



UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO - UFMA
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO - PPPG
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA

JOSÉ ROGÉRIO DE PINHO ANDRADE

O EXERCÍCIO DA TOLERÂNCIA FRENTE AO DISCURSO DO ÓDIO: uma análise da *práxis* judicial do STF no caso Ellwanger a partir da concepção de Justiça de John Rawls.

São Luís

2017

JOSÉ ROGÉRIO DE PINHO ANDRADE

O EXERCÍCIO DA TOLERÂNCIA FRENTE AO DISCURSO DO ÓDIO: uma análise da *práxis* judicial do STF no caso Ellwanger a partir da concepção de Justiça de John Rawls.

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho

São Luís
2017

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Andrade, José Rogério de Pinho.

O exercício da tolerância frente ao discurso do ódio: uma análise da práxis judicial do STF no caso Ellwanger a partir da concepção de Justiça de John Rawls / José Rogério de Pinho Andrade. - 2017.

213 f.

Orientador(a): Ney de Barros Bello Filho.

Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito/ccso, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. John Rawls. 2. Liberdade de Expressão. 3. Tolerância. I. Filho, Ney de Barros Bello. II. Título.

JOSÉ ROGÉRIO DE PINHO ANDRADE

O EXERCÍCIO DA TOLERÂNCIA FRENTE AO DISCURSO DO ÓDIO: uma análise da *práxis* judicial do STF no caso Ellwanger a partir da concepção de Justiça de John Rawls.

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: 07/08/2017

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão - UFMA

Profa. Dra. Maria do Socorro Almeida de Sousa
(Examinador Externo)

Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai
Universidade Federal do Maranhão - UFMA

Profa. Dra. Mônica Teresa Costa Sousa (suplente)
Universidade Federal do Maranhão – UFMA

A Deus, na espiritualidade que me é possível, pela existência da vida.

A meus pais Otaviano Santos e Maria Luiza, pela possibilidade da sobrevivência e as referências de caráter pessoal.

À minha Rainha Lúcia Carvalho pelo carinho, apoio, parceria, dedicação e compreensão.

Ao meu filho Matheus Gabriel pela oportunidade e possibilidade de amá-lo incomensuravelmente e pela paternidade.

Aos meus irmãos pela irmandade amorosa.

À possibilidade do pensamento livre, reflexivo, crítico e tolerante.

AGRADECIMENTOS

À minha família que compõe a minha realeza, minha Rainha Lúcia Carvalho Barros e meu príncipe Matheus Gabriel Barros Andrade por nossa união afetiva e amorosa, pelos diversos momentos de ensino e de aprendizagem juntos e por compartilharmos a experiência da família por laços da adoção.

À minha família que compõe meu clã natural, em especial aos meus pais, Otaviano Andrade Santos e Maria Luiza de Pinho Andrade, que sempre dedicaram o máximo para que os filhos pudessem alcançar a riqueza do conhecimento e da educação; aos meus irmãos, Eduardo Andrade, Roberto Andrade, Gláucia Andrade e Ricardo Andrade, aos sobrinhos (os biológicos e os adotados pelo afeto) João Ricardo, Matheus Soares, Arthur Enrico, à dupla Matheus & Mariana por juntos formarmos uma família no sentido da partilha de afetos e desafetos, amor e amizade, mesmo que às vezes distantes em função da distância física e geográfica.

Aos meus compadres Josedson Tavares Ramos e Mayre Lucy Carvalho Barros pela amizade e compadrice, e aos seus filhos, Lindberg, Leandro e Luanny, meus “sobrinhos tortos” adotados com carinho.

Ao meu orientador professor Ney de Barros Bello Filho, pela amizade da época de escola à orientação no mestrado, pelo seu profissionalismo em nome da efetivação da justiça, por sua qualidade de escritor, por sua dedicação e esforço aos jurisdicionados, amigos e alunos.

Ao professor Cássius Guimarães Chai por sua ilimitada atenção e dedicação aos seus alunos, a quem não mede esforços para auxiliá-los e orientá-los, com sua vasta experiência, competência e qualidade como acadêmico e profissional da justiça.

À professora Maria do Socorro Almeida de Sousa por sua sempre presente colaboração com os alunos do mestrado em Direito da UFMA assim que requisitada, especialmente por concordar em participar da banca de avaliação deste trabalho na urgência do convite.

À professora Mônica Teresa Costa Sousa por sua extrema capacidade de doar-se em competência e dedicação aos seus alunos e não-alunos, em especial por sua simplicidade e carinho com que trata a todos.

Aos prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos, pela organização do Mestrado e, em especial, pela participação na qualificação desta dissertação, a

quem em seu nome agradeço a todos os demais professores do programa por compartilharem, direta e indiretamente, seus saberes, suas experiências profissionais, orientações acadêmicas e pelo compromisso com que executam suas funções.

Aos meus amigos e colegas do mestrado por compartilharmos momentos de aprendizagem e troca mútua de conhecimentos, apoios e afetos na produção de nossos saberes acadêmicos, em especial aos colegas da 4ª turma e aqueles que outrora alunos na educação básica, hoje colegas na pós-graduação e amanhã mestres em Direito.

Ao Thales de Andrade pela irreverência com que vive a vida e pelo compromisso em alentar a todos os colegas nos momentos de desesperos acadêmicos, a quem aprendi a admirar pela maturidade e competência intelectual e quem está no rol de amigos.

Ao Denisson Gonçalves com sua sempre incansável disposição em ajudar e orientar os colegas nos entraves burocráticos e acadêmicos, também por sua enorme bondade como pessoa e sua invejável qualidade intelectual e acadêmica, a quem considero também um amigo.

Ao Fábio Sousa, a quem também coloco no rol de amigos, por sua simplicidade pessoal e por sua extrema dedicação e esforço pelo bem da justiça.

Aos colegas dos grupos de *WhatsApp* pelas atualizações das informações sobre o mestrado, em especial aos membros dos grupos “Rivotril”, pela “loucura” sadia e “Política e Instituições” pelos risos e provocações.

Aos funcionários e estagiários do curso de Direito e aos servidores terceirizados por sua dedicação funcional, mesmo diante das dificuldades e limitações estruturais do Mestrado.

“O homem conhece o mundo à medida que se conhece: sua profundidade se revela a ele à medida que se espanta consigo e com sua própria complexidade”.

“Moral é apenas uma interpretação de determinados fenômenos, mais precisamente uma má interpretação”.

(Friedrich Nietzsche).

RESUMO

Estudo do exercício da tolerância frente ao discurso do ódio com fundamentos na teoria da justiça de John Rawls. O trabalho objetiva analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal no Caso Ellwanger sob a compreensão da filosofia política de John Rawls. Para tanto, analisa-se a liberdade de expressão, a tolerância e o discurso do ódio. Descreve-se a ideia de tolerância na sociedade moderna identificando sua fundamentação filosófica a partir das concepções desenvolvidas pelos filósofos modernos John Locke, Voltaire, John Stuart Mill, Norberto Bobbio e John Rawls. Descreve-se a ideia de tolerância na sociedade moderna identificando sua fundamentação filosófica. Conceitua-se e contextualiza-se o discurso do ódio. Apresenta-se a concepção de liberdade e tolerância em John Rawls. Debate-se a liberdade de expressão, a tolerância e o discurso do ódio na perspectiva jurídica no sistema nacional e interamericano de direito. Analisa-se o discurso do ódio no Brasil sob o julgado do STF do caso Ellwanger.

Palavras-chave: John Rawls. Liberdade de Expressão. Tolerância. Discurso do ódio.

SUMMARY

This is a study about the exercise of tolerance against the speech of hate based on John Rawls' theory of justice. The paper aims to analyze the Federal Supreme Court decision in the Ellwanger Case under the comprehension of John Rawls' political philosophy. For this purpose, freedom of expression, tolerance and the speech of hatred are analyzed. Freedom of expression is discussed as a fundamental right distinguishing it from freedom of thought and information. We describe the idea of tolerance in modern society by identifying its philosophical foundation from the conceptions developed by the modern philosophers John Locke, Voltaire, John Stuart Mill, Noerberto Bobbio e John Rawls. The hate speech is conceptualized and contextualized. The conception of liberty and tolerance according to John Rawls is presented. We discuss freedom of expression, tolerance and hate speech under a legal perspective in both national and interamerican legal systems. Hate speech in Brazil is analyzed under the STF judgment of the Ellwanger case.

Keywords: John Rawls. Freedom of expression. Tolerance. Hate Speech.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AI-2	Ato Institucional nº 2
AI-5	Ato Institucional nº 5
ART	Artigo
CAJP	Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos
CIDH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EUA	Estados Unidos da América
FCC	Federal Communications Commission
HC	<i>Habeas Corpus</i>
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organizações das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
RS	Rio Grande do Sul
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
SIP	Sociedade Interamericana de Imprensa
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura).

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	A LIBERDADE DE EXPRESSÃO, A TOLERÂNCIA E O DISCURSO DO ÓDIO	18
2.1	A contextualização “jusfilosófica” da liberdade	19
2.2	A liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos	27
2.3	A liberdade de expressão como direito fundamental	32
2.3.1	Os princípios constitucionais que garantem a liberdade de expressão	38
2.3.2	A liberdade de expressão como um direito fundamental limitado: teoria externa e teoria interna	40
2.3.2.1	<i>A teoria interna dos limites dos direitos fundamentais</i>	43
2.3.2.2	<i>A teoria externa dos limites dos direitos fundamentais</i>	46
2.4	Distinção entre liberdade de pensamento, de expressão e de informação	59
2.4.1	Outras formas constitucionais da liberdade de expressão.....	64
2.4.2	Da necessidade de proteção constitucional à liberdade de expressão	69
2.5	A tolerância na sociedade moderna: breve conceituação e contextualização	72
2.5.1	A contribuição dos liberais modernos: Locke, Voltaire e Stuart Mill.....	75
2.5.2	As razões da tolerância.....	88
2.5.3	As raízes modernas da intolerância: em busca da tolerância	95
2.6	O discurso do ódio: contextualização e conceitualização	101
2.6.1	Preconceito	104
2.6.2	Discriminação	107
2.6.3	Racismo	108
2.6.4	Dignidade da pessoa humana	112
3	A CONCEPÇÃO DE LIBERDADE E TOLERÂNCIA EM JOHN RAWLS	114
3.1	Aspectos gerais da teoria política de John Rawls	114
3.2	As liberdades fundamentais e a tolerância em John Rawls	129

3.2.1	As liberdades fundamentais.....	129
3.2.2	Igual liberdade de consciência.....	132
3.2.3	A tolerância em John Rawls.....	141
4	LIBERDADE DE EXPRESSÃO, A TOLERÂNCIA E O DISCURSO DO ÓDIO NA PERSPECTIVA DO DIREITO	149
4.1	O reconhecimento internacional da liberdade de expressão pelo direito internacional	149
4.2	A liberdade de expressão e o discurso do ódio no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH)	153
4.2.1	Características principais do direito à liberdade de expressão no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....	156
4.2.2	A liberdade de expressão e a proteção (ou não) aos discursos	157
4.2.3	Limites da liberdade de expressão	164
4.2.4	Requisitos de legitimidade para a limitação à liberdade de expressão pela Convenção Americana de Direitos Humanos	166
4.3	A liberdade de expressão nas constituições brasileiras	171
4.4	Discurso do ódio no Brasil: análise do caso Siegfried Ellwanger – HC Nº 82.424/RS	178
4.4.1	Breve relato do caso	178
4.4.2	Os argumentos nos votos dos Ministros	180
4.4.3	Considerações sobre o caso Ellwanger na perspectiva da teoria da justiça de John Rawls	186
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	199
	REFERÊNCIAS	202

1 INTRODUÇÃO

Com o termo política é possível designar a doutrina do direito e da moral, a teoria do Estado, a arte ou ciência de governar e, ainda, o estudo dos comportamentos subjetivos. Hodiernamente, é mais comum a utilização do termo política para designar a atividade de administração do Estado de acordo com as leis visando fazê-lo funcionar da melhor forma possível nas suas relações com os seus membros enquanto pessoas, com a sociedade civil e também com outros Estados.

Caracteriza-se a filosofia política como a disciplina filosófica que produz reflexões sobre os problemas que surgem quando as pessoas, os grupos adotam (ou poderiam adotar) determinadas doutrinas políticas como ideários normativos, mais ou menos imaginados (ou idealizados) a respeito da melhor conduta política a ser realizada pelos indivíduos enquanto pessoas sociais e pelas instituições sociais e estatais responsáveis pelo desenvolvimento da sociedade como um todo. (GHIRALDELLI, 2005, p. 111). Ela promove discussões em torno de noções como liberdade, justiça¹, manutenção e criação de direitos, liberdade, igualdade, respeito individual, tolerância, questões sobre o que é público e o que é privado, legitimidade ou fundamentação de procedimentos político-jurídicos, etc.

Dentre os diversos problemas enfrentados pela filosofia política contemporânea é possível destacar como um dos problemas centrais a tarefa de como encontrar justificativas que possam legitimar e fundamentar as estruturas que compõem o sistema político e econômico, bem como determinam as condições das relações sociais, em especial para as sociedades democráticas marcadas pelo pluralismo de ideias abrangentes que possam ser consideradas não apenas racionais, mas razoáveis. Além do mais, estas justificativas precisam estender-se às práticas políticas, tanto das instituições sociais, como as dos indivíduos como pessoas e fundamentos da própria sociedade.

Assim, os problemas a serem enfrentados pela filosofia política podem adquirir as seguintes formas: O que, por exemplo, define a legitimidade da sociedade política e, também, das políticas públicas? É algum deus específico? Um tirano absolutista? Uma classe social específica (plutocracia, por exemplo)? Uma

¹ A questão de justiça é na verdade a questão de justificação, diz respeito a compreender que “[...] as razões para escolher e agir de certas maneiras dependem dos melhores argumentos disponíveis e, estes últimos, por sua vez, assumem um sentido determinado no âmbito de teorias de fundo mais ampla”. (MAFFETONE; VECA, 2005, p. xiii).

raça específica (os brancos, por exemplo)? Uma doutrina abrangente? É possível estabelecer bases para a convivência de teorias abrangentes mesmo quando elas se contrapõem razoavelmente? Sob quais critérios devem ser admitidas as ideias divergentes entre si na sociedade?

É um conjunto de questões, ainda mais extensas, que buscam dar fundamentação para as condições básicas da cooperação social e da sociabilidade. Responder a tais questionamentos equivale a apresentar, mesmo que apenas como pressuposto, determinadas concepções (ou uma determinada concepção predominante) que se tem do que é o ser humano e como deve ele fundamentar a organização social, política e econômica que favoreça ao seu próprio desenvolvimento e dos outros com quem convive em sociedade.

Dentre as diversas conquistas das teorias políticas modernas, filosóficas ou científicas, aponta-se como uma das de maior destaque e repercussão a compreensão de que cada indivíduo é uma unidade inviolável e, como tal, a fundamentação do sistema político e econômico passa pela sua justificação perante ele. Entende-se que a organização política, econômica e social, tem como fundamentação o indivíduo como pessoa livre e igual e, para ele, esta organização deve voltar-se na medida em que contribui para o desenvolvimento de seu projeto pessoal de vida e, por último, por ele deve ser realizada como resultado da participação no sistema de cooperação social. Isso está profundamente ligado à ideia de liberdade, de tolerância, de pluralismo e, em última instância, à ideia de democracia liberal: o indivíduo não é objeto, e nem deve ser tratado como tal.

Tendo como marco teórico a teoria política nos termos da justiça social desenvolvida por John Rawls e a compreensão de que a liberdade em todas as suas formas, em especial a liberdade de expressão, é o direito mais fundamental da pessoa humana e do cidadão, é que se aponta como problema de investigação quais limitações a este direito podem não ser consideradas legítimas por contrariar o pressuposto básico da autodeterminação do indivíduo. De outro modo, o exercício abusivo do direito à liberdade, pode também se demonstrar contrário ao princípio da autodeterminação da pessoa, bem como aos princípios fundamentais da sociedade democrática, e neste sentido, é possível pensar em limitações ao exercício ao direito à liberdade de modo a evitar que se torne abusivo.

Configura-se como hipótese deste trabalho que o valor da liberdade de expressão para as sociedades democráticas, reside, fundamentalmente, em

possibilita a coexistência de uma pluralidade de opiniões que possam fortalecer o debate político, pois como tal, ela é condição de legitimidade dos governos democráticos. Vale a pena defender a liberdade porque ela é um princípio fundamental para qualquer regime que se diga democrático, é um direito básico que, quando efetivo e protegido, é indício de civilização e tolerância. (WARBURTON, 2015, p. 9). O princípio da tolerância está associado ao princípio da liberdade e, enquanto tal, conduz ao reconhecimento de posições contrastantes e, enquanto tal, consiste na “[...] abstenção de hostilidades para quem professa ideias políticas, morais ou religiosas julgadas censuráveis”. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 1245).

É neste contexto de demarcação da sociedade democrática, da defesa da liberdade de expressão e do desenvolvimento do exercício da tolerância que são problematizados quais são os limites de exercício da liberdade de expressão e, conseqüentemente, os limites da tolerância diante de expressões que podem incitar a ruptura do quadro social democrático, como por exemplo, o discurso do ódio, que possam ser considerados legítimos.

Admite-se a liberdade de expressão como um direito natural, mas também como um direito fundamental e, enquanto tal, deve ser considerada de modo mais amplo possível, entretanto não como um direito absoluto. Por isto mesmo, as limitações a este direito precisam ser legitimadas constitucionalmente, daí a importância de se analisar quais são as condições e os requisitos que legitimam as limitações, bem como o tratamento dado a este direito pelos ordenamentos jurídicos internacionais e nacional.

Embora não se trate de uma teoria política sobre a liberdade e a tolerância, justifica-se analisar a perspectiva da tolerância para se identificar uma concepção de tolerância que fundamente uma política de tolerância, e que esteja vinculada ao seu desenvolvimento histórico legado pelas teorias liberais². Tais teorias nasceram efetivamente na Modernidade, mas estão muito vivas ainda nos dias atuais. Elas se confundem com o liberalismo, corrente ao qual se diz representar o filósofo John Rawls, e são fundadas em ideais de neutralidade,

² “Liberais são aqueles que, no plano ontológico, preocupam-se em estabelecer a ideia de um homem livre, capaz de um senso de justiça que ‘pode ser compreendido como uma convicção do cidadão acerca da obrigação da cidade de colocar à disposição de todo cidadão produtivo e cumpridor de seus deveres, os meios para que ele possa realizar seu plano de vida, desde que ele seja racional’”. (LOIS; LEITE, 2005, p. 25).

individualismo³, autonomia⁴ e separação entre as esferas da vida particular e pública.

Representada por filósofos como John Locke⁵, Voltaire, John Stuart Mill, Immanuel Kant⁶ e o próprio John Rawls, as teorias liberais relacionam a tolerância com os direitos fundamentais da liberdade, pois ela é entendida como requisito necessário para que as pessoas sejam livres e autônomas para escolher a concepção de vida que melhor lhes convém.

Entretanto, não é suficiente a existência de direitos fundamentais do ponto de vista da formalidade da lei para que se possa garantir o exercício da liberdade de expressão de modo legítimo, bem como garantir a tolerância entre os cidadãos que divergem entre si em razão de suas teorias abrangentes e razoáveis.

³ O individualismo ou atomismo caracteriza a visão de que os indivíduos e seus direitos estão acima dos interesses de grupo ou sociais de modo que a sociedade seja um meio pelo qual os indivíduos realizam os seus fins privados. Gondim (2011, p. 280) em análise da filosofia moral e político de Charles Taylor (*Philosophical Papers 2*) esclarece que o termo individualismo por ser substituído pelo termo atomismo e que caracteriza as doutrinas modernas do contrato social e suas sucessoras ou as que herdaram a visão de sociedade como constituída por indivíduos para o cumprimento dos fins que eram primariamente individuais. Morrison (2006, p. 487), diz que “[...] a concepção liberal do sujeito é ‘atomista’ porque afirma a natureza autossuficiente do indivíduo. [Diz ainda que] [...] a concepção liberal empobrece a ideia que fazemos de nós mesmos e ajuda na destruição da vida pública através do desenvolvimento do individualismo burocrático”.

⁴ Para Merquior (2014, p. 47) autonomia é “[...] estar livre de coerção: implica que os outros não impeçam o curso de ação que escolhemos. A autonomia se materializa historicamente por quatro modos principais: pela liberdade de opressão como interferência arbitrária (é a fruição de direitos estabelecidos e está associada ao sentido de dignidade), pela liberdade de participação na administração dos negócios da comunidade (liberdade política), por meio da liberdade de consciência e de crença e, por fim, pela materialização da aspiração que temos de viver como nos apraz”.

⁵ A teoria de John Locke é considerada uma das principais teorias modernas do individualismo. Para ele, os governos legítimos devem basear-se no consentimento dos indivíduos porque são livres e independentes e não estão sujeitos à autoridade paternalista e ao direito divino dos reis. (SANDEL, 2011, p. 265). No Segundo Tratado sobre o Governo civil, caracterizando o Estado de Natureza, John Locke (2005, p. 380) diz: “Para entender o poder político corretamente, e derivá-lo de sua origem, devemos considerar o estado em que todos os homens naturalmente estão, o qual é um estado de perfeita liberdade para regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem”.

⁶ No século XVIII, Immanuel Kant apresenta a concepção de que “ser livre é ser autônomo, e ser autônomo é ser governado por uma lei que outorgamos a nós mesmos”. Mais do que o consentimento, o fundamento da lei (moral) é definido pela razão pura prática. Já no século XX, o filósofo John Rawls observou que “as escolhas que fazemos com frequência refletem contingências moralmente arbitrárias” e, por isto, se quisermos a sociedade como um sistema de cooperação voluntária, “não podemos fundamentá-la no simples consentimento: ao contrário, devemos nos perguntar com quais princípios de justiça concordaríamos, a despeito de nossos interesses ou vantagens particulares, e tomar nossas decisões sob um ‘véu de ignorância’, sem saber quem delas se beneficiaria. As teorias de Kant e de Rawls têm em comum a concepção de que o agente moral é independente dos objetivos e ligações particulares de suas ações, isto é, “[...] quando determinamos a lei moral (Kant) ou os princípios de justiça (Rawls) nós o fazemos sem referência aos papéis e às identidades que nos situam no mundo e nos tornam os indivíduos que somos”. (SANDEL, 2011, p. 265-266).

Então, além de estabelecer princípios de justiça para a base de organização da vida em sociedade bem-ordenada, é imprescindível estabelecer procedimentos institucionais, jurídicos e políticos, para que eles se tornem eficazes. Nesta situação, é preciso estabelecer as condições de neutralidade do Estado liberal, mas também as possibilidades de sua eficácia na promoção dos direitos fundamentais.

A prática de discriminação a grupos sociais apresenta-se, paradoxalmente, como condição de legitimidade das sociedades ditas democráticas, pois a liberdade de expressão deve ser um direito também para as expressões odiosas, mas também como possibilidade de dissociação desta mesma sociedade. Assim, as expressões discriminatórias como o discurso do ódio, têm sido objeto de debate constitucionais acalorados na doutrina e jurisprudência mundiais, tanto nos ordenamentos jurídicos internos e nacionais, quanto nos sistemas internacionais de proteção aos direitos.

No Brasil a doutrina tem tratado o tema com relativa profundidade, entretanto, a jurisprudência pátria ainda é muito tímida, praticamente inexistem julgados relevantes sobre o tema nas cortes federais e estaduais. O caso Ellwanger julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no HC nº 82.424/RS, embora se tratasse de saber se o paciente havia cometido ou não crime de racismo, tornou-se paradigmático e possibilitou ser uma referência jurisprudencial sobre o tema da liberdade e da tolerância.

Deste modo, o objetivo principal da pesquisa é saber de que modo a concepção de justiça social elaborada por John Rawls pode contribuir para uma interpretação adequada e em defesa da liberdade de expressão e da tolerância em situações que impliquem manifestações de discurso do ódio de modo que se possa efetivar os princípios de justiça social que se espera das instituições sociais, especialmente o sistema de justiça.

A metodologia utilizada foi a análise de conteúdo a partir do procedimento metodológico de análise bibliográfica de livros, artigos científicos, legislação e jurisprudência do STF e das cortes internacionais. E para dar conta deste propósito a dissertação foi dividida em três capítulos.

No primeiro capítulo, intitulado “A liberdade de expressão, a tolerância e o discurso do ódio”, o objetivo principal é analisar a liberdade de expressão em

contexto filosófico e social do liberalismo⁷ moderno, distinguindo-a de outras formas de liberdade, especialmente a liberdade de informação e caracterizando-a como um direito fundamental. Ponderou-se sobre a conceitualização e contextualização da tolerância na modernidade como um discurso liberal, bem como o discurso do ódio. Por fim, analisou-se a distinção entre a liberdade de pensamento, de expressão e de informação indicando ainda outras formas constitucionais de liberdade e a necessidade de proteção constitucional à liberdade de expressão.

O segundo capítulo intitulado “A concepção de liberdade e de tolerância em John Rawls”, tem como objetivo principal apresentar os fundamentos teóricos conceituais que delimitam o pensamento filosófico de John Rawls sobre a justiça social como uma teoria ética e política de caráter liberal e democrático capaz de contribuir para a atualização dos sentidos e práticas do Estado democrático de direito.

O terceiro capítulo, “Liberdade de expressão, a tolerância e o discurso do ódio na perspectiva jurídica”, de caráter mais normativo, o principal objetivo foi identificar o tratamento dado à liberdade de expressão pelo direito internacional e suas demarcações como direito fundamental limitado. Assim, analisou-se o tratamento dado à liberdade de expressão pelo sistema internacional interamericano de proteção aos direitos humanos, bem como a abordagem deste direito nas diversas constituições brasileiras e, por fim, analisou-se a temática da liberdade de expressão e o discurso do ódio no paradigmático Caso Ellwanger (HC nº 82.424/RS) julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no ano de 2003.

⁷ Segundo Bobbio (2005, p. 89) “[...] o liberalismo é a doutrina na qual a conotação positiva cabe ao termo ‘liberdade’, com a consequência de que uma sociedade é tanto melhor quanto mais extensa é a esfera da liberdade e restrita a do poder. [De modo mais corrente nos dias de hoje], [...] é a doutrina do ‘Estado mínimo’ (o *minimal state* dos anglo-saxões)”. Assim, para o liberal Estado é sempre um mal, mas é necessário, devendo, portanto, ser conservado embora dentro de limites os mais restritos possíveis.

