Verde, 2000, p, 72.

_____. **On Liberty**. (Orgs.) Edited by Edward Alexander. Ontario: Broadview literary texts, 1999.

NAGEL, THOMAS. Introdução. In: NAGEL, THOMAS. **Visão a partir de lugar nenhum**. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NEVES, CASTANHEIRA. Excurso – Dworkin e a interpretação jurídica – ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade. In: NEVES, Castanheira. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal no sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética, direito e democracia**. São Paulo: Paulus, 2010.

_____. **Reviravolta Linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

PERRY, Stephen. Associative Obligations and the Obligation to Obey the Law. In: HERSHOVITZ, Scott. (Ogs.) **Exploring Law's Empire**: The Jurisprudence of Ronald Dworkin. Oxford: Oxford University Press, 2006.

_____. Law and Obligation. **American Journal of Jurisprudence**, Oxford, v. 50, n. 1, 2005.

_____. Interpretação e metodologia na teoria jurídica. In: MARMOR, Andrei. (Org) Tradução Luís Carlos Borges. **Direito e interpretação**: ensaios em filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

POSTEMA, Gerald J.. Integrity: Justice in workclothes. In: Ronald Dworkin & Justine Burley (eds.) **Dworkin and His Critics**: With Replies by Dworkin. Oxford: Blackwell Pub, 2004.

_____. "Protestant" Interpretation and Social Practice. **Law and Philosophy**. v. 6. n. 3, 1987.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000.

_____. **A Theory of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

_____. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1996.

RÉAUME, Denise. Is integrity a virtue? Dworkin's theory of legal obligation. **The University of Toronto Law Journal**. Toronto. v. 39, n. 4, 1989.

STAVROPOULOS, Nicos, "Legal Interpretivism", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Summer 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/>>.

STEVENS, John Paul. **Should Hate Speech Be Outlawed?** 2012. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2012/06/07/should-hate-speech-be-outlawed/>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

TEN, C.L. (Ed.) **Mill's On Liberty**: A Critical Guide. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

TRIBE, Laurence H.. In Memoriam: Ronald Dworkin. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 127, n. 2, p.507-511, 2013. Disponível em: <http://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol127_dworking_memoriam.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2005.

UNITED STATES OF AMERICA. Constituição (1787). Constitution de 1787. **Constitution Of The United States**. Whashington, 17 set. 1789. Disponível em: <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 18 jan. 2016.

_____. Supreme Court. *Beauharnais V. Illinois* nº 343 U.S. 250 (1952). Whashington D. C., 28 de janeiro de 1952. Whashington D.C, . Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/#annotation>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

_____. Supreme Court. *New York Times Co. V. Sullivan* nº 376 U.S. 254. Whashington D. C., WHASHINGTON D. C. de 1964. Whashington D.C. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

VIOLANTE, João Luís Mousinho dos Santos Monteiro. **O caso Ellwanger e seu impacto no direito brasileiro**. 2010. 130 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, PUC/SP, São Paulo, 2010. Cap. 1. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2010-09-28T08:39:33Z-10045/Publico/Joao_Luis_Mousinho_dos_Santos_Monteiro_Violante.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2016.

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

_____. **Session 4: Multiculturalism and Human Rights - Part 1/2 - Fritt Ord & NYRB-Conference**, Oslo. 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=DoSbp8pdbM8>>. Acesso em: 19 01 2016.

_____. The Circumstances of Integrity. In: WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004.