2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO, A TOLERÂNCIA E O DISCURSO DO ÓDIO

O termo liberdade⁸ é daquelas palavras que no cotidiano das pessoas ganha sentidos diversos e comuns, que parecem não exigir maiores reflexões para a compreensão do que representa. Contudo, numa breve aventura na tentativa de investigação um pouco mais compreensiva do que significa o termo liberdade, é que se verifica que a palavra em seu significado não é tão simples quanto possa parecer, pois possui uma complexa e diversificada carga polissêmica.

Sobre o significado do termo no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, é possível identificar no mínimo dezoito sentidos diferentes para o termo liberdade⁹. Sentidos que vão do físico ao metafísico passando pelo psicológico, pelo natural, pelo cultural e estético, pelo ético, jurídico e político, e outros. Dentre eles destaca-se a liberdade como “[...] grau de independência legítimo que um cidadão, um povo ou uma nação elege como valor supremo, como ideal”. (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 1752). Assim, por extensão a liberdade é “Conjunto de direitos reconhecidos ao indivíduo, considerado isoladamente ou em grupo, em face da autoridade política e perante o Estado; poder que tem o cidadão de exercer a sua

⁸ Mondin (1980, p. 112) afirma que ao termo liberdade “[...] é difícil dar-lhe uma definição precisa e unívoca. Todavia existe um núcleo fundamentalmente igual que ocorre constantemente: é a ausência de constrangimento”. Assim, é possível classificar os principais tipos de liberdade: a física, a moral, a psicológica, a política e a social.

⁹ A liberdade diz respeito à condição “daquele que não é cativo ou que não é propriedade de outrem”. Refere-se ainda à “possibilidade que tem o indivíduo de exprimir-se de acordo com sua vontade, sua consciência, sua natureza”. Filosoficamente, ela pode ser entendida como “a potencialidade (nem sempre concretizada) de escolha autônoma, independente de quaisquer condições e limites, por meio do qual o ser humano realiza a plena autodeterminação, constituindo a si mesmo e ao mundo que o cerca” (kantismo bergonismo ou existencialismo sartriano). No estoicismo, spinozismo ou no idealismo alemão, liberdade: “é a capacidade inerente à ordem cósmica, também concebida como natureza, universo ou realidade absoluta, de existir com autonomia e autodeterminação ilimitadas, que corresponde a um poder semelhante alcançável pelos seres humanos, desde que consigam agir e pensar como parte dessa realidade primordial e abrangente, harmonizando-se conscientemente com seus desígnios”. Para o marxismo a liberdade é a “aptidão por meio da qual as coletividades ou classes, compreendendo a necessidade das leis da natureza e os condicionamentos que pesam sobre a história universal, transformam o real com o objetivo de satisfazer suas necessidades materiais e determinar a organização geral da sociedade”. Para as concepções do empirismo e do utilitarismo, é a “capacidade individual de autodeterminação, caracterizada por compatibilizar autonomia e livre-arbítrio com os múltiplos condicionamentos naturais, psicológicos ou sociais que impõem predisposições ao agir humano”. Como liberdade civil é definida como o “poder de ação dependente da subordinação e integração do homem na sociedade”; “poder de fazer o que se quer, desde que não interfira na liberdade alheia”. Ainda no sentido jurídico, a liberdade de agir como o “direito de fazer tudo que não for proibido por lei anterior que o defina”. Como liberdade de imprensa é o “direito que tem a imprensa de emitir opiniões e pensamentos sem censura prévia, mas guardando critérios éticos”. Associada à liberdade de pensamento, é o “direito que cada um tem de expor suas opiniões, crenças e doutrinas”. (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 1752).

vontade dentro dos limites que lhe faculta a lei”. (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 1752).

Enquanto tal, se trata da liberdade em seu sentido negativo que “[...] consiste no direito do indivíduo de não sofrer qualquer impedimento no exercício de uma atividade ou na realização de algo que deseja”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 29). A liberdade dos antigos, também denominada de liberdade positiva, “[...] corresponde ao poder de participar das decisões políticas de uma sociedade, é o poder de autogoverno do cidadão”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 29). Para Stuart Mill (2010, p. 37), “[...] por liberdade se queria significar proteção contra a tirania dos dirigentes políticos”.

2.1 A contextualização “jusfilosófica” da liberdade

De um modo geral é possível apresentar três termos fundamentais para a concepção de liberdade: como autodeterminação ou autocausalidade, como necessidade e como escolha. Na primeira aceção, a liberdade é sinônimo de ausência de condições e de limites. A segunda aceção, tem a mesma fundamentação em considerar a liberdade como autodeterminação, entretanto, é atribuída à totalidade a que o homem pertence e, por fim, como escolha a liberdade é finita, pois é condicionada. (ABBAGNANO, 2000, p. 606).

Na concepção de liberdade como absoluta ou incondicional, “é livre aquilo que é causa de si mesmo”. De raízes aristotélicas, afirma que “[...] a liberdade consiste não só em ter em si a causa dos próprios movimentos, mas também ser essa causa”. (ABBAGNANO, 2000, p. 606). Ela encontra equivalência política na concepção anárquica de ausência de condições ou de regras e recusa de obrigações.

A segunda concepção fundamental de liberdade, a identifica com necessidade, ainda se refere ao conceito de *causa sui*, entretanto, a liberdade não é atribuída ao indivíduo, mas à totalidade cósmica ou divina, à Substância, ao Absoluto, ao Estado. De raízes estoicas, consiste em reconhecer a necessidade de se viver conforme a natureza e, neste caso, a autodeterminação, pertence à situação existencial total, cuja expressão é o eu. Assim, no plano metafísico, somente o ser, a substância e o mundo podem ser sujeitos de liberdade:

No plano político, apenas o Estado, a Igreja, a raça, o partido, etc.; atribui à totalidade assim privilegiada um poder de autocausalidade ou autocriação que é um outro poder igualmente absoluto de coerção sobre os indivíduos, considerados manifestações ou partes dele. (ABBGANANO, 2000, p. 610).

A terceira concepção de liberdade tem como núcleo a ideia de liberdade como medida de possibilidade, portanto escolha motivada ou condicionada. Assim, livre é quem possui, em determinado grau ou medidas, determinadas possibilidades objetivas, pelos modelos de vida disponíveis e pelas motivações. De origem moderna, assumiu a forma de negação da liberdade de querer e de afirmação da liberdade de fazer. Presente no pensamento de Hobbes (2004)¹⁰ e de Locke (2005)¹¹, explica a liberdade em sociedade como consistindo em não estar sujeito a outro poder legislativo além do consenso estabelecido pelo Estado. É a liberdade política e supõe a existência de normas reguladoras das possibilidades dos cidadãos e a possibilidade de os próprios cidadãos fiscalizarem o estabelecimento dessas normas.

Os dois primeiros conceitos de liberdade, são mistificadores, pois pouco sustentáveis. Assim, predomina desde a modernidade o conceito de liberdade como medida de possibilidade, pois que, a liberdade é uma questão de medida, de condições e de limites. Assim, não se trata de uma liberdade de escolha, mas sim de uma possibilidade de escolha que asseguram aos cidadãos a possibilidade de escolher sempre. Deste modo, tem-se o significado da liberdade sob a condição de liberdade política¹².

¹⁰ Para Hobbes (2004, p. 179-180) a “[...] liberdade ou independência significa, em sentido próprio, a ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos do movimento), e não se aplica menos às criaturas irracionais e inanimadas do que às racionais”. Assim, ser livre, nas coisas em que é capaz de fazer, o indivíduo não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer, a liberdade consiste no fato de o homem não se deparar com entraves ao fazer aquilo que tem vontade, desejo ou inclinação de fazer. Hobbes (2004, p. 179-180) distingue a liberdade dos súditos como sendo “[...] as espécies de ações que omitidas pelas leis os homens têm a liberdade de fazer o que a razão de cada um sugerir, como o mais favorável ao seu interesse”.

¹¹ Locke (2005, p. 401-402) distingue entre a liberdade natural e a liberdade do homem em sociedade. Quanto à primeira ela “[...] consiste em estar livre de qualquer poder sobre a Terra e em não estar submetido à vontade ou à autoridade legislativa do homem, mas ter por regra apenas a lei da natureza. [Já a liberdade do homem em sociedade] [...] consiste em não estar submetido a nenhum outro poder legislativo que não àquele estabelecido no corpo político mediante consentimento, nem sob o domínio de qualquer vontade ou sob a restrição de qualquer lei afora as que promulgar o legislativo, segundo o encargo a este contrato”.

¹² Sobre o conceito de liberdade política, Petrucciani (2014, p. 147) diz que ele “[...] refere-se ao modo como o homem é livre na ordem social e política”. Mas o que significa ser livre quando se age em um contexto regulado por normas de diversos tipos, especialmente, as morais e as jurídicas? Na discussão sobre o que é a liberdade, chegou-se à tese de que duas dimensões sobre a liberdade, ou dois aspectos do conceito podem ser obtidos: a ideia de liberdade negativa e liberdade positiva, tão bem explicadas por Norberto Bobbio e Isaiah Berlin.

Nos escritos políticos, o conceito de liberdade¹³ se refere com maior frequência à liberdade social ou liberdade interpessoal, às relações de interações entre pessoas ou entre grupos. A liberdade interpessoal ou social significa que a pessoa deixa os outros livres para agirem de determinada maneira. Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, p. 708) esclarecem este conceito de liberdade fazendo referência à relação de interação de não-liberdade interpessoal ou social. A não-liberdade social significa que o indivíduo é impedido de realizar o que pretende por uma causa externa qualquer, por exemplo, o governo negar passaporte ao cidadão, coloca-o na condição de não-livre em relação a poder viajar legalmente para fora de seu país. A liberdade social não é o oposto de não-liberdade social¹⁴. Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, p. 709) acrescentam que “[...] a liberdade social de alguém não depende de seu efetivo comportamento”, mas das condições que o regulam¹⁵. Assim, um motorista que ultrapassa os limites de velocidade das vias, é não-livre para o fazer, embora seja livre para andar nos limites de velocidade estabelecidos.

A liberdade social¹⁶ ou interpessoal possui como subcategoria a liberdade política que, normalmente, “[...] se refere à liberdade dos cidadãos ou das associações em relação ao Governo”. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 709). Historicamente, o interesse pela liberdade política, concentrou-se na liberdade

¹³ Para Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998) o conceito de liberdade pode ser utilizado em sentido descritivo e em sentido valorativo. No primeiro caso, se tem as caracterizações de situações identificáveis empiricamente sobre a liberdade. No segundo caso, o conceito de liberdade é utilizado no sentido de exortação recebendo significações diferentes de acordo com os diferentes modelos éticos dos pensadores que se debruçam sobre o tema.

¹⁴ “Uma relação de liberdade diz respeito a uma série de no mínimo duas ações, ou a tipos de ações alternativas. Eu sou não-livre para fazer algo; eu sou livre para fazer isto ou aquilo. Um ator é livre para agir da forma que mais lhe agrada, contanto que não exista outro ator que a torne não-livre para levar a bom termo algumas destas ações”. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 708).

¹⁵ Segundo Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, p. 710), “[...] a democracia exige que as ‘Liberdades Civis’ sejam protegidas por direitos legalmente definidos e por deveres a eles correspondentes, que acabam implicando limitações da liberdade. As liberdades e as não-liberdades são colocadas de maneira mais igual [...]. [Além do mais], [...] a liberdade de escolha caracteriza uma relação entre um ator e uma série de ações alternativas potenciais”. Segundo Hume (apud BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 710), é a “liberdade como poder para agir ou não agir, conforme a determinação da liberdade”. Ela não é condição necessária e nem suficiente da liberdade social. “Temos liberdade de escolha para a maioria das ações que podem ser punidas; tornamo-nos não-livres para fazê-las justamente por nos serem acessíveis”. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 710).

¹⁶ É impossível determinar uma concordância universal em torno do que seja a liberdade, como preferência moral ou política, embora haja concordância de que ela é o bem supremo. Para Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, p. 712) “[...] o conceito de liberdade social proporciona bases satisfatórias para uma discussão fecunda acerca dos aspectos normativos, bem como dos aspectos empíricos da liberdade”.

de religião, de expressão¹⁷ e de imprensa, de associação e de participação no processo político (sufrágio) e esteve associada à necessidade de ampliar a liberdade econômica.

Os diversos sentidos da palavra liberdade muitas das vezes servem como instrumento retóricos atendendo aos interesses dos diversos discursos e propósitos ideológicos, adquirindo muito mais o sentido de convencer do que de explicar. O liberalismo clássico¹⁸ em sua roupagem moderna, tem como ideia central a afirmação de que “[...] o Estado tem o direito de limitar a liberdade de alguém unicamente quando for necessário proteger os direitos fundamentais de outro (muitas vezes considerados como sendo os próprios direitos naturais)”. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 711).

Já a filosofia política denominada de neoliberalismo, entende a liberdade como satisfação das necessidades fundamentais e, deste modo, ela define a tarefa do Estado de proporcionar aos indivíduos as condições que possibilitariam a aquisição do que é necessário para alcançar o bem-estar. Assim, a liberdade individual pode ser limitada quando contraposta ao bem-estar social. Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, p. 712) explicam que a

[...] liberdade está relacionada não apenas com o objetivo de bem-estar, mas também com qualquer limitação da liberdade social que seja considerada necessária para alcançá-lo [e continua,] [...] liberdade inclui a não-liberdade social desejável e exclui a liberdade social não desejável.

É possível, ainda, definir a liberdade como “Governo fundamentado no consenso” e como tal é utilizada para “[...] expressar a norma pela qual o Governo deveria fundamentar-se no consenso dos governados; normalmente, isto quer dizer

¹⁷ Com relação à liberdade de expressão, ela “[...] significa fazer referência às seguintes relações de liberdade e de não-liberdade (e de poder) entre dois de seus membros A e B: A deixa B e B deixa A livre para dizer o que quiser, com relação a B, A é não-livre para impedi-lo de manifestar suas opiniões e vice-versa; A e B são não-livres para fazê-lo, não apenas em suas relações recíprocas, mas também com relação ao Governo, protetor do direito de expressão de todos”. (BOBBIO. MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 709).

¹⁸ Gonçalves (2006, p. 174-178) em análise sobre Direitos Fundamentais Sociais salienta a distinção acadêmica nas teorias liberais sobre o mínimo social: “[...] o liberalismo econômico clássico defendeu a noção subjetiva de interesses a ser configurada de acordo com medições autônomas do mercado e das escolhas individuais”. Assim, a ideia de mínimo social é configurada como uma opção estranha ao dever jurídico do Estado e passam a ser recebidas como favores precários que impõem uma série de rituais de obediência e comprometimento para os que os recebem. Em seguida ressalta que Rawls, discordando da concepção liberal econômica, configura os mínimos sociais, não como favores morais, mas sim como pressupostos do princípio da liberdade, atribuindo-lhes, inclusive, caráter constitucional.

Governo representativo e regra da maioria”. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 712). Os homens são livres na medida em que obedecem às normas que puderam produzir livremente pela participação política e pela vontade da maioria. Ser livre é, portanto, agir de acordo com as leis que impõe a si mesmo, é agir de acordo com a obrigação ordenada pela autoridade.

A liberdade como construção moral inclui expressões próprios da ética, tais como “justo”, “deveria” ou “virtude”. Neste sentido, ela não tem sentido descritivo, mas sim valorativo, encontra-se na condição do “dever ser” e não do “ser”. Assim, a “[...] liberdade não significa mais ausência de limitações desagradáveis, e sim presença de limitações agradáveis. [Ser livre é possuir a] [...] não-liberdade para fazer o mal, enquanto a liberdade de se afastar do caminho certo é licenciosidade”. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 712).

Na abordagem que faz sobre a liberdade, Silva (2006, p. 231) considera que o direito à liberdade tem um caráter histórico, pois foi produto do desenvolvimento das sociedades ao longo do tempo, era reflexo da maneira de o homem interpretar o mundo ao seu redor, pois “[...] o homem se torna cada vez mais livre na medida em que amplia seu domínio sobre a natureza e sobre as relações sociais”. A liberdade do homem se estabelece na medida em que ele se impõe sobre a natureza e sobre as relações sociais que ele mesmo produz. Ela se dá como conhecimento sobre a natureza e suas leis objetivas, mas também na medida em que transforma e domina a natureza, produz as condições de sua vida social, na qual ele atua como condicionante, mas também como condicionado. Assim, segundo Silva (2006, p. 231),

Não tem cabimento a discussão sobre a existência e não existência da liberdade humana com base no problema da necessidade, do determinismo ou da metafísica do livre-arbítrio, porque o homem se liberta no correr da história pelo conhecimento e consequente domínio das leis da natureza, na medida em que, conhecendo as leis da necessidade, atua sobre a natureza real e social para transformá-la no interesse da expansão de sua personalidade.

O conteúdo histórico¹⁹ da liberdade se traduz na condição humana de o

¹⁹ O aspecto histórico da liberdade denota que ela consiste “[...] num processo dinâmico de liberação do homem de vários obstáculos que se antepõem à realização de sua personalidade: obstáculos naturais, econômicos, sociais e políticos. É hoje função do Estado promover a liberação do homem de todos esses obstáculos, e é aqui que autoridade (poder) e liberdade se ligam”. (SILVA, 2006, p. 234).

homem poder agir sobre a natureza transformando-a, sobre si mesmo e sobre a sociedade. Sobre a natureza o homem realiza historicamente a liberdade quando não fica mais esperando que a natureza ofereça o que precisa para existir, pois conhecendo o seu funcionamento interno, o homem intervém sobre esta natureza arrancando dela o que precisa para subsistir. O exercício da liberdade sobre si mesmo se realiza na medida em que o homem conhece e transforma o mundo segundo as suas próprias necessidades, ele se transforma. É capaz de conhecer-se a si mesmo como distinto do próprio mundo e, assim, representar e orientar suas ações de acordo com suas capacidades de querer e de fazer²⁰.

A historicidade da liberdade se realiza na condição da sociedade na condição de ser o homem o único capaz de dar a si mesmo as suas próprias regras, de agir de acordo com as próprias representações da lei. O homem é considerado socialmente livre quando é capaz de atribuir para seu próprio comportamento, regras e normas de conduta e é capaz de se orientar por elas, avaliando sua conduta como boa ou má, certa ou errada, a partir de sua capacidade de discernimento.

A noção de liberdade ao longo dos anos não foi sempre a mesma: inicialmente, ela dizia respeito ao poder de o indivíduo poder participar ou não da sociedade; estava mais ligada à ideia de participação política. Posteriormente, a liberdade passou a ter um caráter mais individualista, no sentido de impedir quaisquer ações que pudessem interferir no exercício de um direito ou atividade de cada pessoa. Esta noção surgiu como uma proteção do indivíduo contra a tirania dos governos. Isso porque o governante pode vir abusar do poder que detém. E este poder, mesmo na sociedade contemporânea, sem controle, é inimigo da liberdade. (SILVA, 2006).

A liberdade nestes termos é o que Sarlet e Vale (2013, p. 219) denominam de direito geral de liberdade. Este direito tem origem constitucional no art. 4º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ao

²⁰ Outra perspectiva de se analisar a condição humana de liberdade, é distinguindo-a entre a liberdade interna e a liberdade externa. A primeira, também denominada de liberdade interna, ou liberdade psicológica ou moral, subjetiva ou liberdade de indiferença, ela “é o livre-arbítrio, como simples manifestação da vontade no mundo interior do homem”. Diz respeito ao poder de escolha do indivíduo e por isto mesmo também denominada de liberdade do querer. A liberdade externa, também denominada de liberdade objetiva, “[...] consiste na expressão externa do querer individual, e implica o afastamento de obstáculos ou de coações, de modo que o homem possa agir livremente”. Ela se refere à “liberdade de fazer, poder de fazer tudo o que se quer”. (SILVA, 2006, p. 231-232). Entretanto, sob esta condição, a liberdade pode se voltar contra a própria liberdade, na medida em que os mais fortes podem agir, se assim o quiserem, oprimindo os mais fracos e eliminando a liberdade deles. (SILVA, 2006, p. 231-232).

afirmar que “[...] a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica o outro”. Nestes termos, a liberdade refere-se à concepção liberal presente na teoria política de pensadores como John Locke, John Stuart Mill, Benjamin Constant, Alexis de Tocqueville e fundamenta a ideia de que “[...] todo ser humano possui uma área ou esfera de liberdade pessoal que não pode ser de qualquer modo violada e na qual pode desenvolver, livre de qualquer interferência externa, suas faculdades e vontades naturais”. (SARLET; VALE, 2013, p. 219).

Em razão da polissemia de sentidos que se pode dar ao conceito de liberdade, não é fácil escolher dentre os diversos significados aquele (ou aqueles) que são mais adequados para a análise do que se propõe em um trabalho sobre a liberdade. Por isto mesmo, uma das concepções mais adotadas consiste em considerar a liberdade em seus sentidos negativo e positivo. Conceber a liberdade a partir da compreensão do seu sentido negativo e positivo, possui uma limitação que é defini-la em função da autoridade.

No sentido negativo, a liberdade é tratada na condição de oposição e de negação da autoridade e, no sentido positivo, ser livre é poder participar da autoridade ou do poder, entretanto “[...] ambas têm o defeito de definir a liberdade em função da autoridade. Liberdade opõe-se a autoritarismo, à deformação da autoridade; não, porém, à autoridade legítima”. (SILVA, 2006, p. 232)²¹.

Ser livre é ser autor de sua própria conduta, mas também é estar obrigado a agir de acordo com as regras de conduta social que estabeleceu para si mesmo. Segundo Silva (2006, p. 232), “[...] portanto, não é correta a definição de liberdade como ausência de coação. O que é válido afirmar é que a liberdade consiste na ausência de toda coação *anormal, ilegítima e imoral*”. Assim, liberdade e autoridade não estão necessariamente em situações de oposição, pois se a lei que limita a liberdade for consentida por aqueles cuja liberdade restringe, ela é normal, moral e legítima. Nunca é demais ressaltar que essas leis precisam ser consentidas pelo povo. Por isto mesmo, Silva (2006, p. 232) adota como mais aceitável o conceito de liberdade da Declaração de 1789:

²¹ Para Silva (2006, p. 232), a liberdade e a autoridade se complementam, porque a autoridade legítima provém da liberdade. A autoridade é necessária à ordem social, que é condição mesma de liberdade como já visto, e esta é condição de expansão individual. A questão é que é preciso encontrar um mínimo de equilíbrio entre a liberdade como coação social, como as regras orientadoras da conduta social, e a expressão do indivíduo como sujeito de sua própria personalidade, mas também como autor e sujeito das normas sociais de conduta.

Artigo 4º- A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.

Artigo 5º- A Lei não proíbe senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

A liberdade não é fazer o que se quer, mas sim fazer o que se quer dentro da lei, ou do dever, contudo, sem prejudicar os outros. Por isto,

[...] o conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade [e pode ser expresso da seguinte forma:] [...] liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização pessoal. (SILVA, 2006, p. 232-233).

As opressões à liberdade originam-se tanto no Estado quanto em poderes extraestatais de diversas índoles, tais como, raciais, eclesiásticos, econômicos e são variáveis segundo os países. Deste modo, o Estado é o meio mais apropriado para realizar a liberação dessas pressões, mesmo que a ampliação de sua atividade acabe por produzir lesões à liberdade, daí a necessidade de defender o processo de democratização²² e os princípios liberais como fundamentos de formação e realização da vontade estatal.

O Direito Positivo trata fundamentalmente da liberdade em sua condição objetiva, isto é, da liberdade de fazer. Assim, é mais adequado tratar da liberdade de modo plural, isto é, enquanto liberdades, nas formas da liberdade que podem ser distinguidas em cinco grandes grupos: liberdade da pessoa física²³, liberdade de pensamento, liberdade de expressão coletiva, liberdade de ação profissional e liberdade de conteúdo econômico e social.

²² A democracia é uma garantia geral da realização dos direitos fundamentais, em especial da liberdade. É na democracia “Que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista”. (SILVA, 2006, p. 234).

²³ Sobre a liberdade da pessoa física, também denominada de liberdade individual, embora inapropriadamente, pois todas as liberdades são individuais, ela constitui a primeira forma de liberdade a ser conquistada pelo homem. É oposta ao estado de escravidão e de prisão e pode ser expressa pela seguinte noção: “é a possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de serem senhora de sua própria vontade e de locomoverem-se desembaraçadamente dentro do território nacional”. (SILVA, 2006, p. 234). São apontadas duas prerrogativas principais – liberdade de locomoção e de circulação (para os franceses são três as prerrogativas: liberdade de ir e vir, de segurança individual e liberdade de intimidade). A liberdade de locomoção “constitui o cerne da liberdade da pessoa física no sistema jurídico, abolida que foi a escravidão”. (SILVA, 2006, p. 234).

Do artigo 5º, inciso II²⁴ da Constituição Federal do Brasil de 1988 decorre a liberdade geral das diversas liberdades, que é a “liberdade de atuar” e segundo o qual “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). Distinto da maneira de entender a liberdade feita por Montesquieu²⁵ que situava a liberdade na permissão da lei, o dispositivo constitucional, situa-a na condição de o cidadão poder atuar, de poder fazer ou agir como princípio. Assim, os cidadãos possuem a liberdade de fazer ou de não fazer o que bem entenderem, deste que a lei não estabeleça o contrário. Assim, os limites que a lei impõem à liberdade são legítimos e condição da própria liberdade. (SILVA, 2006, p. 236).²⁶

2.2 A liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos

Tanto no sentido filosófico quanto no sentido jurídico-constitucional, o direito geral de liberdade implica em uma dupla dimensão: uma liberdade negativa e uma liberdade positiva. Esta distinção entre liberdade negativa e liberdade positiva remonta à distinção elaborada por Benjamin Constant²⁷ em seu ensaio de 1819

²⁴ *In verbis*: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (BRASIL, 1988).

²⁵ “A liberdade política não consiste em fazer o que se quer”, pois, “a liberdade só pode consistir em podermos fazer o que devemos querer e em não sermos obrigados a fazer o que não devemos querer”. (MONTESQUIEU, 2014, p. 228). A definição de liberdade apresentada por Montesquieu (2014, p. 228) é a de que ela “[...] é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e, se um cidadão pudesse fazer o que proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder”.

²⁶ Da análise do artigo 5º, inciso II da Constituição duas dimensões são reveladas. A primeira delas consubstancia o princípio da legalidade e a outra o direito fundamental da liberdade de ação. Assim, além da previsão à liberdade de ação, o dispositivo do artigo constitucional “confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona liberdade e legalidade”. Como consequência, se tem que a somente a lei, quer seja de caráter preceptivo ou proibitivo, oriunda do Poder Legislativo pode estabelecer limitações à liberdade, isto é, “a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima”. (SILVA, 2006, p. 236).

²⁷ A definição de liberdade moderna ou negativa apresentada por Benjamin Constant (1819, p. 02) é de que a palavra liberdade “é para cada um o direito de não se submeter senão às leis, de não ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira, pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É para cada um o direito de dizer sua opinião, de escolher seu trabalho e de exercê-lo; de dispor de sua propriedade, até de abusar dela; de ir e de vir, sem necessitar de permissão e sem ter de prestar conta de seus motivos ou de seus passos. É para cada um o direito de reunir-se a outros indivíduos, seja para discutir sobre seus interesses, seja para professar o culto que ele e seus associados preferirem, seja simplesmente para preencher seus dias e suas horas de maneira mais condizente com suas inclinações, com suas fantasias. Enfim, o direito, para cada um, de influir sobre a administração do governo, seja pela nomeação de todos ou de certos funcionários, seja por representações, petições, reivindicações, às quais a autoridade é mais ou menos obrigada a levar em consideração”. Já a liberdade dos antigos, ou liberdade positiva: “esta última consistia em exercer coletivamente, mas diretamente, várias partes

intitulado “A liberdade dos antigos e a Liberdade dos modernos”. A liberdade dos antigos²⁸ consiste no direito de autodeterminação e de participação política, é a liberdade positiva. A liberdade dos modernos²⁹ é a consagrada liberdade individual, ou liberdade negativa. (SARLET; VALE, 2013, p. 221).

Isaiah Berlin (2005, p. 160) afirma que para os gregos antigos a liberdade significava “[...] ser capaz de participar no governo da cidade. [...]. Ser livre era não ser forçado a obedecer a leis feitas por outros *para* alguém, mas *por* alguém”. Para tal concepção de liberdade, o governo e as leis não distinguem a esfera da vida pública e a esfera da vida privada, isto é, ser livre era ter o direito de participar na elaboração da vida política, mesmo que isto implicasse, quando necessário, em escrutínio e investigação da vida particular³⁰. (BERLIN, 2005, p. 160).

Sobre a concepção de liberdade dos antigos, Zygmunt Bauman (2014, p. 43) diz que “[...] talvez a antiga ideia da liberdade referia-se ao ato antes que a condição: uma decisão do poderoso de libertar alguém o sujeito ao seu poder pela escravidão, cativo ou sujeição”. Era a liberdade como manumissão³¹ (ser solto

da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados; em fazê-lo comparecer diante de todo um povo, em acusá-lo de delitos, em condená-los ou em absolvê-los”. Acrescenta Constant (1819, p. 2-3): “[...] mas, ao mesmo tempo que consistia nisso o que os antigos chamavam de liberdade, eles admitiam, como compatível com ela, a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo”.

²⁸ Para Hobbes (2004, p. 183), a liberdade dos antigos, “[...] não é a liberdade dos indivíduos, mas a da república, que é idêntica à que teria todo homem, se não houvesse leis civis nem nenhuma espécie de república”.

²⁹ A liberdade moderna, ao contrário da liberdade pré-moderna que é de caráter tópico, não universal e extensiva apenas aos detentores do poder e aos que recebem os benefícios deste, é universal e extensível a todos no espaço da modernidade, é o resultado de uma ponderação valorativa e de um embate entre direitos às vezes conflitantes entre si e é também racional, pois não é medida abstrata, mas ponderada pelo critério da racionalidade. (BELLO FILHO, 2012, p. 140). Em termos mais precisos e literais “[...] a liberdade moderna difere da liberdade pré-moderna, porque ela é universal, é fruto de uma ponderação, e tanto a universalidade como a ponderação se submetem ao critério da racionalidade. A liberdade que nos torna modernos não é doada, não é sectária e não se confunde com imposição valorativa”. (BELLO FILHO, 2012, p. 141).

³⁰ O próprio Benjamin Constant (1819, p. 3) afirmava que “[...] entre os antigos o indivíduo quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos os assuntos privados. Como cidadão, ele decide sobre a paz e a guerra; como particular, permanece limitado, observado, reprimido em todos os seus movimentos; como porção do corpo coletivo, ele interroga, destitui, condena, despoja, exija, atinge mortalmente seus magistrados ou seus superiores; como sujeito ao corpo coletivo, ele pode, por sua vez, ser privado de são, despojado de suas honrarias, banido, condenado, pela vontade arbitrária do todo ao qual pertence”.

³¹ Bauman (2014, p. 43) esclarece que a liberdade enquanto manumissão (de *manumittere*, ser solto pela mão de alguém era um ato de “humanização”, pois o escravo era uma propriedade, um bem móvel de um determinado senhor e a manumissão dava-lhe reconhecimento de sua humanidade pela liberdade, embora não totalmente livre. Era uma liberdade relativa porque referia-se a uma condição deixada de ser, mas que outros permaneciam nela. Assim, “a libertação, não era um ato de liberdade”. Além do mais, a manumissão quase sempre era condicionada: o liberto poderia ainda permanecer obrigado a prestar serviços ao seu ex-senhor, e em alguns casos, o senhor renunciava

das mãos de alguém) e, enquanto tal, era um ato de humanização, pois transformava alguém de escravo em homem livre, não totalmente livre em alguns casos, mas não mais totalmente cativo. Já o homem livre, o não-escravo, tinha sua posição medida pela escravidão. Tratava-se de uma liberdade relativa, pois se referia ainda à condição daqueles que continuavam escravos.

Com relação à compreensão de liberdade no mundo moderno, como se afirmou especialmente a partir da concepção de Benjamin Constant³², a ideia de liberdade passa a distinguir a existência da esfera da vida privada que deve ser protegida da inconveniência de interferência da autoridade pública e também de outros indivíduos particulares. A liberdade passou a ser considerada instrumento de proteção do indivíduo contra os impedimentos no exercício de seus direitos. O direito à liberdade institui limites à atuação do Estado, com as devidas exceções legalmente constituídas, no que diz respeito a interferir nas atividades ou conduta dos indivíduos quanto à esfera de sua vida privada, limitando a atuação dos governos e agentes públicos³³.

Para Berlin (2005, p. 161), a visão moderna, também denominada de visão liberal clássica, aponta que em relação à liberdade, há o pressuposto

De que há uma fronteira entre a vida pública e privada; e de que, por menor que possa ser a esfera da vida privada, dentro dela posso fazer o que quiser – viver como me dá prazer, acreditar no que sinto vontade, dizer o que me agrada –, desde que isso não interferia nos direitos semelhantes de outros, nem solape a ordem que torna esse tipo de arranjo possível.

ao domínio futuro de seu ex-escravo.

³² Segundo Goyard-Fabre (1999, p. 325-327), para Benjamin Constant, “[...] o campo da individualidade tem algo de sagrado e inviolável”. Assim, o direito público ultrapassando a linha demarcatória entre o individual e o público, abre espaços para os abusos do poder. Entretanto, tais abusos não são cometidos apenas pelos tiranos, eles o podem ser cometidos em nome da soberania do povo. Semelhante a Montesquieu, a conclusão de Benjamin Constant é a de que a democracia não é liberdade e nem garantia de liberdade. E diz, ainda, que “a liberdade dos modernos” é um conceito repleto de mistificação e de ilusão, pois é preciso reconhecer o princípio filosófico segundo o qual “nenhuma autoridade sobre a terra é ilimitada”, assim, a própria autoridade da lei precisa ser limitada. Entretanto, para B. Constant a liberdade é o triunfo da individualidade. Ainda discorrendo sobre as ideias de Benjamin Constant, Goyard-Fabre (1999, p. 325-327), explicará que para ele, “[...] a tarefa que o liberalismo deve cumprir é [...] a mesma do direito constitucional, cujos princípios devem remeter à fundamentação ontológica, até mesmo axiológica, da liberdade na individualidade”.

³³ Com relação ao conceito moderno de liberdade, não se pode esquecer que não se tem a liberdade quando os ordenamentos jurídicos permitem determinadas condutas, mas quando não se é proibido de praticar aquilo que se pretende sem prejuízos aos outros. Além do mais, a liberdade do indivíduo não pode ser tolhida por completo pelo ordenamento jurídico. A liberdade é compreendida como “[...] ausência de obstáculos ao exercício de um determinado direito ou atividade tendo em vista um fim específico”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 28-31).

Contudo, Berlin (2005, p. 161) esclarece que “[...] o pressuposto de que os homens precisam de proteção uns contra os outros e contra o governo é algo que nunca foi plenamente aceito em nenhuma parte do mundo”. A este ponto de vista, ele denomina de visão clássica ou dos gregos antigos e que consiste fundamentalmente, em interferir na vida privada daqueles que são incapazes de por si próprio assumir as responsabilidades por sua própria conduta. Segundo esta concepção, se há alguns que fazem pelos outros o que eles mesmos fariam por si próprios se o pudessem, esses não interferem na liberdade dos outros, pois

Estão interferindo na vida das pessoas assim como elas são, mas apenas para torná-las capazes de fazer o que fariam se soubesse o bastante, ou estivessem sempre em suas melhores condições, em vez de cederem a motivos irracionais, comportarem-se como crianças ou permitirem que o lado animal de sua natureza predomine. (BERLIN, 2005, p. 162).

Assim, por exemplo, se os pais obrigam as crianças a irem à escola mesmo sob a relutância destas, não estão restringindo a liberdade delas, mas trazendo à tona o próprio eu das crianças que se manifestará em sua plenitude na maturidade. Para Berlin (2005, p. 162), grande parte da autoridade moderna se baseia em uma teoria deste tipo, isto é,

Dizem-nos que obedecer a essas instituições não é senão obedecer a nós mesmos e, portanto não é escravidão, pois essas instituições encarnam em nós mesmos nossas melhores e mais sábias condições e, o autodomínio não é restrição, o autocontrole não é escravidão.

Uma das questões políticas modernas mais fundamentais diz respeito ao embate entre estas duas visões, a saber, a que entende que interferir na vida das pessoas protegendo-as de suas próprias limitações, não é restringir a sua liberdade, e a outra que não nega que o comportamento antissocial deve ser restringido ou que as pessoas possam ser impedidas de causar danos a si mesmas ou aos que estão sob seus cuidados, mas afirma que isto, mesmo que justificado, é restringir a liberdade. (BERLIN, 2005, p. 162-163). Assim, de acordo com esta visão

A liberdade pode ter sido restringida para dar lugar a outras coisas boas, segurança, paz ou saúde; ou a liberdade hoje pode ter sido restringida para tornar possível uma liberdade mais ampla amanhã; mas restringir a liberdade não é proporcioná-la, e a coação, por mais justificada que seja, é apenas um valor entre muitos outros, e se é um obstáculo para garantir outros fins igualmente importantes, ou se interfere nas oportunidades de outras pessoas de alcançar esses fins deve ceder o lugar. (BERLIN, 2005, p. 163).

A análise crítica desta visão, afirma que ela pressupõe uma divisão da vida em privada e pública, mas que esta visão possui um erro fundamental que consiste em desconsiderar que

[...] o ser humano é um só, e na sociedade ideal, quando as faculdades de todos serão desenvolvidas, ninguém jamais vai querer fazer alguma coisa de que os outros se ressintam ou que desejem interromper. [Deste modo], [...] o desejo de ser deixado sozinho, ter permissão de fazer o que deseja sem precisar prestar contas disso a algum tribunal [...] esse desejo é um sintoma de desajuste. Pedir que sejamos livres da sociedade é pedir que sejamos livres de nós mesmos”. (BERLIN, 2005, p. 163-164).

Numa visão orgânica, a separação entre as pessoas é ruim. Os direitos humanos³⁴ são “[...] necessários numa sociedade má, mas sem lugar num mundo organizado com justiça em que todas as correntes humanas fluem para um único rio humano sem divisões”. (BERLIN, 2005, p. 163-164).

Em conclusão, Berlin (2005) afirma que os regimes autoritários e totalitários têm representado uma dessas visões e a outra tem sido representada pelas democracias liberais. Contudo, é possível estabelecer combinações e variações dessas visões.

Atualmente, porém, não se pode dizer que existe um conceito exato para a liberdade. Na verdade, o assunto está eivado de polêmicas e acepções e, por isto mesmo, a prevalência de um ou de outro perfil da liberdade podem conduzir a fundamentações diversas que podem acarretar práticas também diversas. Por isso é preciso analisar os principais perfis da liberdade para que a noção desejada – liberdade de expressão – seja melhor entendida.

Há quem entenda a liberdade apenas como ausência de restrições. É a chamada liberdade negativa. Para os adeptos desta teoria, os indivíduos têm o poder de fazer tudo aquilo que não é proibido pelo Direito – restrições essas que devem ser mínimas para o bom funcionamento do Estado. Defendem o Estado mínimo por entenderem que um Estado maior do que o necessário viola os direitos individuais dos cidadãos; aceitam, basicamente, apenas restrições relacionadas aos

³⁴ Na visão liberal, “Os direitos humanos, e a ideia de uma esfera privada em que estou livre de escrutínios, são indispensáveis àquele mínimo de independência que todos necessitam, se quiserem se desenvolver, cada um segundo sua própria linha; pois a variedade é da essência da raça humana, e não uma condição efêmera. [...]. Os que propõem essa visão acham que a destruição desses direitos para construir uma sociedade humana universal que se orienta por si mesma – todos marchando para os mesmos fins racionais – destrói aquela área de escolha individual, por menor que seja, sem a qual a vida não parece valer a pena”. (BERLIN, 2005, p. 164).

direitos dos outros indivíduos. Nesse ponto, Mill (2010, p. 49) é enfático ao afirmar que o princípio básico de sua teoria tem como “[...] único objetivo pelo qual a humanidade pode, de forma individual ou coletiva, interferir com a liberdade de ação de qualquer de seus membros, é a proteção dela própria”. Este é o fundamento central do seu princípio do dano, isto é, a limitação à liberdade somente é legítima quando tem como finalidade evitar danos a si mesmo ou a outrem.

A liberdade negativa, portanto, estaria no reverso do Estado: as escolhas individuais seriam tão mais amplas quanto menor fossem as coerções do Estado. Porém tal conceito mostra-se insuficiente. Isso porque se se adotar uma unicidade conceitual para uma palavra carregada de complexidade como a liberdade correr-se-ia o risco de injustificáveis limitações em seu campo de abrangência. Note-se, porém, que não se está desconsiderando tal conceito. Pelo contrário, apenas se está afirmando que essa visão negativa da liberdade é insuficiente e deve ser complementada. Aí que surge a ideia da liberdade sob seu aspecto positivo.

A liberdade sob o ponto de vista positivo está relacionada ao poder do cidadão de participar das decisões políticas de uma sociedade. É a compreensão da liberdade em um sentido de autodeterminação. Assim, refere-se, basicamente, à real possibilidade de se realizar os fins da atividade livre que é, em última instância, a felicidade pessoal. É a liberdade exercida de acordo com a razão pessoal de cada indivíduo, suas convicções. Deste modo, não basta apenas a supressão dos obstáculos que impeçam esta atividade, é preciso que se dê condições e meios indispensáveis à sua realização.

Apesar das divergências conceituais acerca da liberdade, não há como se negar sua enorme relevância. A liberdade é inata ao ser humano, antecede a própria noção de Estado e do Direito. Ela é necessária para o desenvolvimento pleno de uma sociedade. Indo além, pode-se afirmar que ela decorre da própria natureza do homem. Por isso, se se negá-la, está-se rejeitando a essência de cada indivíduo, seu direito de autodeterminação, enfim, seu próprio direito à existência como uma pessoa humana.

2.3 A liberdade de expressão como direito fundamental

A liberdade de expressão é um direito fundamental consagrado nas constituições da maioria dos países civilizados e nas declarações de direitos

internacionais. Os fundamentos que justificam a liberdade de expressão como direito fundamental são variados e podem fazer referência tanto às consequências de seu exercício, adquirindo uma conotação teleológica, quanto aos seus princípios fundantes, em sua conotação deontológica.

São quatro os argumentos doutrinários para fundamentar a liberdade de expressão como um direito fundamental: a) é uma garantia para a autossatisfação individual; b) é um importante instrumento para a descoberta da verdade; c) possibilita a participação do cidadão na democracia e, d) ser uma suspeita do governo. E também para Thomas I. Emerson (apud CHEQUER, 2011, p. 17-18) são quatro as razões que fundamentam a liberdade de expressão como direito fundamental: 1) assegurar uma satisfação individual; 2) meio para alcançar a verdade; 3) método de assegurar a participação dos membros da sociedade na criação de decisões sociais e políticas e, 4) manutenção da balança entre a estabilidade e a mudança da sociedade.

A liberdade de expressão fundada no direito à autossatisfação individual possui caráter deontológico na medida em que se justifica como o direito de o homem buscar realizar-se em suas potencialidades como ser humano. Diferenciado dos demais animais, o ser humano tem o poder de abstração por meio do pensamento e de comunicação de seus pensamentos na construção da convivência com os outros seres e consigo mesmo em sociedade. Assim, ao humanizar-se em um processo de humanização do mundo, o homem encontra seu sentido de estar no mundo. Na consideração da condição humana como ser capaz de autorrealização, “[...] essa teoria estima a liberdade de expressão como um valor intrínseco, um bem independente, um fim”. (CHEQUER, 2011, p. 19). E, por isto mesmo, “[...] seu exercício pode ser considerado como condutor para o desenvolvimento de indivíduos mais reflexivos e maduros e, portanto, beneficiar toda a sociedade”. (CHEQUER, 2011, p. 19). Se no desenvolvimento de sua personalidade o indivíduo tem o direito de formar suas próprias crenças, suas ideias, opiniões e sentimentos, como consequência ele tem o direito de expressá-las o mais amplamente possível. Assim, a expressão é parte integrante da formação do indivíduo como pessoa, como ser humano³⁵.

³⁵ Por isto mesmo, “[...] a supressão de crença, opinião e expressão é, na verdade, um afronto à dignidade humana, uma negação da essencial natureza do homem, valor esse que impõe que o homem seja colocado no centro de toda a ordem jurídica”. (CHEQUER, 2011, p. 19).

Complementar à ideia de autorrealização da pessoa humana, o direito à liberdade de expressão associa o indivíduo à sua capacidade como membro da sociedade. Como animal social³⁶ e de convivência com os iguais a si, o homem tem o direito de liberdade de expressão como membro da sociedade por dois princípios fundamentais: a função do Estado em promover o bem-estar do indivíduo, pois existem para servi-lo, e o princípio da igualdade³⁷ a que todos estão submetidos no seu direito de ouvir e de se fazer ouvir. É possível, então, afirmar que a “[...] teoria da autorrealização (ou autossatisfação) entende que a liberdade de expressão é instrumento para a autorrealização das pessoas”. (CHEQUER, 2011, p. 20).

A liberdade de expressão como razão de permitir o avanço do conhecimento e possibilitar a descoberta da verdade é uma teoria que é metaforicamente associada à ideia do “mercado de ideias” (*Marketplace of ideas*) associada ao pensamento filosófico de John Stuart Mill. Para esta teoria, “apenas um debate aberto de ideias pode possibilitar a descoberta da verdade”, mesmo que se entenda que a verdade é relativa e que não pode ser alcançada em sua integralidade. Se não é possível alcançar a verdade, com a liberdade de expressão, possibilita-se a sua busca, a realização da crítica aos atos de governo, ou mesmo um consenso social sobre assuntos de diversos interesses gerais e, ainda, possibilita uma participação mais efetiva dos cidadãos diante da coisa pública. Assim, “a teoria do livre mercado de ideias entende que a liberdade para disseminar novas informações e para criticar visões prevalecentes é necessária para eliminar concepções equivocadas sobre fatos e valores”. (CHEQUER, 2011, p. 22). A liberdade de expressão neste caso não é apenas um direito individual, mas também um bem social, pois o melhor julgamento somente pode ser alcançado quando considerados todos os fatos e argumentos que podem ser favoráveis ou contrários a uma determinada proposição.

³⁶ Aristóteles (1998, p. 5) no livro *A Política* está a ideia de que o homem é um animal social e político (cívico) ao afirmar com relação aos membros da Cidade que “[...] nenhum pode bastar-se a si mesmo. Aquele que não precisa dos outros homens, ou não pode resolver-se ficar com eles, ou é um deus, ou um bruto. Assim, a inclinação natural leva os homens a este gênero de sociedade”.

³⁷ Se no plano conceitual a igualdade é fator imprescindível para as teorias políticas modernas, o mesmo não se pode dizer da igualdade econômica e social. Neste sentido, o regime da igualdade contraria os interesses da sociedade burguesa e liberal e, sendo assim, o que se tem por igualdade ou isonomia, conforme nos diz Miranda (2007, p. 202) “[...] é a circunstância de todos terem iguais possibilidades de manifestar as suas diferenças, vedando-se a elaboração de normas que discriminem os indivíduos por razões não legitimadas pela sociedade”.

Como não faz parte da condição humana a perfeição, mas apenas a perfectibilidade, é imperioso disponibilizar na busca da verdade e do conhecimento, todos os fatos e argumentos possíveis que envolvem determinada questão. As alternativas não devem ser bloqueadas, pelo contrário, devem ser apresentadas em sua maior amplitude possível para que se possa, se é possível fazê-lo, distinguir o falso do verdadeiro. A abertura das ideias e opiniões deve ser a mais ampla possível, por mais perniciosa ou falsa que possa ser, nenhuma opinião deveria estar imune à provocação ou recusa, pois não é possível alcançar a verdade de modo definitivo e absoluto. Não é possível identificar a verdade ou falsidade de uma opinião se não for colocando-a à possibilidade de uma exposição de seus fundamentos lógicos e, conseqüentemente, de crítica de tais fundamentos. (MILL, 2010).

Além do mais, mesmo que uma opinião seja falsa por completo, a discussão e o debate livre sobre ela contribuem para revigorar a capacidade reflexiva das pessoas e fortalecer a capacidade comunicativa da vida social, proporciona a aquisição e o desenvolvimento da tolerância de novas ideias, a reconsideração de antigas opiniões, levando a sociedade a uma condição de alcançar decisões comuns que possam atender às aspirações de seus membros.

As críticas à teoria do mercado de ideias envolvem dois aspectos: 1) as falhas do mercado e as falhas do contrato e 2) as ideias deixariam de ter um valor intrínseco e passariam a ter um preço variável. Deste modo, a transação das ideias seria vista como mera transação, destituída de referência ao ideal comunicativo da intercompreensão. (CHEQUER, 2011, p. 23).

Para alguns autores, “[...] a função de buscar a verdade proposta pela teoria do livre mercado de ideias é insuficiente sem um conjunto de práticas sociais”. (CHEQUER, 2011, p. 23-24). O debate aberto seria desprovido de orientação, de capacidade para escutar e aferir a si mesmo, carente de procedimentos adequados para se chegar à verdade.

Há questionamentos derivados de tais críticas que dizem respeito a eventuais intervenções estatais no mercado de ideias a fim de regulamentá-lo. Questiona-se, então, se “[...] a regulação dos meios de comunicação, com o objetivo de garantir o pluralismo e a promoção da liberdade de expressão, de fato, promove ou cerceia essa liberdade?” (CHEQUER, 2011, p. 24). Por todo mundo, são várias as experiências políticas em torno da questão de regulação ou não dos meios de comunicação pelo Estado a fim de garantir o pluralismo de ideias. Assim, na França,

na Alemanha, na Itália se tem admitido que é fundamental o papel de regulação dos meios de comunicação no sentido de resguardar o pluralismo e a diversidade de ideias. Ações que vão da fixação de padrões para programações com aplicações de sanções em caso de descumprimento, passando pelo controle do poder de anunciantes sobre o conteúdo da programação privada até mesmo o uso de fundos públicos na aplicação de programas educacionais e, ainda, experiências que estabelecem horários pré-fixados para a exposição de determinadas ideias.

No direito americano dos Estados Unidos da América (EUA), há duas correntes quanto ao papel do Estado na regulação da liberdade de expressão. A teoria libertária, admitindo que o Estado não deve intervir na matéria, deixando-a sob as relações do mercado de ideias, e a teoria democrática ou ativista que considera que o Estado deve ter uma participação ativa. No primeiro caso, a liberdade de expressão é uma proteção ao interesse individual de autoexpressão. No segundo caso, a proteção é em nome da soberania popular. Nos Estados Unidos, historicamente tem prevalecido e predominado a teoria libertária sob a teoria democrática, chegando esta última a ser considerada inconstitucional pelo órgão regulador (*Federal Communications Commission - FCC*) no ano de 1987. (CHEQUER, 2011, p. 26).

Os defensores da doutrina ativista ou democrática (*Fairness Doctrine*) entendem que ela “[...] promove a liberdade de expressão em razão de assegurar que uma diversidade de visões e opiniões seja veiculada através dos meios de comunicação de massa, diversidade essa que o mercado pode não conseguir”. (CHEQUER, 2011, p. 28). O argumento de defesa se sustenta no pressuposto de que um sistema de liberdade de expressão completamente livre, mas acessível somente a quem pode pagar por ele, é paradoxal em uma sociedade democrática, pois viola a norma da igualdade, base de construção da própria liberdade de expressão. O sistema constitucional brasileiro foi construído de modo a reclamar a adoção da doutrina democrática, devidamente interpretada a partir da Constituição de 1988³⁸.

A liberdade de expressão como um instrumento de autogoverno é uma das teses mais comuns sobre os fundamentos da liberdade de expressão, tanto na

³⁸ A intervenção estatal nos meios de comunicação poderia “[...] ser vista como forma de concretizar a obrigação de otimização dos princípios constitucionais, considerando-se plausível para remover barreiras fáticas e normativas ao seu exercício, bem como para corrigir distorções historicamente consolidadas das estruturas comunicativas”. (CHEQUER, 2011, p. 28).

doutrina, quanto na jurisprudência. Seu ponto central é conceber a liberdade de expressão “[...] como uma consequência do sistema democrático de tomada de decisões uma vez que contribui para a formação da opinião pública acerca de debates públicos”. (CHEQUER, 2011, p. 29)³⁹.

A íntima ligação entre o princípio democrático e a liberdade de expressão é tão significativa que esse direito é um mero instrumento da democracia. Assim, a liberdade de expressão em todas as suas formas e manifestações é não apenas um direito, mas um direito fundamental preferencial nas sociedades democráticas, o que a faz ter preferência em relação a outros direitos fundamentais quando se encontram em conflito.

Por fim, a liberdade de expressão é considerada um direito fundamental em razão de determinar a manutenção da balança entre a estabilidade e a mudança da sociedade. Assim, esta teoria defende que um Estado formado com base na liberdade de expressão é mais forte e menos sujeito a abalos sociais do que um Estado autoritário, que se impõe pelo medo e pela repressão. O cerne desta teoria considera que o diálogo aberto fortalece o Estado e torna a sociedade mais coesa, pois possibilita os julgamentos racionais. Dois motivos seriam responsáveis pelo fortalecimento da estabilidade política por meio da liberdade de expressão: 1) os governos abertos ao diálogo democrático são mais confiáveis e mais respeitáveis; 2) a participação no processo político produzido pelo diálogo livre, tende a promover uma maior adesão às leis por parte dos indivíduos, pois há maior e mais eficaz representatividade nelas. (CHEQUER, 2011, p. 33).

Além do mais, a repressão à liberdade de expressão tende a produzir cidadãos menos integrados e menos partícipes de sua sociedade. Também contribui para o desenvolvimento da ignorância individual e coletiva. É bem sabido que o acesso livre à diversidade de informações possibilita o desenvolvimento racional da pessoa possibilitando o enriquecimento cultural, fomentando a tolerância e a diversidade. O diálogo livre é condição, ainda, para combater a violência, pois possibilita que a solução dos conflitos possa ser encontrada por meio das discussões e não através da força ou da violência. Assim, é evidente “[...] o valor da liberdade de expressão como meios de estabilidade social”. (CHEQUER, 2011, p.

³⁹ Nos EUA um de seus principais representantes é Owen Fiss (2005, p. 30), para quem “[...] o discurso é valorizado pela Constituição não porque ele é uma forma de autorrealização, mas sim porque é essencial para a autodeterminação coletiva”.

33).

A liberdade de expressão, mais do que uma técnica para alcançar o melhor julgamento social, ela compreende uma visão da sociedade e, enquanto tal, “[...] é prescrita para alcançar uma criação progressiva e excitante e uma comunidade intelectualmente robusta, contemplando um meio de vida que encoraja a tolerância, o ceticismo, as reações e iniciativas”. (CHEQUER, 2011, p. 34).

2.3.1 Os princípios constitucionais que garantem a liberdade de expressão

A liberdade de expressão está garantida especialmente pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade⁴⁰ e o princípio democrático. O princípio da dignidade humana⁴¹ coloca o homem no centro de toda ordem jurídica, pois “[...] a premissa material da dignidade humana impõe que a autonomia individual seja apreciada não sob um enfoque meramente descritivo, mas sim, sobretudo, como uma submissão moral à personalidade individual”. (CHEQUER, 2011, p. 35).

A liberdade de expressão recebe garantia constitucional pelo princípio da dignidade humana considerando-se o aspecto instrumental de autodefinição e autodeterminação individual. O valor da dignidade humana funciona como fundamento para a liberdade de expressão, mas também, como limite a ela, visto que o respeito aos demais direitos fundamentais deve sempre que possível, balizar o exercício da liberdade de expressão, inclusive como requisito para a realização dessa dignidade⁴².

⁴⁰ O princípio da igualdade, em conjunto com o princípio da liberdade e o da fraternidade, compõe a base fundamental dos Estados Democráticos de Direito. A sua importância é tamanha que em obra dedicada ao seu conteúdo jurídico Mello (2008, p. 45) assim o reverencia, “[...] a isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais”.

⁴¹ Thomas Fleiner (2003) associa a dignidade humana à liberdade que somente ao homem é possível atribuir. Ele diz que em “[...] virtude de sua razão o homem é capaz de determinar os valores com base nos quais ele quer orientar a sua ação, estabelecendo o que é bom ou mal para si próprio”. (FLEINER, 2003, p. 11-13). A violação da dignidade humana acontece justamente quando esta liberdade é invadida por outrem, pois a dignidade pressupõe ser possível às pessoas formarem suas opiniões e, de acordo com elas, tomarem suas próprias decisões. Acrescenta ainda que, pertence à dignidade do homem o respeito à sua individualidade e que as práticas discriminatórias de qualquer ordem, representam uma violação à dignidade humana.

⁴² Esta ideia está presente no pensamento de Rawls quando ele trata das liberdades fundamentais aplicadas aos dois casos fundamentais, quando defende que somente é possível uma restrição a uma liberdade fundamental para preservar o núcleo central da própria liberdade, que por sua vez se fundamenta na promoção da autonomia e na dignidade humanas. Vide tópico específico: A contribuição dos liberais modernos.

O segundo princípio constitucional protetor da liberdade de expressão, é o princípio da igualdade⁴³. O direito de manifestar as ideias, opiniões, valores⁴⁴ e sentimentos, divergentes ou não, de modo livre e amplo é direito de todos. Não se trata de mero reconhecimento formal do direito, pois, imperioso e imprescindível é proporcionar as mais amplas condições de materialização, de efetivação da liberdade de expressão. O objetivo do princípio da igualdade como fundamento da liberdade de expressão é “[...] garantir a existência, a inteireza e condição de acesso de uma esfera pluralista de discussão pública, exigindo-se o afastamento de eventuais discriminações já consolidadas no passado”. (CHEQUER, 2011, p. 39). O princípio da igualdade como fundamento constitucional da liberdade de expressão, destaca a forma como esse direito será apresentado à disposição dos grupos minoritários, isto é, para ser efetivo, o direito à liberdade de expressão deve estar disponível aos grupos minoritários na sociedade.

O princípio democrático é o terceiro princípio constitucional que legitima a liberdade de expressão enquanto um direito fundamental. Por sua condição à livre expressão presume-se “[...] uma dialética entre o discurso e o ‘contradiscurso’, entre a narrativa e a ‘contranarrativa’”. (CHEQUER, 2011, p. 40). A liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais mais importantes para qualquer sociedade que se pretenda democrática, por isto mesmo, não é exagero afirmar que

⁴³ Desde a Antiguidade, o princípio da igualdade é apontado como o cerne da justiça. Em todas as épocas do pensamento ocidental, o senso de justiça pareceu conter uma certa ideia de igualdade. (OLIVEIRA, 2009, p. 77) Ele também aparece nas doutrinas religiosas cristãs da Idade Média. Lá a igualdade é tratada na condição de universalidade, pois todos os homens são originados da mesma fonte, Deus, e por isto mesmo, em essência todos são iguais. Mais antigamente no período clássico grego, a igualdade é uma condição natural. Assim, alguns são iguais e outros desiguais entre si a partir de uma lógica determinista do cosmos ou de Deus. Nascer para o mando ou para a obediência é condição imposta pela própria natureza ou pela divindade.

⁴⁴ Sobre os valores Garcia Morente (1980, p. 298) ensina que diante da realidade existencial do mundo, ele não é indiferente para o ser humano. Não há nada que exista perante o qual o ser humano não adote uma postura positiva ou negativa, uma posição de preferência, de avaliação, de valoração. Neste sentido, “não há coisa alguma que não tenha um valor”. O que se enuncia de alguma coisa quando ela é avaliada como boa ou má, útil ou inútil? Certamente não é da ordem do ser que se trata tal avaliação, mas sim da ordem do valer. O que é enunciado é o valor. Entretanto, do que se trata o valor? A filosofia tem distinguido entre juízos de existência ou realidade e juízos de valor. Os primeiros “[...] enunciam de uma coisa aquilo que ela é, enunciam propriedades, atributos, predicados dessa coisa, que pertencem ao ser dela, tanto do ponto de vista da existência dela como ente, como do ponto de vista da essência que a define. [Já os juízos de valor] enunciam acerca de uma coisa algo que não acrescenta nem tira nada do cabedal existencial e essencial da coisa. Enunciam algo que não se confunde nem com o ser enquanto existência nem com o ser enquanto essência. Como conclusão, tem-se que “os valores não são coisas nem elementos das coisas”, mas também, como erroneamente já se considerou, os valores não são impressões de caráter subjetivo de agrado ou desagradado que as coisas produzem no sujeito e que o sujeito projeta nas coisas. O critério do valor não é uma propriedade do ser do objeto e muito menos um sentimento ou uma projeção sentimental do sujeito, pois “acerca do agrado ou desagradado subjetivo não há discussão possível”, enquanto dos valores é possível discutir. (GARCIA MORENTE, 1980, p. 298).

O grau e a plenitude do exercício da liberdade de expressão podem servir – e muito – como termômetro para medir o nível de liberdade e tolerância existentes em um determinado regime político, assim como avaliar a maturidade alcançada pelas instituições políticas e jurídicas de uma sociedade. (CHEQUER, 2011, p. 40).

Somente é possível pensar-se uma sociedade efetivamente democrática na medida em que seus cidadãos estejam bem informados dos acontecimentos da vida política de sua sociedade. Neste sentido, o direito à informação como componente da liberdade de expressão em sentido amplo, é garantia fundamental para a formação de opiniões críticas e conscientes sobre a atuação política dos governantes e dos agentes públicos servindo de controle e de fiscalização de como são orientadas e coordenadas as políticas públicas dos governos. A liberdade de expressão não é, deste modo, apenas um direito fundamental que condiciona a realização da sociedade democrática pela atuação política de seus membros, é “[...] uma parte essencial para configurar o Estado democrático, garantindo a formação de uma opinião livre e a realização do pluralismo como princípio básico de convivência”. (CHEQUER, 2011, p. 41).

2.3.2 A liberdade de expressão como um direito fundamental limitado: teoria externa e teoria interna

Já se foi o tempo de se considerar os direitos fundamentais como absolutos e ilimitados. Este foi o período do jusnaturalismo, a época do Direito Natural Moderno predominante até o século XVIII, herdeiro mais direto da tradição racionalista cartesiana e do liberalismo de John Locke. A Declaração de Virgínia, de 12 de junho de 1776 ressaltava a natureza de direito absoluto ao direito fundamental de liberdade de expressão, quando, em sua 12ª Seção dispunha “[...] que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”⁴⁵. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1776, s/p).

Entretanto, esta compreensão dos direitos fundamentais como direitos absolutos e ilimitados, portanto, inadmissíveis de serem restringidos, não tem mais aceitação no mundo jurídico. Doutrinariamente, a admissão da restringibilidade e de

⁴⁵ Sobre a liberdade de imprensa nos Estado Unidos da América, oportuno conhecer o que diz a respeito Alexis de Tocqueville (2014a) no capítulo III do volume I de sua obra “A democracia na América: leis e costumes”.

limites aos direitos fundamentais, decorre do caráter universal ou geral dos próprios direitos, além da necessidade de coexistência deles entre si e com outros direitos e outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos. (RAMALHO, 2016, p. 38).

A limitação dos direitos fundamentais encontra previsão normativa na Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 29.2, que estabelece:

Artigo 29

[...].

2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. (ONU, 1948, s/p).

A doutrina e o Direito Comparado, tem sua posição majoritária no sentido da possibilidade de as normas constitucionais entrarem em colisão entre si, ou com outros bens jurídicos. Deste modo, reforça-se que a compreensão de que os direitos fundamentais sejam absolutos, resta superada. Assim, “[...] todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático, como preferem outros) e, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções neste âmbito de proteção”. (SARLET, 2013, p. 198).

A garantia à liberdade de expressão pressupõe uma harmonia com os demais valores protegidos pelo ordenamento jurídico. Nenhum direito fundamental e, em especial, o direito à liberdade de expressão recebe proteção absoluta para que não aconteça de se estabelecer violação de outros direitos igualmente assegurados pela Constituição⁴⁶. Portanto, a liberdade de expressão de ideias sofre algumas restrições pelo texto constitucional e também nas normas infraconstitucionais.

Na possibilidade de colisão⁴⁷ entre direitos fundamentais, que é muito

⁴⁶ Sobre a ideia de Constituição Lassalle (2008, p. 7-10) mostra que ela, no espírito unânime dos povos, deve ser sagrada, algo de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum. A Constituição não é uma lei como as outras, ela é uma lei fundamental da nação. Para tanto, ela deverá ser uma lei básica, que constitua o verdadeiro fundamento de outras leis, atuando e irradiando-se através das leis comuns do país e, por fim, existe por necessidade de existir. Para ele, a Constituição faz necessária, mas como uma necessidade ativa, uma força ativa que faz que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes sejam o que são. Semelhante a esta compreensão de Constituição, é que Rawls explica os princípios da justiça a partir da posição original como o fundamento de todo o sistema econômico e político, bem como da organização dos termos da cooperação social.

⁴⁷ A colisão de direitos pode ser classificada em colisão no sentido estrito e no sentido amplo. A colisão de direitos em sentido estrito é constatada quando o exercício de um determinado direito prejudica o exercício de outro direito do mesmo titular ou de titular diverso. Com relação aos sujeitos, pode haver colisão entre direitos de um mesmo titular ou de titulares diferentes. É possível, ainda, a colisão de direitos com relação ao objeto, as colisões podem envolver direitos idênticos ou

comum até, principalmente em sociedades democráticas caracterizada pela pluralidade e complexidade de desejos e necessidades, ideias, valores e teorias existenciais, o enfrentamento do problema deve ser pela possibilidade de interpretação jurídica do contexto de colisão e as limitações a partir das normas fundamentais encontradas na Constituição.

Atualmente, considerar os direitos fundamentais como absolutos e ilimitados é anacronismo teórico e prático, pois, predomina a concepção de que os direitos fundamentais, embora amplos, são limitados e restringíveis. E é assim, porque “[...] decorre do caráter universal ou geral dos direitos fundamentais e da necessária coexistência desses direitos entre si ou com outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos”. (CHEQUER, 2011, p. 44).

Os limites dos direitos fundamentais são estabelecidos pela redação original na Constituição, quanto na interação com os demais direitos. Mesmo que os direitos não tenham sido restringidos na Constituição, eles devem ser delimitados para não ferir os direitos de outros indivíduos, além do que não há direitos absolutos. Caso os direitos fundamentais fossem considerados absolutos, isto conduziria a uma ineficácia deles, impondo-se a sua limitação por questões até mesmo pragmáticas. (RAMALHO, 2016, p. 38; RAMOS, 2017, p. 164)⁴⁸.

Reconhecendo o caráter limitado e restringível dos direitos fundamentais, o problema que se apresenta, então, é saber se essa limitação é intrínseca aos próprios direitos fundamentais ou se decorre de fatores externos, ou seja, de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente previstos. Para responder a este problema duas teorias dos limites dos direitos fundamentais principais foram desenvolvidas: a) a teoria interna, também denominada de concepção estrita e, b) a teoria externa, também denominada de concepção ampla. Ambas serão apresentadas brevemente a seguir.

direitos de diferentes espécies. Acontece a colisão autêntica de direitos fundamentais, quando o choque se dá no exercício de direitos de titulares diferentes, ou colisão de direitos imprópria, quando o choque se dá no exercício de direitos fundamentais com outros bens protegidos pela Constituição. Por fim, a colisão de direitos em sentido amplo “[...] consiste no exercício de um direito que conflita ou interfere no cumprimento de um dever de proteção por parte do Estado”. (RAMOS, 2017, p. 165-166).

⁴⁸ As limitações expressas à liberdade de expressão pelo texto constitucional são: a vedação do anonimato, a proteção à imagem, à honra, à intimidade, e à privacidade, bem como o direito de resposta no caso de abuso do direito de expressar do indivíduo.

2.3.2.1 A teoria interna dos limites dos direitos fundamentais

Para a teoria interna, também denominada de “concepção estrita do conteúdo dos direitos fundamentais”, além de determinar, de maneira prévia e definitiva, o conteúdo de todos os direitos fundamentais, a Constituição fixa os seus limites. Neste sentido, as demais normas infraconstitucionais, bem como os atos dos demais poderes possuem o condão de delimitar os direitos fundamentais, mas não impor restrições externas a eles. (CHEQUER, 2011, p. 45).

Os direitos fundamentais já se encontram com seus limites de modo imanente, ou seja, o direito tem seu alcance definido de antemão, assim é desnecessário e impossível restringir o direito. Entretanto, esta condição de inexistência entre

Separação entre o âmbito de proteção e os limites dos direitos fundamentais, permite que sejam incluídas considerações relativas a outros bens dignos de proteção (por exemplo, interesses coletivos ou estatais) no próprio âmbito de proteção desses direitos, o que aumenta o risco de restrições arbitrárias da liberdade. (SARLET, 2013, p. 199).

Os pressupostos da teoria interna informam que não há possibilidade de ocorrer situações em que se possa evidenciar conflito entre direitos fundamentais. Por meio de uma interpretação sistemática e unitária da Constituição, o que se pode vislumbrar no caso concreto é a aplicação adequada apenas a um dos direitos sistematicamente aplicáveis ao caso⁴⁹.

Segundo a teoria interna, o conflito entre direitos é meramente aparente, visto que “[...] um dos direitos envolvidos não foi aplicado ao caso concreto porque esse direito nunca realmente incidiu sobre a situação fática”. (RAMOS, 2017, p. 166). Ela defende a existência de limites internos a todo direito, o que torna impossível a colisão de um direito com o outro. O campo de interpretação judicial do direito fundamental já está estabelecido prévia e definitivamente pelo constituinte, formando um sistema único e harmônico de normas jurídicas. Assim, não há possibilidade de haver conflitos entre os direitos fundamentais. Na hipótese concreta, a solução é a aplicação adequada de apenas um dos direitos

⁴⁹ Em outros termos: “Não existe, na realidade, a possibilidade de conflitos entre direitos fundamentais ou entre tais direitos e outros bens constitucionais, uma vez que nenhum direito, em um sistema único e harmônico de normas jurídicas, pode imiscuir-se no campo semântico de outro direito”. (CHEQUER, 2011, p. 46).

fundamentais aplicáveis ao caso por mera interpretação sistemática e unitária da Constituição. (RAMALHO, 2016, p. 42)⁵⁰.

Para a teoria interna dos direitos fundamentais, o papel do intérprete fica caracterizado pela demarcação precisa de cada um dos direitos fundamentais, aplicando o único direito cabível ao caso concreto. O pressuposto é o de que a concreção dos direitos fundamentais, realiza-se através da atuação dos titulares dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. (CHEQUER, 2011, p. 47)⁵¹.

O direito e suas restrições não são considerados duas coisas distintas, mas uma só, pois considera que o direito possui um determinado conteúdo previamente fixado de modo definitivo pela Constituição. Na teoria interna, o conceito de restrições é substituído pelo conceito de limites, assim, “[...] as dúvidas existentes em relação aos limites⁵² do direito são relacionadas ao conteúdo e não acerca de se o direito deve ou não ser limitado”. (CHEQUER, 2011, p. 47).

Sob a ótica da teoria interna, como os direitos fundamentais já possuem um conteúdo⁵³ bastante reduzido, o que ocorre é que muitas situações não são contempladas pelo direito fundamental. Assim, por exemplo, um discurso obsceno poderia não ser contemplado pelo direito fundamental à liberdade de expressão. A teoria interna, nega, portanto, os conflitos entre direitos humanos. Assim, para a teoria interna, fica nítida a inadmissibilidade da ponderação⁵⁴ dos princípios, pois uma vez tipificados os direitos fundamentais na Constituição e, por constituírem a

⁵⁰ Em uma situação de caso concreto, por meio da teoria interna dos direitos fundamentais, o intérprete “[...] deverá analisar o conteúdo do direito fundamental previamente disposto pelo constituinte e, então, verificar qual será adequado, não mais. Caberá ao intérprete, assim, reconhecer a demarcação precisa de cada direito fundamental inexistindo a possibilidade de dois direitos fundamentais serem aplicados adequadamente, de modo simultâneo”. (RAMALHO, 2016, p. 42).

⁵¹ Para a teoria interna dos limites dos direitos humanos fundamentais, as restrições a tais direitos “[...] devem estar expressamente autorizadas pela Constituição e pelos tratados de direitos humanos, ou ainda, devem ser extraídas dos limites imanentes de cada direito”. (RAMOS, 2017, p. 167). É por meio da apreciação da redação do direito, quanto da realidade social fática que se delimitará os direitos fundamentais. Assim, ou a realidade fática é alcançada pelo direito fundamental, ou não é e, não haverá nenhum direito a ser invocado.

⁵² Esses limites podem ser expressos ou imanentes a determinado direito. No primeiro caso, do limite expresso, o próprio texto constitucional do direito fundamental apresenta a ressalva que o exclui da aplicação no caso concreto. No caso do limite imanente, trata-se do poder do intérprete de delimitar a aplicação do direito ao caso concreto. (RAMOS, 2017, p. 166).

⁵³ Segundo Ramos (2017, p. 169), “[...] a maior fragilidade da teoria interna está justamente na dificuldade de o intérprete delimitar, com argumentos racionais, o conteúdo dos direitos em análise, traçando seus limites, sem que ele seja também acusado de ‘arbitrário’”.

⁵⁴ A teoria interna dos direitos fundamentais considera equivocada a teoria da ponderação dos princípios, pois entende que a ponderação não cumpre com um mínimo de racionalidade metodológica, pois trata-se de um critério subjetivo e extremamente irracional. (CHEQUER, 2011, p. 47).

decorrente eficácia normativa, revestem-se de caráter deontológico. (RAMALHO, 2016, p. 44). Nas palavras de Chequer (2011, p. 47), “[...] para os adeptos da teoria interna, a ponderação não cumpre com um mínimo de racionalidade metodológica, tratando-se de um critério subjetivo e extremamente irracional”.

Entretanto, para alguns doutrinadores “[...] a palavra limitação, com referência a um direito fundamental, é inoportuna, uma vez que um direito inerente a uma pessoa, [...] não tolera que nada, nem ninguém o limite a partir de fora”. (CHEQUER, 2011, p. 48). Assim,

O direito fundamental não pode ser julgado unicamente a partir das possibilidades jurídicas de sua realização, uma vez que os direitos fundamentais perderiam a sua significação institucional se já não são exercitados por uma pluralidade de titulares. (CHEQUER, 2011, p. 48-49).

O abuso de um direito fundamental é perigoso para o bom desenvolvimento da democracia e para o direito fundamental como instituição. Assim, as leis que impedem o abuso não são “restrições”⁵⁵, mas condições de realização do próprio direito fundamental, visto que, os direitos fundamentais não existiriam se não pudessem ser respeitados pelos diversos titulares deles. Por isto é que “[...] uma investigação em torno das regulações legislativas no âmbito dos direitos fundamentais deve levar a sua qualificação como *conformação* e *determinação* (conforme a essência) dos direitos fundamentais, nunca como uma restrição”. (CHEQUER, 2011, p. 49).

Entretanto, a teoria interna, em caso de aparentes conflitos de direitos, remete alguns autores à diretriz de busca de possíveis soluções pela concordância prática entre normas constitucionais em tensão. Segundo este princípio, em caso de aparentes conflitos que apontem para diferentes direções para a solução, é tarefa do intérprete, buscar a harmonização no caso concreto, mas sem se valer da ponderação⁵⁶. Mas há quem defenda uma espécie de união metodológica entre os dois princípios de resolução de conflito: assim, aplica-se a concordância prática,

⁵⁵ Rawls (2011) estabelece a distinção entre regulação e restrição. As restrições são praticamente inadmissíveis quando aplicadas aos direitos fundamentais regidos pelo primeiro princípio de justiça, enquanto as regulações, são admissíveis, especialmente quando aplicadas ao segundo princípio de justiça. Remete-se o leitor ao capítulo 3.

⁵⁶ Para a teoria interna a leitura da Constituição deve ser realizada de modo principiológico e sistêmico, pois ela é coerente com a visão da integridade do Direito. Assim, todo direito individual, tem uma função social que precisa ser cumprida. A teoria interna possibilita ao intérprete localizar a existência de pretensões abusivas, com aparência de direito.

mostrando-se esta inviável, aplica-se a ponderação. (RAMALHO, 2016, p. 45-46)⁵⁷.

Das diversas críticas possíveis à teoria interna dos limites dos direitos fundamentais, destacam-se como núcleo central os aspectos a seguir: a ideia de que a teoria interna acaba por reduzir demasiadamente o conteúdo dos direitos fundamentais, que muitas situações não estariam contempladas por eles. A delimitação dos direitos fundamentais apresentada pela teoria interna, é bastante rígida e apriorística, o que elimina semântica e conceitualmente os conflitos entre os direitos, levando à ilusão de que os direitos estão em harmonia e desconhecem que as limitações são parte dos direitos fundamentais e “[...] determinam seu conteúdo de acordo com a perspectiva da comunidade em determinada época”. (RAMALHO, 2016, p. 47-51).

2.3.2.2 A teoria externa dos limites dos direitos fundamentais

Para a teoria externa dos direitos fundamentais, também denominada de teoria de concepção ampla dos direitos fundamentais, “[...] a identificação do âmbito de proteção de um direito fundamental. Exige duas fases de raciocínio”⁵⁸. (RAMOS, 2017, p. 169). Primeiramente, identificação ampla do conteúdo do direito fundamental e posteriormente, harmonização deste conteúdo com os demais direitos fundamentais e bens constituídos e protegidos constitucionalmente. Após esta segunda fase, chega-se ao conteúdo definitivo do direito fundamental que consiste

⁵⁷ Destaca-se ainda a posição de Jürgen Habermas e Klaus Günther quando à possibilidade de colisão entre normas constitucionais. Para estes autores, a possibilidade de conflito entre normas constitucionais existe, mas deve ser enfrentada pelo juízo da adequação, ou seja, em caso de conflito no caso concreto, deve o intérprete realizar exame exaustivo da situação fática, bem como das alternativas jurídicas à disposição para a solução do caso e buscar identificar qual a norma mais adequada à situação concreta. Assim, “[...] o juízo de adequação é compatível com a função jurisdicional, que deve considerar princípios jurídicos não como normas impositivas, mas como valores otimizáveis”. (RAMALHO, 2016, p. 46). Há ainda a perspectiva interpretativa defendida por Ronald Dworkin, também denominada de “Justiça de Ouriço”. Dworkin se opõe à ideia de que liberdade e igualdade entram em colisão, pois não são virtudes independentes, “[...] mas aspectos do mesmo ideal de associação política”. (RAMALHO, 2016, p. 46). Assim, os conflitos aparentes, que são inevitáveis, mas ilusórios e temporários, devem ser interpretados constantemente em nome da responsabilidade moral, pois o conflito é, no fundo, uma forma de colaboração. As exceções aos direitos seriam de caráter interno ao próprio direito.

⁵⁸ A primeira fase da teoria externa consiste na delimitação do direito *prima facie* envolvido. O intérprete verifica se a situação encaixa-se em um conteúdo de um determinado direito por meio da literalidade do dispositivo normativo. A situação fática se amoldando no texto do direito, em um segundo momento, o intérprete investiga se há limites justificáveis impostos por outros direitos, de modo a impedir que o direito aparente seja considerado definitivo. Os direitos inicialmente protegidos são identificados, mas somente serão aplicados ao caso fático se não houver uma restrição justificável criada externamente por outro direito. (RAMOS, 2017, p. 169).

“[...] na identificação das situações que podem considerar-se definitivamente amparadas por um direito fundamental”. (CHEQUER, 2011, p. 49-50). Assim, o conteúdo inicial do direito fundamental pode ser restringido por fatores externos a ele e conclui-se que:

Num determinado caso concreto, o direito fundamental existe *prima facie*, mas por algum fator externo – outros direitos fundamentais, a ordem pública, a moral pública, o bem comum -, tornou-se necessário reduzir (restringir) o seu alcance. (CHEQUER, 2011, p. 50).

Ramalho (2016, p. 52) ressalta que há um ponto central para diferenciação entre a teoria interna e a teoria externa e que consiste em que, para a teoria interna,

A conformação de determinado direito fundamental com todos os demais não representa uma limitação externa ao direito fundamental, mas uma delimitação prévia da extensão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais tecida pela própria Constituição, tratando-se dos limites imanentes aos direitos fundamentais.

De acordo com a teoria externa, a restrição nasce por alguma necessidade de ordem externa ao direito, de compatibilização de direitos, tanto individuais quanto coletivos. Nos termos em que afirma Ramalho (2016, p. 53), “O direito fundamental existe *prima facie*, mas por algum fator externo, como outros direitos fundamentais, a ordem pública, a moral pública, ou o bem comum, por exemplo, percebe-se a necessidade de reduzir, restringir o seu alcance”⁵⁹.

Segundo Sarlet (2013, p. 199), a teoria externa distingue os direitos fundamentais das eventuais restrições a eles. Assim, há uma distinção entre direito *prima facie* (ilimitado) e a posição definitiva (direito limitado) a relação entre o direito e restrição se estabelece quando há a necessidade de compatibilização de diferentes bens jurídicos ou direitos fundamentais. Para ele, a teoria externa é mais apta para propiciar a análise dos casos de colisões de direitos fundamentais, tendo em conta a necessidade de imposição de limites⁶⁰ para a devida convivência

⁵⁹ Alexy (2008, p. 277) apresenta a teoria externa dos limites dos direitos fundamentais da seguinte forma: “[...] o conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição -, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida de seguinte forma, então, há, em primeiro lugar, o *direito em si*, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o *direito restringido*”.

⁶⁰ Segundo Sarlet (2013, p. 200) os limites aos direitos fundamentais são ações ou omissões dos

harmônica de seus titulares no âmbito da realidade social.

Entretanto, a imposição de limites aos direitos fundamentais obedecerá a outros limites. Inicialmente busca-se identificar na literalidade do texto normativo, se “a esfera do preceito abrange ou não uma certa situação ou modo de exercício”. Se as situações se encontram fora do “[...] âmbito de proteção do direito fundamental, afigura-se preferível examinar tais hipóteses no plano dos limites dos direitos fundamentais”. (SARLET, 2013, p. 199).

Para a teoria externa, quaisquer restrições aos direitos fundamentais caracterizam-se por serem restrições externas a eles. Contudo, tais restrições, somente serão admitidas pelo ordenamento jurídico se forem conciliadas com o conjunto de garantias previstas pela Constituição. Assim, a lei que restringe o direito fundamental deverá ser genérica e deve se submeter à observância do princípio da proporcionalidade. Além do mais, como as garantias devem ser próprias de um Estado democrático, a autorização constitucional para as limitações protestará por respeito ao conteúdo essencial do direito fundamental restringido. (RAMALHO, 2016, p. 54).

A restrição ao direito fundamental surge de uma necessidade externa ao próprio direito, como por exemplo, compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos e também os direitos individuais e os bens coletivos. Qualquer restrição a um direito fundamental somente é admitida se estiver submetida ao conjunto de garantias previstas na Constituição, a saber, “[...] autorização constitucional, a lei que restringe o direito fundamental deverá ser genérica, a observância do princípio da proporcionalidade, o respeito ao conteúdo essencial do direito fundamental restringido”. (CHEQUER, 2011, p. 50). Assim, para a teoria externa o conteúdo definitivo dos direitos fundamentais pode ser definido pelo critério da proporcionalidade⁶¹. Os direitos somente podem ser limitados por expressa

poderes públicos ou de particulares que dificultam, reduzem ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo) que resultem dos direitos fundamentais. As limitações não se confundem com as normas de competência estatal para realizar tais limitações. As primeiras, as limitações, consistem em proibições dirigidas aos cidadãos; as normas de competência estatal para impor limitações (ou reservas legais) são “autorizações constitucionais que fundamentam a possibilidade de o legislador restringir direitos fundamentais”.

⁶¹ A complexidade do princípio da proporcionalidade, bem como o da razoabilidade, quanto ao seu conteúdo, possibilita situá-los em referência a vários dispositivos constitucionais. Assim, pela tradição germânica, o ponto referencial é o Estado de Direito e, deste modo, ele está situado na vedação ao arbítrio, ao excesso de poder. Pela tradição norte-americana, a proporcionalidade guarda relação com o art. 5º, LIV, da CF/1988 (o contraditório e a ampla defesa). Como um dos

disposição constitucional ou por norma infraconstitucional com fundamento na Constituição, é o que a doutrina denomina de reservas legais⁶². (RAMALHO, 2016, p. 53; SARLET, 2013, p. 200).

O regime jurídico constitucional das reservas legais está sujeito a rigoroso controle com a necessidade de cumprir exigências. Além do mais, ainda é possível estabelecer limitações⁶³ decorrentes de colisão de direitos fundamentais entre si ou com outros bens jurídicos constitucionais. Neste caso, exige-se cautela redobrada na ponderação realizada por parte dos poderes públicos considerando a análise em cada caso concreto. (SARLET, 2013, p. 201).

No Brasil tanto a doutrina quanto a jurisprudência majoritariamente, acolhem o critério da ponderação da teoria externa. Para Chequer (2011, p. 51) este critério é o mais adequado

Para o equacionamento de conflito entre princípios fundamentais em razão de representar uma metodologia que impõe a ponderação de todos os valores constitucionais aplicáveis, não ignorando nenhum desses valores, para que a Constituição seja preservada na maior medida possível.

Quando se tem a colisão de conflitos entre direitos fundamentais, a solução não se dá pela compreensão de que há uma hierarquia entre os direitos constitucionais, que leve a sacrificar um direito em detrimento do outro. A solução

pilares do Estado democrático de direitos brasileiro, ele se caracteriza como instrumento metódico de controle dos atos (omissivos e comissivos) dos poderes públicos, mas podendo ser aplicado na relação de eficácia horizontal entre particulares. Implica nas dimensões negativas e positivas dos direitos fundamentais. Possui um caráter de dupla face na medida em que atua no plano da proibição dos excessos às limitações, mas também em na insuficiência. Ele costuma ser desdobrado em três elementos: adequação ou conformidade (viabilidade idônea); necessidade (meio restritivo menos gravoso) e proporcionalidade no sentido restrito. A garantia de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, aponta para a parcela de conteúdo sem o qual perde sua eficácia e seu reconhecimento. Assim, há conteúdos que são invioláveis e as normas restritivas estão vinculadas a salvaguardar tais conteúdos. (SARLET, 2013, p. 202-207).

⁶² As reservas legais podem ser classificadas em: reservas legais simples e reservas legais qualificadas. As primeiras autorizam a intervenção do legislador ordinário no âmbito de proteção do direito fundamental, sem estabelecer pressupostos e/ou objetivos específicos a serem observados (competência mais ampla de restrição). As reservas legais qualificadoras, estabelecem pressupostos e/ou objetivos a serem atendidos pelo legislador para a limitação dos direitos fundamentais. (SARLET, 2013, p. 201).

⁶³ Sarlet (2013, p. 202), alerta para o fato de que as eventuais limitações dos direitos fundamentais somente serão legitimadas se forem compatibilizadas, formal e materialmente, com a Constituição (Controle de Constitucionalidade). Do ponto de vista formal, implica na investigação da competência, do procedimento e da forma adotada pelo intérprete. Do ponto de vista material, trata-se da proteção ao núcleo (ou conteúdo) essencial do direito, tendo em conta as exigências da proporcionalidade e razoabilidade e designação da proibição de retrocesso. Tais limites aos limites dos direitos fundamentais, visam criar barreiras à restringibilidade dos direitos e aumentar sua eficácia. No Brasil não previsão constitucional a respeito dos limites dos limites dos direitos fundamentais, mas tal prática foi recepcionada pela doutrina e pela prática.

passa por preservar a proteção constitucional dos diferentes direitos na unidade que é a Constituição, tendo em vista a harmonização entre eles. Assim, para o intérprete da situação de colisão de direitos “[...] não basta somente identificar os valores em jogo, mas construir e lançar mãos de critérios que permitem aplicá-los racionalmente” (SARLET, 2013, p. 201), levando-se em conta a importância distinta dos valores diversificados pelos direitos fundamentais (com atenção ao caso concreto) e observando as hierarquizações axiológicas elaboradas pelo legislador.

O critério da verdade é relevante quando se tratar de informação a respeito de fatos, mas não quando diz respeito a manifestações de opiniões e de ideias, visto que estas não podem ser avaliadas objetivamente como certas ou erradas. Enquanto a liberdade de expressão em sentido amplo está relacionada à expressão de opiniões, ideias e juízos de valor, ela é ampla, embora não absoluta e não está adstrita ao critério da verdade⁶⁴. Entretanto, a liberdade de informação como espécie da liberdade de expressão, possui na verdade uma de suas limitações.

O que se entende por verdade⁶⁵ como condição limitadora da liberdade

⁶⁴ Sobre as diversas concepções da verdade, conferir ensaio da professora e filósofo Marilena Chauí (2010, p. 122-130) em sua obra *Convite à Filosofia*. Neste ensaio ela afirma que, em seu sentido grego, a verdade é definida como *Alétheia* e, enquanto tal, ela “[...] é a manifestação daquilo que é realmente ou do que existe realmente tal como se manifesta ou como se mostra. O verdadeiro se opõe ao falso, ao *pseudos*, que é o encoberto, o escondido, o dissimulado, o que parece ser mas não é, o que não é como parece. O verdadeiro é o plenamente visível para a razão ou o evidente”. No sentido latino, *veritas*, verdadeiro é o que se refere “à linguagem como narrativa dos fatos acontecidos, refere-se a enunciados que dizem fielmente as coisas tais como foram ou aconteceram. Um relato é veraz ou dotado de veracidade quando a linguagem enuncia os fatos reais”. Nestes termos, o oposto de verdadeiro é a mentira e a falsificação. Em seu terceiro sentido, o hebraico, a verdade se diz *emunah* e significa confiança. “A verdade se relaciona com a presença de alguém (Deus ou humano) e com a espera de que aquilo que foi prometido ou pactuado vai cumprir-se ou acontecer”. Sobre a verdade e a teoria das verdades, conferir também o capítulo IX – Verdades e Teorias da verdade no livro “Teoria do conhecimento e Teoria da ciência” de Urbano Zilles (2005, p. 128-138).

⁶⁵ Nenhum ser mortal pode ser dono da verdade, pois o problema da verdade está na finitude do próprio ser mortal, no caso, os seres humanos e, também, no ocultamento do ser da realidade, isto é, do ser do objeto conhecido ou a ser conhecido. Este está oculto e quando se revela, não o faz em sua totalidade. Do mesmo modo, o sujeito está limitado por suas condições de sensibilidade e entendimento, o que faz possuir do objeto em termos de conhecimento uma representação do que ele seja. Assim, o ser humano conhece a verdade daquilo que o objeto é sempre de modo limitado, por meio de suas sensações, impressões e representações. É sempre uma parte da realidade que se conhece, a realidade toda em sua inteireza jamais poderá ser apropriada pelo sujeito, quer seja individual ou coletivamente. A verdade consiste muito mais numa busca constante de sentidos sobre a realidade do que uma apropriação plena daquilo que é o seu ser. A verdade é “[...] o encontro da pessoa com o desvelamento, com o desocultamento e com a manifestação do ser. A essência das coisas se manifesta, torna-se translúcida, visível ao olhar, à inteligência e à compreensão humana. Pode-se dizer que há verdade quando percebemos e dizemos o ser que se desvela, que se manifesta. Há uma certa conformidade entre o que julgamos e dizemos e aquilo que do objeto se manifesta”. (CERVO; BERVIAN, 2002, p. 12-13).

de informação, é a verdade subjetiva⁶⁶, como resultado do esforço não negligente de quem a expressa para checar a informação quanto à sua verossimilhança aos fatos a que se referem, mesmo que posteriormente venha a se revelar como falsa a informação. Não se trata da verdade no sentido objetivo do termo, isto é, da adequação e correspondência entre o que se expressa e o fato expressado, entre o que se diz e o objeto dito.

Buscar a verdade objetiva em sua completude lógica e fática é impossível pois estar-se-ia diante de uma verdade absoluta, isenta de erros de percepção e de interpretação, nenhuma área do conhecimento⁶⁷ humano é capaz de alcançar a verdade sob esses critérios tão absolutos, especialmente as ciências humanas e sociais. Não se trata da verdade como sinônimo de certeza⁶⁸ absoluta, muito menos

⁶⁶ Bazarian (1994) distingue os aspectos objetivos e subjetivos da verdade e apresenta algumas das variadas espécies de verdade. Assim, quanto ao aspecto objetivo, a verdade existe fora e independente da mente do sujeito, é o conteúdo do conhecimento. “O termo objetivo significa que o objeto conhecido está fora da mente do sujeito. [Já o aspecto subjetivo diz respeito ao] reflexo do objeto exterior no sujeito cognoscente, [mas pode significar] opinião ou impressão pessoal, parcial, pré-concebida, arbitrária, que é própria de uma ou mais sujeitos (pessoas) e não é válido para todos, isto é, não tem caráter objetivo e universal”. (BAZARIAN, 1994, p. 133-138). A verdade é subjetiva porque é uma construção dos sujeitos, que depende de suas vontades, desejos e gostos, mas é também e fundamentalmente, resultado do conhecimento como reflexo subjetivo das qualidades objetivas que existem na realidade exterior. O conteúdo da verdade não depende da mente dos sujeitos, mas, enquanto conhecimento, é um reflexo subjetivo das qualidades objetivas que existem na realidade exterior. Quanto aos diversos tipos de verdade, ela pode ser: material ou objetiva; formal ou lógica; axiomática ou convencional; axiológica propriamente dita; moral; pragmática; político-estatal; dogmática ou religiosa e fictícias ou irrealis.

⁶⁷ Partindo da concepção de conhecimento como conjectura, Popper (2006, p. 256) define o conhecimento científico como conhecimento de conjecturas testáveis e passíveis de melhoramento. Para ele, todo conhecimento de caráter racional, toda discussão a serviço da busca da verdade, são também princípios éticos. Assim, ele faz referência a três princípios do conhecimento que são também princípios éticos: o princípio da falibilidade, o da discussão racional e o da aproximação da verdade. Pelo primeiro princípio, abre-se a possibilidade para, em uma discussão racional, analisar que um dos dois contendores está errado, ou mesmo os dois. O segundo princípio propõe a tentativa de ponderação, o mais impessoalmente possível, os motivos para ser a favor ou contra determinada teoria criticável e, pelo terceiro princípio, tem-se que mediante uma discussão objetiva, é possível uma aproximação a mais da verdade e uma melhor compreensão do problema, mesmo que não se alcance uma solução definitiva. Popper (2006, p. 257-258) afirma que estes princípios são epistemológicos, mas também éticos, pois eles, “[...] implicam, entre outras coisas, tolerância: se eu posso aprender com você e quero aprender no interesse da verdade, então devo não apenas tolerá-lo, mas também reconhecê-lo como alguém potencialmente detentor de direitos iguais; a potencial unidade e a potencial igualdade de direitos de todos os homens são um pressuposto de nossa disposição a uma discussão racional. É também importante o princípio de que podemos aprender muito com uma discussão; mesmo que ela não conduza a um acordo. Pois a discussão pode nos ensinar a compreender algumas fraquezas de nossa posição”.

⁶⁸ Com relação à distinção da verdade e certeza Ruiz (2002, p. 115-127) estabelece que ela não consiste nas coisas mas surge dos julgamentos que se fazem sobre o que as coisas são, sobre a realidade do ser delas, assim, “[...] a verdade nasce, pois, do julgamento da mente a respeito das realidades e não existe sem ele”. Por isto, a verdade de nosso espírito consiste em sua conformidade com a coisa, com a realidade. Ela se expressa e fica a ser conhecida por meio da linguagem e, portanto, falá-la “[...] significa que a comunicação enunciou a adequação ou conformidade da mente com a realidade. Não falá-la pode significar, em primeiro lugar, o simples

da certeza como mero estado de convicção psicológica. Trata-se da certeza epistemológica que se fundamenta em evidências fáticas e lógicas, que pode e deve ser investigada criteriosamente. Nessa concepção, o que se ampara como informação verdadeira enquanto direito fundamental à liberdade de informação, é a informação que resulta da investigação criteriosa dos fundamentos lógicos, fáticos e morais por quem a expressa.

É assim que se pode afirmar a existência de dois critérios fundamentais a serem empregados por aqueles que são responsáveis pela informação: a origem da informação e as consequências que resultam de sua expressão. Quanto ao primeiro critério, a origem da informação, há de se diligenciar em torno da credibilidade e confiabilidade da fonte da informação. Já quanto ao segundo critério, há de atentar para as consequências da difusão da informação, pois quanto maior a possibilidade de lesão que poderá resultar a terceiros ou à ordem pública, maior a diligência quanto à veracidade da informação.

Admitir a tese da verdade subjetiva como critério de limitação à liberdade de informação, é reconhecer a existência do conflito entre o direito à liberdade de informação e a honra, visto que esta pode ser lesionada por aquela se exercida abusivamente. Entretanto, há autores que defendem a tese da verdade (ou veracidade) objetiva, que consiste basicamente em fundamentar a informação na verdade que se acredita possuir. Neste caso, aquele que divulga uma informação que é sabidamente inverídica, ela não constitui um exercício legítimo do direito à livre expressão da informação. Ao contrário da expressão da informação inverídica quando se sabe de sua falsidade, o erro, que consiste em divulgar uma informação que se acredita verdadeira, mas falsa, está protegido pelo direito à liberdade de expressão da informação.

Outro aspecto em destaque, diz respeito à saber se a informação que se expressa ou pretende expressar, é relevante ou não para o público. Há quem

erro, isto é, significa comunicar o que de fato se tem na mente, quando aquilo que se tem na mente não corresponde à realidade; em segundo lugar, não falar a verdade pode significar comunicar algo diferente daquilo que, de fato se tem na mente; é o caso da mentira e não do simples erro; a mentira acrescenta ao erro aspectos de qualificação moral. [Já quanto aos limites da verdade ou a certeza], não é necessário que a mente represente e traduza a realidade plena e total em seus julgamentos para que surja a verdade, [pois], não é dado à mente humana exaurir, esgotar toda a inteligibilidade do real; basta que o pouco que a mente apreende e afirma acerca da realidade esteja nela exatamente como a mente o afirma. [Por fim], julgue-se a verdade pelo pouco que o juízo afirma; não pelo muito ou muitíssimo que omite, [visto que] a verdade universal e eterna dos fatos contingentes é uma ilusão alimentada por espíritos pobres de senso de realidade". (RUIZ, 2002, p. 115-127).

defenda que “[...] somente os fatos de relevância pública seriam abarcados pelo direito fundamental à liberdade de informação”. (CHEQUER, 2011, p. 57). O limite interno do direito fundamental seria, portanto, o interesse público. Entretanto, não é esta a posição prevalecente. Majoritariamente, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência constitucional, consideram que a liberdade de expressão e de informação contribuem para a formação da opinião pública, mas isto não é suficiente para que sejam protegidas institucionalmente pela Constituição. Além disto, é preciso que os fatos a que se referem sejam verdadeiros (no caso da liberdade de informação) ou que tenham relevância para o interesse público⁶⁹.

As principais conclusões a que se pode chegar são: 1) a liberdade de expressão é distinta da liberdade de informação: a primeira se refere a opiniões, pensamentos, juízos de valor, toda manifestação política, religiosa, artística de caráter abstrato, não condicionada à verdade. A segunda se refere a fatos e, logo, condicionada à verdade; 2) informação verdadeira não é informação objetivamente verdadeira, mas aquela que resulta de uma investigação diligente por quem é responsável por ela, portanto, uma informação subjetivamente verdadeira; 3) erros circunstanciais não afetam a veracidade subjetiva da informação e, 4) aceitar a tese da verdade subjetiva da informação é admitir a importância do fluxo de notícias na formação da opinião pública, 5) as liberdades de expressão e de informação somente serão reconhecidas como direitos fundamentais quando se referirem a temas de interesse público, 6) o interesse público é fixado a partir de duas considerações: o cargo ocupado pela pessoa objeto de notícia, ou importância pública dela, e a natureza da matéria versada pela informação ou expressão e, por fim, 7) cabe aos tribunais decidir o que vem a ser matéria de interesse público, visto não haver consenso sobre isto. (CHEQUER, 2011, p. 61-62).

Com base na Constituição Brasileira de 1988, o direito à honra⁷⁰, bem

⁶⁹ O interesse público é referente às informações que possam contribuir para formar a opinião pública pela matéria a que se referem e que podem contribuir para fazer possível a participação do cidadão na vida da comunidade. (CHEQUER, 2011, p. 63).

⁷⁰ A honra é entendida tanto como limite externo à liberdade de expressão em sentido amplo, como se interpreta do texto constitucional espanhol, como um limite interno à liberdade de expressão, tal como se dá na interpretação do sistema normativo dos EUA. O que há em comum em ambos os sistemas é que a honra decorre do princípio da dignidade humana, assim, proteger a dignidade humana, é também proteger a honra e, por isto mesmo, a honra é considerada, simultaneamente, como um direito fundamental autônomo e como uma limitação à liberdade de expressão em sentido amplo. Conceituar o que seja a honra não é uma tarefa fácil, dificuldade que decorre da mesma dificuldade em conceituar a dignidade da pessoa humana, “[...] o Tribunal Constitucional da Espanha tem considerado a honra como um conceito indeterminado, definindo-a como uma

como o direito à imagem, é um desdobramento do direito à privacidade e

[...] consiste na preservação da reputação de determinada pessoa perante a sociedade (honra objetiva) ou da dignidade e autoestima de cada um (honra subjetiva). [Já] [...] o direito à imagem consiste na faculdade de controlar a exposição da própria imagem para terceiros. (RAMOS, 2017, p. 1056).

O conceito de honra é complexo porque decorre da mesma complexidade que envolve o conceito de dignidade da pessoa humana, visto que aquela tem suas raízes nesta. Entretanto, pela via negativa é mais fácil compreender tanto um quanto o outro, ou seja, reconhecer o que atenta contra a dignidade humana, é mais fácil do que reconhecer o que diz respeito a ela. Neste sentido, a análise dos casos concretos e fáticos parece ser a forma mais correta para identificar os atentados à dignidade humana e, de modo semelhante, os eventuais atentados à honra.

Embora haja complexidade em delimitar os conflitos entre a liberdade de expressão em sentido amplo e a honra e de se fixar parâmetros objetivos para a solução de eventuais conflitos entre estes direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência constitucional já conseguiram delimitar alguns *standards* que poderão auxiliar o intérprete nesta tarefa de delimitação e ponderação entre esses dois direitos fundamentais.

É importante diferenciar os casos que envolvem um conflito entre a liberdade de expressão e a honra das situações que concretizam um conflito entre a liberdade de informação e a honra. E deve ser assim porque, considerando-se a possibilidade de conflito entre a liberdade de informação e a honra, necessário destacar que se for considerada a premissa da veracidade objetiva, caso a informação seja verdadeira, não haverá ofensa ao direito fundamental à honra. Entretanto, admitindo-se a veracidade subjetiva como requisito para a liberdade de informação, a possibilidade do conflito se impõe. (CHEQUER, 2011, p. 65).

Com relação ao conflito entre liberdade de expressão no sentido amplo e o direito à honra, somente estarão incluídas na possibilidade de conflito as expressões que possam ser necessárias para a formação da opinião pública. Se a expressão envolver um fato insultante, mas desnecessário, não se tratará de conflito entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão e a honra. Se a liberdade

realidade intangível cuja extensão vem determinada em cada sociedade e em cada momento histórico e cujo núcleo essencial em sociedades pluralistas ideologicamente heterogêneas deve ser determinado pelos juízes e tribunais". (CHEQUER, 2011, p. 63-64).

de expressão é exercida em âmbito particular apenas, não há razão para considerar a liberdade de expressão em sentido amplo como um direito fundamental preferencial em relação à honra, pois não há formação de opinião pública. Entretanto, se a liberdade de expressão é exercida através dos meios de comunicação de massa, a liberdade de expressão é capaz de adquirir, no caso concreto, *status* de direito fundamental. No entanto, deve concorrer para que isto aconteça a relevância da expressão para a formação de uma opinião pública livre, dimensão que não se identifica no direito à honra. Do mesmo modo, se o caso tratar de uma pessoa pública, um funcionário público ou uma pessoa implicada em assuntos de interesse público, a liberdade de expressão gozará de proteção⁷¹.

Entretanto, a liberdade de expressão não é “[...] capaz de tutelar críticas desmensuradas e exorbitantes sem contextualização, ou expressões indubitavelmente injuriosas sem qualquer relação com as ideias ou opiniões e que resultam desnecessárias para sua exposição” (CHEQUER, 2011, p. 67-68). Por outro lado, mesmo que consideradas constrangedoras quanto ao seu conteúdo, as informações verdadeiras não podem ser consideradas ofensivas à honra.

No caso de a liberdade de expressão relacionar-se a pessoas privadas, não partícipes voluntariamente da controvérsia pública, ela estará debilitada em sua eficácia. Assim, “[...] a crítica, mesmo que dura, está dentro do âmbito da liberdade de expressão, ainda mais se feita a funcionário público, pessoa pública ou relacionada a assuntos de interesse público”. (CHEQUER, 2011, p. 69).

Os *standards* apresentados servem para que, na ponderação em caso de conflito entre a honra e a liberdade de expressão em sentido amplo, esta se inicie com a preferência da avaliação para o lado da liberdade de expressão. Entretanto, no caso concreto, é possível que se estabeleça a inversão do julgamento em direção à honra.

Com relação à possibilidade de haver conflito entre a liberdade de expressão em sentido amplo e o direito fundamental à honra da pessoa jurídica, primeiramente se faz necessário reconhecer que as pessoas jurídicas também são titulares do direito à honra e, enquanto tal, passíveis de se encontrarem em situações de conflito entre o direito à liberdade e o direito à honra. Neste caso, os

⁷¹ A tutela da honra de pessoas públicas “[...] é menos intensa no confronto com a liberdade de expressão do que a de cidadãos comuns, uma vez que o debate sobre as atividades das primeiras envolve, em regra, questões de maior interesse social”. (SARLET, 2013, p. 257).

mesmos *standards* aplicados em caso de conflito de direitos que envolva pessoas físicas, podem ser aplicados se o conflito envolver pessoas jurídicas. Entretanto, importante distinguir se se trata de pessoa jurídica de direito privado ou público, se a expressão envolve meios de comunicação de massa e se tem relevância para o interesse público.

A vida privada e a intimidade são uma forma de manifestação da integridade moral, direitos inatos e personalíssimos que toda pessoa os tem simplesmente por ser pessoa. Assim, supõem o direito à não interferência dos outros nas esferas pessoal e familiar de terceiros. Embora muitas vezes tomados como sinônimos, são conceitos diversos que possuem a mesma origem que é a integridade moral.

O conceito de vida privada é mais amplo e genérico, capaz de englobar tudo aquilo que não é, ou não se quer que seja, de conhecimento geral. De caráter mais restrito, intimidade representa “um núcleo da privacidade” que recebe mais zelo e proteção da pessoa por ser considerada por ela como mais essencial: “[...] ambos os direitos, no sistema atual de direitos fundamentais, podem ser considerados como expressões do valor da dignidade humana e do livre desenvolvimento e configuração da personalidade”. (CHEQUER, 2011, p. 75). É a autonomia do indivíduo que fundamenta a proteção da intimidade contra as interferências alheias e externas.

Reconhecidos os direitos à privacidade e à intimidade como direitos fundamentais, é possível que situações concretas ensejem conflitos entre eles e a liberdade de expressão em sentido amplo. A solução para os casos de conflito requer inicialmente que se estabeleça o que é um dado íntimo ou privado. Assim, a colisão de direitos se estabelece quando o conteúdo da manifestação revela ao público aspectos da vida privada dos indivíduos. Neste caso, se justifica uma proteção menor da privacidade de pessoas públicas do que de cidadãos comuns. Considera-se, ainda, se há interesse público no conhecimento de aspectos da vida privada de certos indivíduos. A inveracidade comprovada dos fatos pode justificar eventuais limitações à liberdade, entretanto, a veracidade não é argumento definitivo contra a proteção à privacidade. (SARLET, 2013, p. 258)⁷².

⁷² De modo geral, são apontadas algumas hipóteses extraídas das análises de casos produzidas pelas Cortes Americana, Inglesa, Francesa, Alemã e da Corte Europeia de Direitos Humanos, a saber: 1) Veiculação pela imprensa de informação confidencial; 2) A revelação da identidade de

A doutrina relaciona os seguintes *standards* que podem contribuir para a delimitação de critérios objetivos para solução de eventuais conflitos entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão em sentido amplo e os direitos à privacidade e intimidade: 1) A eficácia do direito fundamental à intimidade deverá ser mais restrita se o fato privado ou íntimo disser respeito à uma personalidade pública. Em razão do interesse geral em torno da notícia, a liberdade de expressão em sentido amplo goza de maior eficácia legitimadora; 2) As pessoas privadas, aquelas desprovidas de notoriedade pública, devem gozar de um âmbito maior de privacidade ou intimidade. Os fatos que só lhes dizem respeito devem ser impedidos de transcender ao público; 3) Quando o tema versa sobre matéria de interesse público, entendido no sentido mais amplo, nos EUA há uma maior tendência a priorizar a liberdade de expressão; 4) Ao contrário, na França, mesmo em caso de interesse público na notícia, tende-se a conceder maior eficácia ao direito de privacidade; 5) Não se define normativamente o que seja interesse público mediante as diversas Cortes constitucionais; 6) A veiculação de fotografias é uma forma mais perniciosa em relação à privacidade alheia do que a veiculação de fatos; 7) Para uma boa solução dos conflitos, deve-se levar em consideração todas as características do caso concreto, as circunstâncias sociais, culturais e temporais do conflito, “[...] tornando-se necessário dar uma importância *ad hoc* para solucionar conflitos desse tipo”. (CHEQUER, 2011, p. 91).

A liberdade de expressão pode confrontar-se com a proteção da criança e do adolescente, e os direitos dessas pessoas em formação desfrutam de elevada estatura constitucional conforme o art. 227⁷³ da Constituição Brasileira de 1988.

Uma primeira forma de colisão se dá quando manifestações ou difusão de notícias atinjam os direitos de personalidade de crianças e adolescentes determinados, como por exemplo, matérias que expõem menores infratores, pois há

alguém que tem o direito ao anonimato; 3) Nos casos em que o objetivo da imprensa é revelar a identidade de uma pessoa que prefere, razoavelmente, o anonimato; 4) Publicação de fotografias capazes de revelar uma pessoa em situação humilhante difícil de ser enfrentada ou em situação íntima; 5) Nos casos que retratam pessoas envolvidas direta ou indiretamente em ficções artísticas e 6) Nos casos envolvendo a privacidade de políticos e outras figuras públicas. Para algumas Cortes tendem a privilegiar o direito à liberdade de expressão, como é o caso das Cortes nos EUA e na Inglaterra, e, em outras, a tutela privilegia o direito à privacidade (intimidade), como é o caso das Cortes na França e na Alemanha.

⁷³ *In verbis*, “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (BRASIL, 1988).

proibição legal de divulgação de nome e/ou imagem da criança e do adolescente envolvidos em atos ilícitos, conforme o art. 247⁷⁴ da Lei nº 8.069/90 o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). (SARLET, 2013, p. 258).

Outra hipótese é a que envolve a possibilidade de acesso aos conteúdos incompatíveis com o estágio de desenvolvimento psíquico das crianças e adolescentes, pois, o contato prematuro com assuntos de conteúdos eróticos ou excessivamente violentos, pode ser prejudicial à formação da criança e do adolescente. A restrição neste caso, já está prevista pela competência atribuída à União para exercer a classificação, com efeitos indicativos, de diversões públicas e programas de rádio e de televisão (art. 21, XVI c/c art. 220 da CF/1988)⁷⁵. (SARLET, 2013, p. 258).

As expressões que se voltam às minorias como forma de discriminação, preconceito, xenofobia, sexismo, homofobia, intolerância religiosa e discursos do ódio, tendem a abalar a autoestima de suas vítimas, atingindo a sua dignidade e promovendo a intolerância, e em nada contribuem para a democracia. Em quase todos os Estados democráticos, a liberdade de expressão recebe limitações, posição que é endossada também por tratados internacionais de Direitos Humanos como a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, (art. 4º)⁷⁶, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 20.2)⁷⁷, e a

⁷⁴ *In verbis*, “Art. 247. Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência. § 1º Incorre na mesma pena quem exhibe, total ou parcialmente, fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente. § 2º Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números. (Expressão declara inconstitucional pela ADIN 869-2). (BRASIL, 1990a).

⁷⁵ Sobre os limites desta competência, destacam-se duas doutrinas principais: a libertária, que defende que o texto constitucional possui apenas caráter indicativo, não obrigando as emissoras a segui-la na sua obrigação; e a postura que considera que a indicação é alusiva aos pais, estando as emissoras obrigadas a segui-la. É a posição adotada pelo ECA em seu art. 254 (BRASIL, 1990), embora o STF tenha declarada a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”.

⁷⁶ *In verbis*: Artigo 4.º Os Estados Partes condenam a propaganda e as organizações que se inspiram em ideias ou teorias fundadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio ou de discriminação raciais, obrigam-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar os incitamentos a tal discriminação e, para este efeito, tendo devidamente em conta os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no Artigo 5.º da presente Convenção, obrigam-se, nomeadamente: a) A declarar delitos puníveis pela lei a difusão de ideias fundadas na superioridade ou no ódio racial, os incitamentos à

Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (1969) em seu art. 13.5⁷⁸. O Brasil, o STF em análise do caso Ellwanger (HC 82.424/RS) decidiu pela prevalência da igualdade e da dignidade humana diante da liberdade de expressão, em caso que envolveu crime de racismo. Segundo Sarlet (2013, p. 258) a decisão foi correta, entretanto, é preciso ter cautela quanto à restrição da liberdade de expressão para que não resulte em arrefecimento do dinamismo da esfera comunicativa e do direito à manifestação daqueles que possuem ideias impopulares. Apenas casos extremos demandam aplicação da restrição à liberdade de expressão.

2.4 Distinção entre liberdade de pensamento, de expressão e de informação

A liberdade de pensamento⁷⁹ é a liberdade que tem conteúdo intelectual e diz respeito à capacidade que o indivíduo tem de exteriorizar o seu pensamento a outros indivíduos, tanto em relação ao conteúdo interno como pura consciência, quanto, e principalmente, como sua manifestação aos outros objetivando-se na relação social. É também denominada pela doutrina de liberdade primária, pois é o ponto de partida para as demais liberdades e “[...] trata-se da liberdade de o

discriminação racial, os actos de violência, ou a provocação a estes actos, dirigidos contra qualquer raça ou grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, assim como a assistência prestada a actividades racistas, incluindo o seu financiamento; b) A declarar ilegais e a proibir as organizações assim como as actividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de actividade de propaganda, que incitem à discriminação racial e que a encorajem e a declarar delito punível pela lei a participação nessas organizações ou nessas actividades; c) A não permitir às autoridades públicas nem às instituições públicas, nacionais ou locais, incitar à discriminação racial ou encorajá-la. (ONU, 1965).

⁷⁷ *In verbis*, “Artigo 20. [...] 2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência. (ONU, 1966).

⁷⁸ *In verbis*, “Artigo 13º - Liberdade de pensamento e de expressão. [...] 5. A lei deve proibir toda a propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. (OEA, 1969).

⁷⁹ No texto da Constituição de 1988, a liberdade de pensamento recebeu ampla proteção ao ser reconhecida como direito fundamental e cláusula pétrea. Conforme o texto em seu artigo 5º, inciso IV, no qual está disposto que “[...] é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. (BRASIL, 1988). A Constituição Brasileira prevê a liberdade de pensamento como pensamento íntimo por meio de seu artigo 5º, inciso VI como liberdade de consciência e de crença e no inciso VIII do mesmo artigo, prevê a liberdade de crença religiosa e de convicção filosófica ou política. Componente do direito à liberdade de expressão é o direito de silêncio, isto é, o direito de calar e não manifestar o pensamento. No texto constitucional brasileiro, este direito está previsto no artigo 5º, inciso LXIII e consiste “no direito de cada um de não expressar nenhuma opinião ou ideia e não sofrer qualquer penalidade por permanecer calado”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 72). O direito ao silêncio ou escusa de consciência é o “direito de recusar prestar determinadas imposições que contrariem as convicções religiosas ou filosóficas do interessado”. Entretanto, a lei pode impor prestação alternativa ao recusante, que seja compatível com suas convicções. A principal limitação à liberdade de convicção filosófica e política, diz respeito à vedação a partidos políticos de organização paramilitar (art. 17, § 4º da Constituição Federal de 1988). (SILVA, 2006, p. 242).

indivíduo adotar atitude intelectual de sua escolha: quer em pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro”. (SILVA, 2006, p. 241).

Na condição de ser racional, “[...] a liberdade de expressão é primordial para o desenvolvimento do ser humano, e ao mesmo tempo integra esse desenvolvimento”. (MEYER-PLUFG, 2009, p. 68). Está relacionada com a autodeterminação do indivíduo, pois possibilita a cada um escolher livremente as ideias e convicções que achar conveniente, pois “[...] considera os indivíduos como responsáveis por si mesmos, dotados de poder de autodeterminação”. (MEYER-PLUFG, 2009, p. 68).

Para além do simples direito de escolher as ideias que preferir, a liberdade de pensamento abrange o direito de o indivíduo expor suas ideias e opiniões na busca do diálogo social com os demais integrantes da sociedade. A necessidade de expor suas ideias, opiniões, pensamentos, sensações, sentimentos e tentar convencer os demais sobre a importância e veracidade deles é inerente à natureza humana. Aristóteles já definia o homem como o “animal que fala”, pois esta é uma condição essencial para a realização da vida em sociedade⁸⁰. Por isto mesmo, é necessário que esta necessidade seja assegurada como um direito protegido de proibições e censuras prévias. A expressão do pensamento em suas mais diversas formas é condição indispensável para a construção da vida em sociedade, especialmente nas sociedades democráticas. Nas sociedades democráticas a liberdade em todas as suas formas, e em especial a liberdade de expressão, é condição *sine qua non* para a sua própria existência e desenvolvimento. Nos contextos sociais, totalitários, é a liberdade a condição de rebeldia e contestação, de denúncias e de resistência à injustiça e à opressão.

Em seu texto explicativo sobre o iluminismo intitulado “Resposta à pergunta: Que é ‘Esclarecimento’? (*Aufklärung*)”⁸¹, de 5 de dezembro de 1783, Kant

⁸⁰ Em sua obra *A Política*, Aristóteles (1998, p. 5) afirma que “[...] o homem é um animal cívico, mais social do que as abelhas e os outros animais que vivem juntos. A natureza, que nada faz em vão, concedeu apenas a ele o dom da palavra, que não devemos confundir com os sons da voz”. Para ele, a voz está associada apenas a emissão de sons que expressam sensações agradáveis ou desagradáveis, enquanto a fala está associada ao conhecimento e à manifestação de ideias como útil ou inútil, bem ou mal, justo ou injusto, assim, “[...] este comércio da palavra é o laço de toda sociedade doméstica e civil”. (ARISTÓTELES, 1998, p. 5).

⁸¹ No texto intitulado “Resposta à pergunta: Que é ‘Esclarecimento’? (*Aufklärung*)”, Kant (2005) afirma que o esclarecimento é saída da menoridade da qual o próprio homem é culpado, por preguiça ou covardia, mesmo depois de a natureza o ter libertado de uma direção estranha (*naturaliter maiorennis*). O esclarecimento não é facilmente alcançado, mas é possível, tanto para

(2005, p. 65-66) considerava que a liberdade, em especial a liberdade enquanto uso público da razão⁸², não é apenas necessária para a saída da menoridade e o alcance do esclarecimento, mas em sendo permitida, traria como resultado inevitável o próprio esclarecimento. Já o uso privado da razão, permite limitações à liberdade de expressão sem, no entanto, ser o seu impedimento, pois tais limitações estão condicionadas ao exercício de determinadas funções sociais.

Nos termos do filósofo:

Que limitação, porém, impede o esclarecimento [Aufklärung]? Qual não o impede, e até mesmo o favorece? Respondo: o *uso público* de sua razão deve ser sempre livre e só ele pode realizar o esclarecimento [Aufklärung] entre os homens. O *uso privado* da razão pode, porém, muitas vezes ser muito estreitamente limitado, sem contudo com isto impedir notavelmente o progresso do esclarecimento [Aufklärung] entendo contudo sob o nome de

o homem em particular, quanto para o público e a condição necessária para isto é a liberdade e “a mais inofensiva entre tudo aquilo que se possa chamar de liberdade, a saber: a de fazer uso público de sua razão em todas as questões”. Por sua vez, esclarece ainda que o uso público da razão, única condição para o esclarecimento, difere do uso privado. O primeiro corresponde ao uso “que qualquer homem, enquanto sábio, faz dela diante do grande público do mundo letrado”. Este deve ser ilimitado. Entretanto, o uso privado da razão, pode sofrer limitações porque diz respeito ao uso que o sábio faz de sua razão “em um certo cargo público ou função a ele confiado”. Assim, para atender à função social e à finalidade pública, a liberdade enquanto uso privado da razão pode sofrer limitações. (KANT, 2005, p. 65).

⁸² A razão para Kant (2005), não é apenas técnica ou teórica, capaz de conhecer, é também prática, ou seja, é capaz de determinar a vontade e a ação moral. A boa vontade é a natureza do querer, é a vontade de agir por dever, agir sem inclinação, portanto de modo incondicional. A razão é, portanto, também prática e a ação prática incondicionada é aquela que tem por princípio única e exclusivamente a razão, é a ação moral propriamente dita. (PASCAL, 2005, p. 121). Mas qual é o fundamento da vontade e da ação moral? A resposta oferecida por Kant (2005) está no incondicional agir por dever que tem como fundamento os princípios da própria razão. Kant aponta dois tipos de princípios para a ação prática: as máximas que são princípios práticos subjetivos que valem apenas aos sujeitos que as propõe, mas não para todos os homens, e os imperativos, que são princípios práticos objetivos e que valem para todos os seres humanos. (REALE; ANTISERI, 2005, p. 378-379). Os imperativos, por sua vez, são divididos em dois tipos: os imperativos hipotéticos e os imperativos categóricos. Por meio dos imperativos hipotéticos a razão prática se conduz condicionada a determinados objetivos fora dela mesma. Por exemplo tem se a máxima: “Se queres viver bem, cuida de tua saúde”. Com relação aos imperativos categóricos, a razão se manifesta simplesmente como vontade, independentemente dos efeitos que se possa obter. Assim, os imperativos categóricos se tornam leis práticas incondicionadas (ou condicionada exclusivamente pela própria razão) que valem racionalmente para o sujeito. (REALE; ANTISERI, 2005, p. 379-381). Kant distingue a ação prática sob o ponto de vista da legalidade, ou em conformidade a lei, e o da moralidade verdadeira, que reside na pureza da intenção. O primeiro princípio da ação prática é o princípio da intenção, ele caracteriza o valor moral de um ato. Um segundo princípio da ação prática afirma que “[...] a ação cumprida por dever tira seu valor da máxima que a determina, do princípio do querer ou da vontade: o valor moral do ato não está no objeto desejado, mas na razão pela qual se quer alcançá-lo. [Daí a definição do dever como] [...] a necessidade de cumprir uma ação por respeito à lei”. (PASCAL, 2005, p. 121). O que determina a boa vontade em um ser racional, é o respeito à lei que lhe ordena cumprir o dever que é um imperativo da própria razão. A moralidade não pode ser retirada da experiência, pois ela é o ser de uma ideia da razão. E é “nesta condição que ela se dignifica”. Como ser de moralidade, o homem é racional e possuidor de uma vontade, que é a faculdade de agir segundo regras autoimpostas que são denominadas de máximas, quando subjetivas e válidas apenas para o próprio sujeito, ou leis se são objetivas e válidas universalmente para todos ser racional. (PASCAL, 2005, p. 127).

uso público de sua própria razão aquele que qualquer homem, enquanto sábio, faz dela diante do grande público do *mundo letrado*. Denomino uso privado aquele que o sábio pode fazer de sua razão em certo *cargo público* ou função a ele confiado. (KANT, 2005, p. 65-66).

Para que a liberdade de pensamento⁸³ possibilite a expressão livre de ideias, opiniões, sentimentos e informações, é necessário que o Estado assegure a proteção a esse direito e ao seu exercício pelos indivíduos, mas também regule os meios para que tal expressão possa ocorrer de maneira eficaz nas mais variadas formas e nos mais variados meios. A liberdade de pensamento implica em uma dupla condição para o Estado: a primeira que consiste em que o Estado se mantenha neutro quanto ao conteúdo do pensamento e da expressão para que ele se dê livremente. A segunda condição implica na necessidade de que o Estado assegure “[...] que a ideia ou opinião seja respeitada pelos demais e que não venha o sujeito a sofrer nenhuma restrição ou até mesmo retaliação em virtude de sua emissão”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 71).

O aspecto externo da liberdade de opinião, se “[...] exterioriza pelo exercício das liberdades de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural e de transmissão e recepção do conhecimento”. (SILVA, 2006, p. 243). A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação⁸⁴.

A exteriorização do pensamento pode ser feita entre interlocutores presentes ou ausentes. Na liberdade de manifestação⁸⁵ do pensamento está incluído o direito de não o manifestar, isto é, de mantê-lo em segredo⁸⁶. As formas de manifestação do pensamento são as mais variadas possíveis. Assim a liberdade de expressão pode ser feita pelo diálogo entre pessoas, por escrito, oralmente ou por imagens, desenho ou símbolos, ainda por gestos ou sons. Além do mais, pode ser veiculada em palestras, em conversas por meios de jornais, revistas, panfletos,

⁸³ Kant (2005) caracteriza a liberdade de pensar, primeiramente, como contraposição à coação civil, à pressão sobre a consciência moral e, por fim, que a liberdade de pensamento significa também que a razão não se submete a nenhuma outra lei a não ser àquelas que ela a si mesma dá.

⁸⁴ A fundamentação constitucional da liberdade de comunicação está no artigo 5º, incisos IV, V, IX, XII e XIV combinado com os artigos 220 a 224 da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 1988).

⁸⁵ Como um dos aspectos externos da liberdade de opinião, a liberdade de manifestação do pensamento está prevista no art. 5º, inciso IV combinado com o artigo 220 da Constituição Federal de 1988.

⁸⁶ Como direito individual, o direito ao silêncio está escrito no artigo 5º, inciso LXIII, o qual declara o direito ao preso de ficar calado.

rádio, televisão, redes sociais, correspondências, etc.

A liberdade de expressão não é um direito absoluto e nem abrange a todos na mesma extensão. Em razão da profissão que se exerce e/ou do contexto em que se expresse o pensamento, a liberdade de expressão pode receber limitações (restrições). Além do mais, o exercício da liberdade de expressão do pensamento do indivíduo não é legítimo se praticado de modo a provocar danos nos outros. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 71).

Como limitação ao direito de manifestação do pensamento, a Constituição em seu art. 5º, Inciso V⁸⁷ veda o anonimato. Invariavelmente o direito à manifestação do pensamento afeta situações jurídicas de outros, assim, o direito de resposta consignado neste artigo, “[...] é também uma garantia de eficácia do direito à privacidade”. (BRASIL, 1988). A Constituição assume a tese da indenização dos eventuais danos provocados pelo abuso do direito à manifestação do pensamento. (SILVA, 2006, p. 245).

A liberdade de informação em geral distingue-se do direito à informação. Enquanto o primeiro é um direito individual, o segundo é um direito coletivo. Implica num direito de dupla direção, a saber, de informar e ser informado. Assim, “[...] a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer”. (SILVA, 2006, p. 246). Como exercício deste direito, está consagrado na Constituição o direito de manter sigilosa⁸⁸ a fonte da informação, podendo o profissional da informação e/ou o meio de comunicação responder pelos eventuais abusos cometidos.

A liberdade de informação jornalística⁸⁹ concentra a liberdade de informar e possibilita a realização do direito de ser informado. A liberdade de informação, mais do que a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista, consiste no direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. Assim, “[...] a liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação,

⁸⁷ *In verbis*: “Art. 5º [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. (BRASIL, 1988).

⁸⁸ *In verbis*: “Art. 5º [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. (BRASIL, 1988).

⁸⁹ O artigo 220, § 1º da Constituição Federal ao estabelecer a liberdade de informação jornalística ultrapassa a antiga liberdade de imprensa pois alcança qualquer forma de difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social. (BRASIL, 1988).

a de obtê-la”. (SILVA, 2006, p. 247). Implica também em um dever para os profissionais jornalistas e os donos dos meios de comunicação, de informar à coletividade “[...] os acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação”. (SILVA, 2006, p. 247). Neste sentido, a liberdade de informação adquire uma função social como instrumento de formação da opinião pública, servindo ainda, como instrumento de controle dos eventuais abusos cometidos pelo poder público, além de assegurar a expansão da liberdade humana.

Por isto mesmo, a liberdade de informação deve estar livre de toda e qualquer censura prévia⁹⁰ ou a censura posterior. Entretanto, aqui também estará limitada à vedação do anonimato, ao direito de resposta proporcional ao agravo, indenização por dano material, moral ou à imagem e sujeição às penas no caso de ofensa à honra de alguém (art. 5º, IV, V, X). O artigo 220, §§ 1º e 2º da Constituição Federal disporá que nenhuma lei poderá embaraçar a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, nem se admite censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 1988).

A liberdade de expressão é abrangente e encobre atividades que implicam em coletar informações, transmitir tais informações, bem como ter os meios para tanto devidamente protegidos. Assim, “[...] a liberdade de expressão é, enquanto manifestação da personalidade do indivíduo, dependente da prévia existência de outras liberdades, como as de pensamento, de crença, de convicções políticas e filosóficas”. (BORNHOLDT, 2010, p. 86).

2.4.1 Outras formas constitucionais da liberdade de expressão

Asseguram Sarlet e Vale (2013, p. 219) que a tradição do constitucionalismo brasileiro é no sentido de positivação das liberdades específicas, mas também da liberdade em geral. Para eles, o *caput* do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988, traduz o direito à liberdade na orientação do pensamento liberal moderno ao situá-lo como direito inalienável. Além do mais, a constituição dá à

⁹⁰ Silva (2006, p. 247) destaca que a censura prévia é a intervenção oficial que impede a divulgação da matéria e a censura posterior é a intervenção oficial que se exerce depois da impressão, mas antes da publicação, impeditiva da circulação de veículo impresso.

liberdade em suas formas mais específicas, o *status* de direitos fundamentais⁹¹.

A liberdade de expressão é um dos mais significativos direitos fundamentais, para alguns ela é considerada o mais importante de todos eles, como por exemplo, as doutrinas libertárias do direito e da moral. No entendimento de Meyer-Pflug (2009, p. 70),

Da liberdade de expressão do pensamento derivam a liberdade religiosa, a liberdade de informação, a liberdade de imprensa e a própria inviolabilidade de correspondência, posto que a liberdade de expressão do pensamento pode dar-se por meio da escrita, ou de uso de imagens e não necessariamente pessoalmente.

A liberdade religiosa⁹² está incluída entre as liberdades espirituais e sua exteriorização é forma de manifestação de pensamento. Possui um conteúdo mais complexo e compreende três formas de expressão ou liberdade: a liberdade de crença, a liberdade de culto⁹³ e a liberdade de organização religiosas. São todas elas garantidas constitucionalmente. A liberdade de crença, anteriormente inserida na liberdade de consciência⁹⁴, na Constituição de 1988 será declarada inviolável (art. 5º, inciso VI) e também se assegura no inciso VIII que “[...] ninguém será privado de seus direitos por motivo de crença religiosa”. (SILVA, 2006, p. 248).

A distinção entre a liberdade de crença e a de consciência⁹⁵ é importante, porque assegura a liberdade e o direito do descrente, pois a liberdade de crença

⁹¹ Ainda na perspectiva de Sarlet e Vale (2013, p. 219) “[...] o direito geral de liberdade funciona como um princípio geral de interpretação e integração das liberdades em espécie e de identificação de liberdades implícitas na ordem constitucional”. Assim, funciona como uma cláusula geral que permite derivar dela outras liberdades não consagradas expressamente na Constituição.

⁹² A liberdade religiosa consiste no direito de o indivíduo escolher qual religião seguir, ou não seguir nenhuma religião, assegurado o convívio pacífico de diversas religiões e credos dentro do mesmo Estado. No entanto, assegurando a diversidade religiosa, é preciso que o Estado seja laico e não professe nenhuma religião de caráter oficial, tal como preceitua o artigo 19, inciso I da Constituição Federal de 1988.

⁹³ O direito de liberdade de culto consiste no direito de praticar a religião escolhida e de poder fazê-lo em lugar próprio destinado a tal atividade. Este direito é reforçado por meio do artigo 150, inciso VI, alínea b, da Constituição Federal de 1988 que confere imunidade tributária aos templos de qualquer culto.

⁹⁴ Segundo Silva (2006, p. 248) na Constituição de 1967/1969 não havia previsão constitucional para a liberdade de crença, estando ela inserida apenas na liberdade de consciência e na liberdade de culto e de exercício religioso (art. 153, § 5º). A Constituição de 1988 retomou a tradição da Constituição de 1946.

⁹⁵ Mais ampla do que a liberdade religiosa, a liberdade de consciência é o direito de eleger a corrente filosófica, política ou ideológica que preferir e também de ter ou não ter religião, direito este que deve ser protegido contra atos do Estado e da própria sociedade. Também conhecida como liberdade ideológica, ela está intrinsecamente relacionada com o pluralismo democrático e, assim, “[...] a liberdade de consciência se apresenta como ‘objeto formal do novo conceito de tolerância’”. (MEYER-PLUG, 2009, p. 40).

compreende a liberdade de ter uma crença, bem como a liberdade de não ter crença nenhuma. Assim, a liberdade de crença consiste em ter a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade de mudar de religião, mas também a liberdade de não aderir a religião alguma, a liberdade de descrença, de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. No amplo espectro de liberdade de crença, não está protegido pelo direito, a liberdade de “[...] embaraçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, pois aqui também a liberdade de alguém vai até onde não prejudica a liberdade dos outros”. (SILVA, 2006, p. 249).

Na liberdade de culto⁹⁶ estão assegurados os diversos exercícios e práticas dos ritos e liturgias característicos dos cultos religiosos da religião escolhida. Estão compreendidos a liberdade de orar e a de praticar os atos próprios das manifestações, em público ou em caráter privado e ainda receber contribuições para isto⁹⁷.

A liberdade de organização religiosa diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado. Segundo Silva (2006, p. 250) “[...] quanto à relação Estado-igreja, três sistemas são observados: a confusão, a união e a separação, cada qual com gradações”. A confusão se dá quando o Estado é teocrático e se confunde com determinada religião, por exemplo, o Vaticano e os Estados Islâmicos. Na união, existem relações jurídicas entre o Estado e determinada Igreja quanto à sua organização e funcionamento, por exemplo o sistema Imperial do Brasil. Com a separação da Igreja e do Estado, tem-se o regime não apenas de tolerância, mas de liberdade religiosa, a laicização do Estado e admissão de todas as vocações religiosas. A separação, no entanto, não impede que haja colaboração⁹⁸ entre Estado e Igreja quanto ao

⁹⁶ A Constituição do Império não reconhecia a liberdade de culto de modo extensivo para todas as religiões, somente para a católica. Para as outras havia a tolerância do culto doméstico, ou particular. (SILVA, 2006, p. 249).

⁹⁷ Na Constituição de 1988, a liberdade de culto recebe ampliação e garantia específica, em seu art. 5º, VI diz que “[...] é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (BRASIL, 1988). Não há limitação, como nas constituições anteriores, à observância da ordem pública e dos bons costumes.

⁹⁸ A separação e a colaboração entre Estado e Igreja estão prescritas na Constituição Federal no artigo 19, I, *in verbis*, “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”. (BRASIL, 1988). Segundo Silva (2006, p. 252), “[...] é difícil definir o nível de colaboração de interesse público possibilitada na ressalva do dispositivo, na

interesse público. (SILVA, 2006, p. 250-251).

A liberdade de reunião é direito fundamental assegurado no artigo 5º, inciso XVI⁹⁹ da Constituição Brasileira de 1988. É concebido como uma manifestação coletiva da liberdade de expressão e um dos elementos basilares da sociedade democrática e diz respeito ao

Direito de as pessoas se agruparem, de forma organizada, para que possam trocar ideias, experiências e opiniões. Fica garantido o direito de convocar uma reunião, bem como todos os atos necessários para sua organização e o direito de dela participar. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 45).

A liberdade de expressão intelectual, artística e científica e de comunicação é assegurada na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inciso IX¹⁰⁰. Tratam-se de formas de difusão e manifestação do pensamento tomados o termo em sentido abrangente. Segundo a Constituição, “[...] todos podem produzir obras intelectuais, científicas ou filosóficas, e divulgá-las, sem censura e sem licença de quem quer que seja”. (SILVA, 2006, p. 253). Há, portanto, várias formas de difundir o pensamento e a Constituição assegura o “[...] direito de o indivíduo desenvolver todas as suas potencialidades, sejam elas intelectuais, artísticas ou científicas”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 72).

Quanto às expressões artísticas, de modo geral gozam de ampla liberdade de expressão. Entretanto, algumas delas ficam sujeitas a uma regulamentação especial prevista no artigo 220, § 3º da Constituição Federal que delega à lei federal competência para regular as diversões e espetáculos públicos¹⁰¹, com uma censura de caráter classificatória para efeitos indicativos (artigo 21,

forma da lei”. A lei é que dará a forma desta colaboração, entretanto, ela não pode se dar no campo religiosos e “tem que ser geral a fim de não discriminar entre as várias religiões”. A colaboração pode acontecer, como por exemplo, o Estado subsidiar escolas de caráter confessional, comunitária ou filantrópica (art. 213). Além do mais, é assegurada, também nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII). O ensino religioso, de matéria facultativa (art. 210, §1º), deve constituir disciplina curricular das escolas públicas de ensino fundamental, vedado o proselitismo. As escolas privadas podem adotar o ensino religioso, desde que não imponham determinada confissão religiosa a quem não o queira. Outra forma de colaboração é o reconhecimento com efeitos civil do casamento religioso (art. 266, §§ 1º e 2º), também na forma da lei. (BRASIL, 1988).

⁹⁹ *In verbis*: “XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”. (BRASIL, 1988).

¹⁰⁰ *In verbis*, “[...] é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. (BRASIL, 1988).

¹⁰¹ Segundo Silva (2006, p. 254), o termo “[...] espetáculo público, referido na Constituição, trata-se de representação teatral, exibição cinematográfica, rádio, televisão ou qualquer outra demonstração pública de pessoa ou conjunto de pessoas”.

XVI)¹⁰². (BRASIL, 1988).

Quanto à produção e à programação das emissoras de rádio e televisão, o artigo 221¹⁰³ estabelece os princípios que as nortearão em seu fazer comunicativo. As limitações da lei não podem instituir a censura, mas apenas regras de defesa da pessoa e da família quanto a eventuais abusos cometidos contra os princípios constitucionais do referido artigo e, também, classificação para efeito indicativo conforme teor do artigo 21, XVI. (BRASIL, 1988).

Os produtores de obras intelectuais, artísticas e científicas receberam da Constituição Federal especial proteção quanto ao direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissivos aos herdeiros pelo tempo fixado por lei, trata-se do direito autoral que se encontra no artigo 5º, inciso XXVII¹⁰⁴. (BRASIL, 1988). Segundo Silva (2006, p. 255), a Constituição de 1988 trouxe duas inovações, nos termos da lei previstas no art. 5º, XVIII, a e b¹⁰⁵, que “[...] são direitos conexos com as liberdades de criação e expressão intelectuais, artísticas e científicas”.

A liberdade de expressão cultural, embora já prevista no rol das outras liberdades, recebe da Constituição Federal um tratamento específico em um capítulo sobre a cultura, no qual diz que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes de cultura nacional, apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais populares, indígenas, afro-brasileiras e das de outros grupos participantes do processo civilizatório brasileiro (artigos¹⁰⁶ 215 e 216)¹⁰⁷.

¹⁰² *In verbis*, “Art. 21. Compete à União: [...] XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão”. (BRASIL, 1988).

¹⁰³ *In verbis*, “Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”. (BRASIL, 1988).

¹⁰⁴ *In verbis*: “Art. 5º [...] XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. (BRASIL, 1988).

¹⁰⁵ *In verbis*: “Art. 5º [...] XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”. (BRASIL, 1988).

¹⁰⁶ *In verbis*: “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” e “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados

A liberdade de transmissão e recepção do conhecimento é uma das formas de comunicação e de manifestação do pensamento, facultada a todos por meio dos veículos de comunicação e imprensa. Entretanto, no seu artigo 206, II e III¹⁰⁸, a Constituição deu relevo destacado em relação ao exercício do magistério¹⁰⁹ “[...] quando põe como um dos princípios do ensino a liberdade de aprender, de ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, dentro de uma visão pluralista de ideias, de concepções pedagógicas e de instituições públicas e privadas do ensino”. (BRASIL, 1988). A liberdade de transmissão e de recepção do conhecimento, envolve a liberdade de transmitir o conhecimento, que cabe ao professor, e o direito de receber o conhecimento ou de buscá-lo, que cabe a alunos e pesquisadores. A liberdade de ensino fica condicionada aos currículos escolares e aos programas oficiais de ensino (art. 209). Entretanto, “[...] impede ao professor ministrar o seu curso com liberdade de crítica, de conteúdo, forma e técnica que lhe pareçam mais corretos”. (SILVA, 2006, p. 256). Importante destacar, que a liberdade de conhecimento, institui como dever ao professor, a busca de um ensino de qualidade, eficiente e eficaz.

2.4.2 Da necessidade de proteção constitucional à liberdade de expressão

A proteção mais ampla possível à liberdade de expressão na Constituição se faz necessária como instrumento de consolidação da democracia, pois, além de garantia da autonomia individual, ela é condição de limitação dos abusos por parte dos governantes. Tratam-se das liberdades públicas que “[...] relacionam-se aos direitos de liberdade que são assegurados pelo Estado na medida em que não invadem a atuação do indivíduo”. (MEYER-PLFUG, 2009, p. 73).

individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem”. (BRASIL, 1988).

¹⁰⁷ Para Silva (2006, p. 255), nestes dois artigos “Se manifesta a mais aberta liberdade cultural, sem censura, sem limites: uma vivência plena dos valores do espírito humano em sua projeção criativa, em sua produção de objetos que revelem o sentido dessas projeções da vida do ser humano”.

¹⁰⁸ *In verbis*: “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino”. (BRASIL, 1988).

¹⁰⁹ Trata-se da liberdade dos professores, mais ampla do que a expressão “liberdade de cátedra”, porque faz referência a todos aqueles que exercem a função de magistério, não apenas os catedráticos. Mas também trata da liberdade dos alunos, a liberdade de aprender e pesquisar. (SILVA, 2006, p. 256).

A proteção à liberdade de expressão envolve uma dimensão negativa e outra positiva. A dimensão negativa consiste na proteção da liberdade por meio de uma obrigação de “não fazer”, isto é, o ente estatal não impõe restrições ao exercício das expressões de pensamento em suas diversas formas. Assegura-se assim, “[...] a possibilidade de se expressar a personalidade do indivíduo de forma completa e sem freios ou retaliações por parte do Estado e da sociedade. Assegura-se o direito de cada indivíduo pensar e expressar-se de forma autônoma”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 74). Além do mais, a liberdade de expressão é condição de possibilidade de participação na vida política do Estado¹¹⁰.

A dimensão positiva da proteção à liberdade de expressão significa que é insuficiente por parte do Estado a abstenção de limitação ou restrição à liberdade de expressão, é necessário que o Estado propicie as condições para que a liberdade de expressão possa ocorrer, isto é, trata-se do direito de ter acesso aos meios de expressão. O debate público e democrático deve ser incentivado, pois assim, possibilita a participação dos indivíduos na vida política da sociedade. O principal mecanismo para tanto é o investimento em educação pública, pois não basta não proibir quando não se tem acesso às condições de liberdade de expressão, tais como bibliotecas públicas, acesso aos bens culturais de diversas ordens.

Neste sentido, a proteção à liberdade individual requer esforços para proteção da igualdade, visto que sem a garantia desta, não se tem exercício amplo daquela. Em uma sociedade efetivamente democrática, a liberdade e a igualdade são pressupostos indispensáveis, pois ambos são princípios fundamentais do Estado democrático¹¹¹. Entretanto, nem sempre estes dois princípios encontram-se em harmonia. A relação entre eles é ao mesmo tempo de tensão e de convergência. A ênfase exacerbada na liberdade, pode contrariar a isonomia e vice-versa.

Além do aspecto individual, a liberdade de expressão possui um aspecto social que consiste na possibilidade de criação “[...] de um espaço público racional de ideias, ou seja, uma esfera livre de debates e opiniões que contribui para a

¹¹⁰ Segundo Meyer-Pflug (2009, p. 74-75) “[...] o exercício da liberdade de expressão é o exercício de uma liberdade civil e política”, visto que exerce função de formação de opinião pública como instrumento necessário para o exercício dos demais direitos, bem como instrumento de controle do ente Estatal, nas sociedades que se afirmam democráticas.

¹¹¹ “Creio que os povos democráticos têm um gosto natural pela liberdade; entregues a si mesmos, eles a procuram, amam-na e condoem-se quando os afastam dela. Mas têm pela igualdade uma paixão ardente, insaciável, eterna, invencível; querem a igualdade na liberdade e, se não a podem obter, querem-na também na escravidão. Suportarão a pobreza, a submissão, a barbárie, mas não suportarão a aristocracia”. (TOCQUEVILLE, 2014b, p. 116).

formação de uma opinião pública independente, consciente e pluralista”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 77-78). A liberdade de expressão possui também uma dimensão civil e política: a dimensão civil “[...] assegura a cada indivíduo de livremente expressar suas ideias, opiniões, sensações e sentimentos [e a dimensão política] consiste no direito de expor ideias e opiniões que contrariem o governo, o Poder Público, sem sofrer coações”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 77-78). Ainda com relação à dimensão política, a liberdade pode ser concebida como “[...] um direito fundamental de defesa na medida em que ela protege a manifestação de pensamento das minorias”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 77-78). Nas sociedades democráticas modernas, tanto a maioria quanto a minoria devem ter assegurados o direito de livremente expressarem suas ideias e opiniões, promovendo a autodeterminação da sociedade. (RAWLS, 2011).

A Constituição Federal de 1988 conferiu uma proteção maior à liberdade de expressão vedando a censura¹¹² e a licença¹¹³. A censura é a negação da própria liberdade de expressão, ela é prejudicial para o efetivo desenvolvimento das sociedades democráticas e, como tal, deve ser eliminada a todo custo. Não se deve confundir a censura com o poder legítimo de regulamentação que o Estado possui “[...] no sentido de responsabilizar os sujeitos pela comunicação de suas ideias ou classificar a exibição de um filme por faixa etária tendo em vista os interesses de crianças e adolescentes”¹¹⁴. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 81)¹¹⁵.

¹¹² A vedação à censura está expressa no texto constitucional nos artigos 5º, inciso IX, *in verbis*, “[...] é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” e no artigo 220, § 2º: “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. [...] § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. (BRASIL, 1988). A censura é classificada como prévia ou a posteriori. No primeiro tipo, tem-se o impedimento de uma expressão antecipadamente, isto é, antes mesmo que a expressão possa ser efetivada por quem a pretende. Por exemplo, o impedimento de lançamento de uma determinada obra ou manifestação popular. Quanto à censura a posteriori, ela se dá com a retirada da expressão ou manifestação após ela ter sido realizada.

¹¹³ A licença é a autorização para a manifestação do pensamento. Assim, a Constituição veda o comportamento obrigatório de pedir autorização para manifestar ou veicular ideias nos diversos meios de comunicação existente. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 80).

¹¹⁴ Conduta regulada pelo artigo 220, § 3º, I da Constituição Federal de 1988, *in verbis*, “§ 3º - Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada”. (BRASIL, 1988).

¹¹⁵ A vedação à censura é aplicável ao Estado, mas também a “toda e qualquer entidade que esteja em condições de proibir a livre manifestação do pensamento, tais como igrejas, partidos políticos e associações”. Ela possibilita que críticas às atuações do Estado possam ser feitas livremente, “protegendo assim o poder de autodeterminação da sociedade política de forma democrática”. Como instrumento de controle dos governos, a vedação à censura é “uma forma de fomentar o

2.5 A tolerância na sociedade moderna: breve conceituação e contextualização

Em filosofia política, o discurso sobre a tolerância¹¹⁶ não é nenhuma novidade. Entretanto, isto se justifica pela dificuldade de apresentar uma definição de tolerância, visto que, em um primeiro momento, ela se apresenta como um princípio indispensável da sociedade política, em um segundo momento, ela é um ideal inalcançável, incoerente e moralmente duvidoso. Em princípio, a democracia é um regime político que se caracterizaria pela tolerância, em que é possível fazer com que a convivência com a diversidade seja uma realidade. Entretanto, e paradoxalmente, é nos regimes democráticos que a intolerância mostra seus problemas e se evidencia, principalmente em meio às sociedades complexas, multiculturais nas quais convivem teorias razoáveis abrangentes e contrárias entre si.

Associado ao seu contexto histórico, o termo tolerância primeiramente foi empregado nas querelas que diziam respeito aos

Debates religiosos que envolviam católicos e protestantes sobre a possibilidade de convivência de duas ou mais religiões dentro de um mesmo Estado. Assim, a tolerância era vista como possibilidade de aceitação das convicções dos outros. (MALISKA; WOLOCHN, 2013, p. 39).

Embora já existindo no pensamento de filósofos desde antes do século XVI, foi somente depois da Reforma¹¹⁷, nas lutas que opuseram as várias facções da cristandade, que “[...] o princípio de tolerância começou a aparecer como elemento

pluralismo de ideias e a participação democrática da sociedade, bem como a formação da livre vontade popular”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 81 - 82).

¹¹⁶ O verbete tolerância, dentre os diversos significados que apresenta, expressa o sentido de ato ou efeito de tolerar; indulgência ou condescendência. É também considerado como uma virtude que se encontra nas relações sociais como “tendência a admitir, nos outros, maneiras de pensar, de agir e de sentir diferentes ou mesmo diametralmente opostas às nossas”. Já no âmbito da teoria civil, tolerância é a permissão concedida por um governo para as práticas de cultos que não são os do Estado. (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 2710). A tolerância é definida como norma ou princípio de liberdade religiosa. Na acepção dada ao termo, considerou-se que a tolerância foi entendida como coexistência pacífica entre várias confissões religiosas, sendo hoje entendida, em sentido ainda mais geral, como coexistência pacífica de todas as possíveis atitudes religiosas. Neste sentido, o critério para identificação de realização da tolerância é a compreensão de que “[...] a sua realização significa que o cidadão não sofre violência, inquirição jurídica ou policial, diminuição ou perda de direitos ou qualquer tipo de discriminação em virtude de suas convicções, positivas ou negativas, em matéria religiosa”. (ABBAGNANO, 2000, p. 961).

¹¹⁷ Rawls (2011, p. 175) em *Liberalismo Político* afirma que “[...] enquanto doutrinas professadas pelos católicos e protestantes do século XVI forem restritas a pequenas minorias e assim permanecerem, elas não afetarão de forma significativa a qualidade moral da vida pública e as bases da concórdia social”.

indispensável da vida civilizada do Ocidente”. (ABBAGNANO, 2000, p. 961). De origem incerta e duvidosa, as diversas acepções dadas ao princípio de tolerância no contexto da Reforma e no que se seguiu,

Aduzem em seu favor argumentos políticos e religiosos, mais do que filosóficos ou conceituais; aliás, na maioria das vezes os argumentos são especificamente religiosos, tendo então valor apenas para quem compartilha as crenças religiosas a que fazem apelo. (ABBAGNANO, 2000, p. 961).

Sobre este panorama conceitual e histórico também se debruçou o filósofo Norberto Bobbio e para ele, a tolerância associada à liberdade conduzem ao reconhecimento de posições contrastantes, pois ela consiste na “[...] abstenção de hostilidades para quem professa ideias políticas, morais ou religiosas julgadas censuráveis”. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 1245).

Neste sentido, aceita-se a tolerância porque ela é considerada um mal menor diante da censura e dos custos da repressão excessiva quando não é possível reprimir os dissensos. A tolerância não constitui um direito, mas um espaço de concessão revogável, ela é um grau preparatório para a liberdade. Segundo Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998), a teoria política da tolerância encontra em Marcílio de Pádua (*Defensor pacis*, 1324) um de seus principais precursores. Sua tese principal defende a ideia de que “[...] a Sagrada Escritura convida a ensinar, a demonstrar e a convencer, não a obrigar e a punir, porque, sendo a consciência incoercível, a fé imposta através da coerção não traz nenhuma vantagem para a salvação espiritual”. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 1246; ABBAGNANO, 2000, p. 962). Esta tese foi posteriormente retomada, com mais vigor, por Spinoza em sua obra *Tractatus theologico-politicus*.

A tradição humanista do século XVI também contribuiu para o desenvolvimento da teoria da tolerância civil. Do mesmo modo se deu com o desenvolvimento do pensamento liberal. Destaca-se desta contribuição¹¹⁸ o pensamento de John Locke em sua obra *Carta sobre a Tolerância* de 1685 e publicada em 1689. Na obra, John Locke estabelece os respectivos deveres da Igreja, dos particulares, da magistratura eclesiástica e civil para com o princípio da

¹¹⁸ Remete-se o leitor à leitura do tópico: A contribuição dos liberais modernos: Locke, Voltaire e Stuart Mill.

tolerância¹¹⁹.

Foi no século XVIII com o triunfo do Iluminismo e do pensamento político liberal do século XIX que se chegou a reconhecer o princípio de tolerância em sua forma completa na expressão de John Locke. Mesmo reconhecendo a importância da literatura e da filosofia posteriores, dando-se destaque ao texto de Voltaire *Tratado sobre a Tolerância* (1763), pouco ou nada acrescentou-se às justificações ao princípio de tolerância apresentadas por Locke. A ideia central defendida por Voltaire¹²⁰ é a de que a “[...] intolerância religiosa não é justificada nem pela tradição judaica e clássica, nem pela doutrina do evangelho. E no século XIX foi um componente essencial do pensamento político liberal”. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 1247).

Mesmo fazendo parte da consciência civil dos povos do mundo todo, o princípio de tolerância tem sua realização entre os povos de maneira incompleta e sempre sujeita a novos perigos. Os debates a seu respeito muitas vezes são inspirados “[...] pelo desejo de manter ou restabelecer privilégios em favor de alguma confissão religiosa específica, procurando-se, na melhor das hipóteses, fazer concessões formais ao princípio de tolerância”. (ABBAGNANO, 2000, p. 962).

Na linguagem comum e também às vezes na filosofia, a tolerância é entendida abrangendo qualquer forma de liberdade, seja ela moral, política ou social. É seu sentido amplo e como tal, identifica-se com pluralismo de valores, de grupos e de interesses na sociedade contemporânea. Nicola Abbagnano (2000, p. 962) destaca que “[...] às vezes se discerne nesse pluralismo um meio para manter o controle dos grupos sociais existentes em toda a sociedade, portanto um obstáculo à realização de uma nova forma de sociedade”.

¹¹⁹ No texto de John Locke sobre a tolerância, destacam-se ainda as ideias de que aos ateus lhes é negado o direito à tolerância. Eles, por negarem a religião, não são confiáveis para cumprir o pacto de convivência social. Contudo, Locke aponta algumas outras ideias relativistas tais como toda Igreja ser ortodoxa para si mesma e herética para as demais, a clara afirmação da separação entre o Estado e a Igreja numa das melhores defesas do laicismo. (LOCKE, 2010, p. 46).

¹²⁰ Discorrendo sobre a concepção de tolerância para Voltaire, Popper assim se refere “[...] o fundamento de Voltaire para tolerância é que perdoemos uns aos outros nossas loucuras. Mas Voltaire, com razão, acha difícil tolerar uma loucura muito difundida, a da intolerância. De fato, a tolerância encontra aqui seus limites. Se concedemos à intolerância o direito de ser tolerada, destruímos a tolerância e o Estado de direito”. (POPPER, 2006, p. 245).

2.5.1 A contribuição dos liberais modernos: Locke, Voltaire e Stuart Mill

O filósofo, médico e político John Locke¹²¹ (1632-1704), foi contrário ao absolutismo e defensor das ideias liberais. Em 1689, publicou o livro *Carta sobre a Tolerância* contribuindo para o debate do século XVII sobre a liberdade de consciência e a tolerância religiosa. Em seu texto *Carta sobre a Tolerância*¹²², publicada em 1689, que contribuiu significativamente para o debate sobre o tema no século XVII e tendo como cenário o fim da Revolução Gloriosa e aprovação pelo parlamento inglês do *Bill of Rights*, John Locke apresenta variados tipos de justificações¹²³ para a tolerância.

A primeira destas justificações possui fundamento de caráter religioso. Segundo Locke (2010, p. 31), a função da verdadeira Igreja é promover o bem do outro. Ele considera “a tolerância a marca característica da verdadeira igreja” e o ofício da verdadeira religião é “regular a vida dos homens de acordo com as regras da virtude e da piedade”, ela de se fundamentar na caridade e no amor. Violência e cristianismo estão em polos contraditórios de uma relação, “[...] se os evangelhos¹²⁴

¹²¹ Sobre o pensamento do filósofo John Locke, “[...] em cujos fundamentos estão as liberdades individuais, as restrições ao poder coercitivo do Estado e a defesa da diversidade de opiniões”, destaca-se na sua obra *Carta sobre a Tolerância* a liberdade individual, especialmente na forma de liberdade de expressão e de culto, pois recebe tratamento de direito fundamental na demarcação entre os limites de atuação da Igreja e da sociedade civil. (MALISKA; WOLOCHN, 2013, p. 39).

¹²² John Locke (apud COMPARATO, 2006, p. 212), em sua *Carta sobre a Tolerância* (1685), sustentou que a “[...] religião não é matéria de ordem pública, sobre a qual os poderes políticos devem pronunciar-se e editar leis, mas sim de caráter privado”. Entretanto, o posicionamento de Locke quanto à defesa de que a religião é assunto da vida particular de cada e de sua família, não corresponde à ideia de que o Estado se desinteressasse por completo do tema. Ele não ignorava que as diferenças de convicções religiosas sempre estiveram sob pano de fundo de conflitos particulares, além de rebeliões contra autoridades públicas, bem como as repressões por parte destas. A tolerância preconizada por Locke, mais do que uma simples virtude moral, é um dever jurídico, que é de competência de governantes e particulares, uns perante os outros, pois é um dever correspondente a um direito natural de cada um que é expressar livremente suas convicções religiosas. Em matéria de liberdade (e tolerância) religiosa, o primeiro e principal princípio é separar a competência de cada autoridade: a estatal e a religiosa. Para Locke, a república (o Estado) é constituída para preservar e desenvolver os interesses civis do povo que substancialmente são a vida, a liberdade, a saúde, o lazer e a posse de coisas exteriores. Assim, é tarefa do magistrado civil assegurar, por meio da lei, a todo o povo em geral, e a cada súdito em particular, a justa posse de tais bens. (COMPARATO, 2006, p. 212).

¹²³ Segundo Cardoso (2003, p. 32), na obra *Carta sobre a Tolerância*, Locke articula duas teses principais em defesa da tolerância religiosa. Na primeira tese a liberdade de consciência religiosa é apresentada como questão de foro íntimo e destaca a necessidade de coerência entre a doutrina cristã e a tolerância. Na segunda tese de ordem mais política, Locke (2010) considera que o papel do Estado está restrito à defesa dos bens civis dos cidadãos não devendo tomar partido de nenhuma religião.

¹²⁴ “A tolerância com aqueles que diferem em assunto de religião é tão agradável ao evangelho de Jesus Cristo e à razão genuína da humanidade que parece monstruoso que certos homens sejam cegos a ponto de não perceber, numa luz tão clara, a necessidade e vantagem dela”. (LOCKE, 2010, p. 35).

e os apóstolos podem ser acreditados, nenhum homem pode ser cristão sem caridade e sem aquela fé que opera não pela força, mas pelo amor”. (LOCKE, 2010, p. 32). A crença e a fé resultam da escolha livre e pessoal, por isto, qualquer tentativa de usar a força para impor a verdade religiosa resulta em contradição com aquilo que se crê como princípio e aquilo que se pratica. Ao contrário do uso da força, Locke (2010, p. 32) considera que a tolerância condiz mais com os ensinamentos do evangelho cristão, que somente a cegueira de alguns impede o reconhecimento “numa luz clara, a necessidade e a vantagem dela”. A intolerância nasce da confusão entre a natureza e as funções da religião e do governo civil e prejudica tanto o bem público quanto a busca sincera da salvação individual. (CARDOSO, 2003, p. 32; HUISMAN, 2004, p. 611).

A tolerância de fundamentação religiosa está restrita à tolerância apenas entre os próprios cristãos e, deste modo, inaplicável nos casos que envolvem outras religiões. Por outro lado, o argumento de Locke (2010) em favor da tolerância não se restringe aos fundamentos religiosos. A tolerância é natural para a religião cristã, mas é preciso que exista uma separação entre os assuntos do governo civil e os da religião. De caráter político, o segundo argumento em razão da tolerância é o argumento da irracionalidade da perseguição e são dois os seus fundamentos: a necessidade da separação entre a Igreja e o Estado e o uso da coerção como inadequado para produzir a conversão sincera. (GONDIM, 2011, p. 31).

A separação entre sociedade civil (Estado) e religião é condição para superação da intolerância, assim Locke distingue entre a comunidade e a igreja separando-as a partir da função que cada uma deve desempenhar. Para ele, a comunidade civil¹²⁵ tem seu poder limitado aos assuntos civis e à sua promoção, enquanto a igreja tem a função reservada à salvação da alma. A igreja¹²⁶ é uma associação voluntária de homens que se juntam para adorar a Deus.

¹²⁵ A comunidade civil é “[...] uma sociedade de homens constituída somente para que obtenham, preservem e aumentem seus próprios interesses civis. [O Estado não tem como função o cuidado com a salvação das almas, pois], o cuidado das almas não está sob a responsabilidade do magistrado civil, assim como de nenhum outro homem, [este poder não é consentido nem por Deus, nem por nenhum outro homem, pois o cuidado com salvação da alma é tarefa exclusiva da própria pessoa. O poder do Magistrado Civil] consiste somente na força externa, e a verdadeira e salvadora religião consiste na persuasão interna da mente, sem o que nada poderá ser satisfatório para Deus”. (LOCKE, 2010, p. 36-37). Deste modo, Locke (2010, p. 39), circunscreve o poder do governo civil a relacionar-se “apenas com os interesses civis dos homens, está limitado aos cuidados com as coisas deste mundo e não tem nada a ver com o mundo que virá depois”.

¹²⁶ “A igreja é uma sociedade voluntária de homens que se juntam por acordo próprio, de modo a adorar Deus publicamente de uma maneira que eles julguem aceitável por Ele e efetiva em relação à salvação de suas almas”. (LOCKE, 2010, p. 39-40).

Assim entendida, Locke afirma a liberdade de crença, pois ninguém está por natureza obrigado a fazer parte de nenhuma igreja que não seja por uma convicção pessoal de fé¹²⁷. O poder da igreja consiste em elaborar regras de funcionamento interno por seus membros, e que tais regras não estão associadas à imposição da perseguição religiosa contra aqueles que não abraçaram a fé cristã. As leis internas da igreja devem orientar os seus membros para a adoração a Deus, para o cuidado da salvação da alma. Nenhuma autoridade civil tem o poder de legislar sobre os assuntos internos da igreja, principalmente com o uso da força.

Quanto ao dever de tolerância e o que ele requer de cada um, trata-se especificamente da tolerância religiosa, exercitada na relação Estado-Igreja ou na relação Indivíduo-Indivíduo. Locke (2010) esclarece utilizando-se de quatro argumentos. Inicialmente sustenta “[...] que nenhuma igreja é obrigada pelo dever da tolerância a manter em seu seio qualquer pessoa que, depois de continuada admoestação, ofenda obstinadamente as leis da sociedade” (LOCKE, 2010, p. 44), entretanto,

Deve-se ter cuidado para que a sentença de excomunhão, e sua execução posterior, seja realizada sem medidas duras, de palavras ou ações, de modo que a pessoa expulsa não seja absolutamente lesada em suas propriedades ou em seu próprio corpo. (LOCKE, 2010, p. 44).

No segundo argumento, Locke (2010, p. 46) afirma que ninguém tem o direito de prejudicar o outro em seus direitos e bens terrenos somente por ele possuir um credo diferente ou antagônico. A tolerância mútua entre pessoas privadas que são diferentes quanto à profissão de fé religiosa, também se aplica a igrejas particulares e nenhuma igreja tem jurisdição sobre outras¹²⁸.

O terceiro ponto em relação à tolerância diz respeito ao dever de tolerar aqueles que são “distintos do resto da humanidade, dos laicos”. John Locke não discute a origem da autoridade eclesiástica, entretanto, afirma que ela deve se

¹²⁷ “Nenhum membro de uma sociedade religiosa pode estar ligado por qualquer outro laço além daqueles que procedem da expectativa da vida eterna. Uma igreja, portanto, é uma sociedade de membros voluntariamente ligados para este fim”. (LOCKE, 2010, p. 40).

¹²⁸ Locke (2010, p. 46) entende que mesmo que uma igreja seja ortodoxa diante de uma outra considerada herética, aquela somente o seria para si mesma, pois “[...] toda igreja é ortodoxa para si mesma, e é herética ou em erro para as outras”. E mesmo que fosse possível saber qual das duas igrejas está no caminho correto, isto não concederia à igreja ortodoxa nenhum direito sobre as demais, “[...] pois as igrejas não têm nenhuma jurisdição sobre os assuntos mundanos, nem são o fogo e a espada instrumentos adequados para convencer a mente dos homens de seu erro ou informá-lo da verdade”. (LOCKE, 2010, p. 46).

limitar aos assuntos religiosos, pois aos assuntos civis aplicam-se as leis civis. A autoridade eclesiástica deve se resumir aos assuntos que dizem respeito à Igreja da qual ela obtém legitimidade. Os atos de autoridades religiosas que interferem nos assuntos civis não devem ser tolerados. A função das autoridades religiosas é negativa, no sentido de não intervenção, mas é também o dever de professar a tolerância para seus súditos. (GONDIM, 2011, p. 33).

Por fim, no quarto e último argumento, Locke (2010, p. 52) discorrerá sobre qual é o dever do magistrado em relação à tolerância. Como “o cuidado com a alma de um homem pertence a si mesmo e deve ser deixado a ele”, em caso de negligência deste ato, caberá a Deus o seu julgamento, não é tarefa nem do magistrado e muito menos da igreja tal julgamento. Locke (2010, p. 58) afirma que “[...] somente a fé e a sinceridade levam à aceitação junto de Deus, [pois], muitas coisas são duvidosas em religião, mas pelo menos isto afinal é certo: nenhuma religião que eu acredite não ser verdadeira pode ser verdadeira ou lucrativa para mim”. É a defesa da completa liberdade religiosa do indivíduo, pois ninguém melhor do que o próprio indivíduo para saber qual a crença que lhe é mais adequada em busca de seus fins, nem há qualquer pessoa mais interessada na salvação de sua alma senão ele próprio. Com isto não se nega ao magistrado civil qualquer tipo de poder. O que se faz é limitar a sua atuação ao âmbito daquilo que é “indiferente” e “[...] o bem comum é a regra e a medida de toda legislação. Se algo não é útil à comunidade, apesar de ser indiferente, não pode ser estabelecido pela lei”. (LOCKE, 2010, p. 60). Por isto mesmo, com relação aos cultos¹²⁹ deve haver tolerância desde que não tragam prejuízos ao bem comum.

A preocupação de Locke (2010) expressa a necessidade de ampla separação entre as esferas do poder civil e da religião por considerar que a intolerância do primeiro sobre a segunda é também uma ameaça à liberdade do indivíduo. Por isto mesmo, a tolerância neste sentido trata de defender uma espécie de liberdade religiosa¹³⁰ negativa que pretende estabelecer a não intervenção do Estado nos assuntos religiosos. E por fim, considera Locke (2010, p. 67) “Que o zelo

¹²⁹ Locke (2010) considera que anexar aos cultos sem autoridade divina coisas indiferentes que sejam no uso comum, é uma atitude abominável a Deus. Em relação aos cultos das igrejas, o magistrado civil não tem nenhum poder legítimo de interferir.

¹³⁰ A liberdade religiosa a marca fundamental da tolerância, pois, “[...] uma vez que se permita introduzir qualquer coisa na religião através de leis e punições, não haverá limites para as mudanças, pois da mesma maneira será legal alterar tudo de acordo com a regra da verdade que o magistrado montou para si mesmo. Nenhum homem, portanto, deve ser privado de seus prazeres terrenos por causa de sua religião”. (LOCKE, 2010, p. 66).

pela igreja, associado ao desejo de domínio, é capaz de produzir, e como tão facilmente a desculpa da religião e o cuidado com as almas servem de cobertura para o roubo e a ambição”.

Em síntese, sobre a autoridade civil e a autoridade eclesiástica, Locke (2010) entende que uma não tem competência para interferir na outra. Assim, não cabe ao magistrado civil determinar como a liberdade de culto será realizada pelos particulares juntos em assembleias eclesiásticas. Do mesmo modo, não cabe à autoridade eclesiástica legislar sobre assuntos civis. O limite de tolerância às reuniões religiosas consideradas sediciosas está em se verificar se suas práticas contrariam a paz pública. Tais condutas, devem ser punidas da mesma maneira que aquelas que não possuem o caráter religioso e não serem punidas de modo diferente do que se tivesse acontecido numa feira ou no mercado. As reuniões com fins pacíficos não podem ser perseguidas somente por serem de caráter religioso diferente daquela religião do magistrado civil. Ninguém deve ter seus direitos civis cassados por causa de religião e a diversidade religiosa e a liberdade de crença devem ser permitidas a todos. É, portanto, a avareza de determinados líderes religiosos e a ambição imoderada de determinados magistrados civis conjugadas entre si, que têm promovido a intolerância e o conflito. É a mistura entre a Igreja e a comunidade que tem possibilitado e promovido a intolerância e os conflitos¹³¹. Somente a separação entre Igreja e Estado pode promover uma ordem diferente para a tolerância.

Independente das críticas mais profundas que possam ser feitas à teoria da tolerância desenvolvida por John Locke na *Carta sobre a Tolerância* aqui destacam-se alguns aspectos. A teoria da tolerância de Locke (2010) está comprometida com a moralidade e a religiosidade cristã e isto representa o maior limite às capacidades de sua teoria. Não há interesse genuíno em defender a

¹³¹ Locke (2010, p. 87-89) considera que os conflitos religiosos em suas origens estão na intolerância e não na liberdade: “Não é a diversidade de opiniões, algo que não pode ser evitado, mas a recusa da tolerância com os que são de opinião diferente, o que deveria ser reconhecido, que tem produzido todas as batalhas e guerras que ocorrem no mundo cristão, sob o pretexto da religião. Os chefes e os líderes das igrejas, movidos pela avareza e pelo insaciável desejo de dominação, fazendo uso das ambições imoderadas dos magistrados e da crédula superstição da tola multidão, os têm incentivado e animado contra os que são diferentes deles, através da pregação, contrária às leis do Evangelho e aos preceitos da caridade, de que cismáticos e heréticos devem ser espoliados daquilo que possuem e destruídos”. Ainda com relação ao acordo entre igreja e Estado, o filósofo assim se pronuncia: “Se cada um deles tivesse se restringido aos seus próprios limites, um atendendo ao bem-estar mundano da comunidade e outra zelosa da salvação das almas, teria sido impossível que qualquer discórdia jamais tivesse ocorrido entre eles”. (LOCKE, 2010, p. 87-89).

diversidade moral nem produzir uma teoria da tolerância com fins substantivos capazes de prover as pessoas de uma justificativa do valor do pluralismo religioso. Não eram as vítimas da intolerância o centro de atenção de sua teoria, mas sim os perseguidores, de modo que pudessem atuar na obtenção de seus interesses. Por fim, mas não menos importante, não há na *Carta sobre a Tolerância*, algum argumento que caracterize a intolerância como moralmente errada. Ela aponta tão somente uma irracionalidade da perseguição, cujos fundamentos implícitos apresentam-se duvidosos. Entretanto, devido à sua importância histórica e a relevância de alguns de seus argumentos, a *Carta sobre a Tolerância* alcança uma reputação aceitável quanto a ser uma teoria de tolerância possível e utilizada no âmbito político mesmo nos dias atuais.

A segunda principal contribuição para a discussão sobre a tolerância no contexto do Iluminismo, se deu na França com o pensamento filosófico de François Marie Arounet (1694-1778), mais conhecido como Voltaire, viveu a experiência da intolerância religiosa que marcou a França nos séculos XVII e XVIII, quando protestantes foram perseguidos por católicos. Também viveu a experiência da influência do período do Iluminismo com suas ideias em favor da razão e da liberdade. Como um de seus principais representantes, Voltaire foi um dos veementes críticos do absolutismo e da intolerância¹³² religiosa do clero.

De suas diversas obras em favor da liberdade e da tolerância, ganhou destaque o *Tratado sobre a Tolerância*, publicado em 1763. O texto trata da liberdade e da tolerância por intermédio de uma tentativa de reabilitar a memória de Jean Calas, um protestante condenado injustamente à pena de morte, o que se deu três anos depois. O tratado tem início com a narrativa do drama da intolerância pelo qual passou a família Calas e que resultou no julgamento, condenação e morte do patriarca da família, o protestante Jean Calas. Seu filho, Marc-Antoine Calas, foi encontrado morto, com fortes sinais de suicídio, entretanto, mesmo assim Jean Calas foi acusado de assassiná-lo por motivos religiosos. A alegação foi a de que o rapaz pretendia converter-se ao catolicismo. A sentença da condenação, levou Jean Calas à morte, sendo queimado vivo em praça pública, mesmo alegando inocência e

¹³² Analisando os fundamentos da intolerância na perspectiva do pensamento de Voltaire, Reale e Antiseri (1990) consideram que, segundo o filósofo, a razão da tolerância recíproca está no reconhecimento da limitação do conhecimento humano e na sujeição ao erro, no entanto, as religiões estão armadas umas contra as outras e, no interior das religiões, as seitas são terríveis no combaterem-se reciprocamente. A igreja cristã quase sempre esteve estraçalhada por seitas. Para Voltaire, a intolerância se entrelaça com o fanatismo e a tirania.

pedindo perdão a Deus para seus inimigos.

Voltaire nos capítulos iniciais do livro procura demonstrar que a tolerância é mais civilizada do que a intolerância. Inicialmente apresenta o contexto em que se deu a injustiça do drama da família Calas e chama a atenção para o perigo do comportamento sectário e intolerante. Reconhece que no nome da religião cristã, especialmente o catolicismo romano, produziu-se um crime, levando-o a problematizar se a religião deve ser “caridosa ou bárbara”. (VOLTAIRE, 2008, p. 21). Destaca os custos desde quando os cristãos “começaram a disputar por dogmas: correu sangue nos cadafalsos”, especialmente por meio das guerras no contexto da Reforma Protestante, a qual faz referência novamente no capítulo XVI. Destaca fatos e contextos que reforçam sua posição otimista de como o “[...] progresso iluminista abrandou o fanatismo em diversos países da Europa, inclusive na França”. (CARDOSO, 2003, p. 42). Reforça a importância do pensamento racional no esclarecimento dos malefícios da intolerância e afirma que esta só provoca guerras e mortes. Para Voltaire (2008, p. 36), o combate à intolerância se dá da melhor forma pelo uso da razão¹³³, “[...] que esclarece aos homens lentamente, mas de maneira infalível”. Já no capítulo VI, o filósofo problematizará se a intolerância pode ser de direito natural e de direito humano, ao que responde que

O direito natural da intolerância é, portanto, absurdo e bárbaro, é o direito dos tigres, sendo bem mais horrível também, porque os tigres dilaceram suas presas para comer, enquanto nós nos exterminamos por causa de alguns parágrafos. (VOLTAIRE, 2008, p. 39).

Voltaire contrasta a tolerância de alguns povos antigos com a intolerância da igreja na Idade Média, reforçando a ideia de que “[...] a igreja Católica Romana arvorou-se o direito de intolerância, considerando-se a única religião fundada por Deus”. (CARDOSO, 2003, p. 43). Entretanto, a intolerância católica acontece mais como resultado de interpretações dos textos bíblicos, do que com fundamento nas orientações deles. As consequências da intolerância são o comportamento fanático que leva à morte e à guerra.

Voltaire (2008, p. 86) indaga se os judeus tinham intolerância como direito e se eles a colocaram em prática, também se a intolerância foi pregada por Jesus

¹³³ Para Voltaire (2008, p. 30) “[...] a filosofia, unicamente a filosofia, irmã da religião, desarmou as mãos que a superstição havia ensanguentado por tanto tempo; e o espírito humano, ao despertar de sua embriaguez, assombrou-se ante os excessos a que o havia lançado o fanatismo”.

Cristo para questionar se “[...] é a tolerância ou intolerância que provém do direito do direito divino? [Sua resposta] se quereis vos assemelhar a Jesus Cristo, sede mártires, e não carrascos”. A conclusão a que chega Voltaire, é a de que a intolerância resulta de um distanciamento entre a prática e a teoria religiosas, pois, em teoria, para a religião cristã não há intolerância, o mesmo não se pode dizer da prática da igreja. Já no capítulo XVIII, Voltaire deixa a entender que a intolerância somente faz parte do direito humano nos casos de intolerância, ou seja, no combate àqueles que são intolerantes. É usar a intolerância para com os intolerantes. Segundo Cardoso (2003, p. 44), “Voltaire defende que a intolerância é um direito do governo apenas contra os fanáticos, cuja atitude é considerada crime por perturbar a sociedade”.

A partir do capítulo XX, Voltaire (2008, p. 109) apresenta reflexões a favor da tolerância, acusando as superstições religiosas de serem a causa da intolerância. Aponta como função da religião: promover a felicidade por meio da indulgência. Discorre sobre a importância para os cristãos desenvolverem a tolerância mútua e a necessidade de que os homens considerem a todos os outros como irmãos. Como não é possível ter na teologia a mesma concordância que “[...] existe nas ciências, é preciso, portanto, desenvolver a virtude da tolerância em matéria de religião”. (CARDOSO, 2003, p. 44).

A tolerância religiosa defendida por Voltaire, alia-se à defesa da liberdade de pensar típica dos iluministas. Contrário aos pensamentos estúpidos, supersticiosos, dos preconceitos e da crueldade, o texto escrito por Voltaire sobre a tolerância, acusa a igreja de patrocinar a ignorância e, com ela, a intolerância. É no cristianismo católico que ele situa a origem da intolerância pelo fato de a igreja católica considerar-se a única religião verdadeira.

Enquanto a argumentação de John Locke em defesa da tolerância segue a via teológica e política, a argumentação de Voltaire fica mais restrita à via teológica. Para ele, as raízes da intolerância estariam no cristianismo católico, e ele procura demonstrar isto por meio de vários exemplos históricos apresentados em seu texto. A linha ideológica do pensamento de Voltaire quanto intolerância, parte de uma perspectiva metafísica da igualdade humana na sua condição natural. Deste modo, a tolerância deve ser exercida como identificação mútua da condição humana e não como respeito às diferenças culturais, perspectiva adotada por John Locke. Em síntese, no contexto do século XVIII no Iluminismo europeu, “[...] a tolerância foi

tanto justificada como um valor da ‘ética da diversidade’, quanto como um valor da ‘ética da identidade’”. (CARDOSO, 2003, p. 47).

As tradições históricas ligadas ao liberalismo burguês, ao constitucionalismo que legitimou o Estado de direito, constituiu a liberdade de expressão nos moldes da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Nela encontra-se a defesa da liberdade de consciência e da tolerância religiosa:

X – Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, contanto que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela Lei.

XI - A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei. (FRANÇA, 1789, s/p).

No século XIX a Europa encontrava-se com duas posturas fundamentais com relação à liberdade de expressão e a tolerância. De um lado, a tradição Católica Romana com uma ortodoxia religiosa, do outro a tradição protestante com uma maior flexibilidade advinda da aceitação parcial do racionalismo liberal, proporcionando maior liberdade e tolerância. Na Inglaterra, em especial, a tolerância “[...] deixou de ser um problema especificamente da esfera religiosa e passou a ser tratado do ponto de vista políticos”. (CARDOSO, 2003, p. 48). Além de John Locke (e de Voltaire na França), outro expoente pensador que contribuiu para o amadurecimento das reflexões sobre a tolerância, foi o filósofo John Stuart Mill (1806-1873).

Com o pensamento filosófico de Stuart Mill, a questão da liberdade é tratada fundamentalmente sob a condição política de liberdade civil e não como mera expressão do livre-arbítrio da vontade, ressalva que ele faz logo na introdução do seu livro *Sobre a Liberdade*, publicado em 1859¹³⁴. Para Simões (2008, p. 17) o objetivo da obra de Mill é propor um princípio que seja capaz de regular as relações entre os indivíduos e a sociedade e que busca analisar os efeitos nocivos da interferência que o Estado e a sociedade exercem na esfera da ação individual. Ele considerava que faltavam critérios capazes de delimitar até onde pode ir a

¹³⁴ A obra tem como ponto central “a relação conflitante entre a liberdade do indivíduo e a autoridade social”, por isto mesmo, “não é da liberdade de querer, mas da liberdade civil, de estabelecer os limites entre a legítima interferência do governo e a independência individual” do que ela trata. (CARDOSO, 2003, p. 49).

interferência do Estado na vida particular dos indivíduos. Por isto considerava que “[...] a interferência do governo é com frequência quase igual, inadequadamente invocada e inadequadamente condenada”. (MILL, 2011, p. 29). E, neste sentido, afirmava que o objetivo de seu ensaio “[...] é asseverar um princípio¹³⁵ muito simples, que se destina a reger em absoluto a interação da sociedade com o indivíduo no que diz respeito à coação e controlo”. (MILL, 2011, p. 29).¹³⁶

A legitimidade deste princípio de intervenção, se aplica às pessoas de faculdade madura, em se tratando de crianças ou bárbaros, o despotismo bem-intencionado é justificável. (MILL, 2011, p. 30; CARDOSO, 2003, p. 49). O princípio do dano tem caráter utilitarista e estabelece que a esfera adequada da liberdade humana é “[...] na parte da sua conduta que apenas diz respeito a si, a sua independência é, por direito, absoluta. Sobre si, sobre seu próprio corpo e a sua própria mente, o indivíduo é soberano”. (MILL, 2011, p. 29). A liberdade se estende aos domínios da liberdade de consciência¹³⁷ (pensamento e expressão)¹³⁸, a liberdade de autodeterminação (gostos e preferências) e a liberdade de associação entre indivíduos. (CARDOSO, 2003, p. 50). Entretanto, o filósofo radicaliza a questão da liberdade de opinião quando estabelece que

Se todos os seres humanos, menos um, tivessem uma opinião, e apenas uma pessoa tivesse a opinião contrária, o restante dos seres humanos teriam tanta justificação para silenciar essa pessoa como essa pessoa teria justificação para silenciar os restantes seres humanos, se tivesse poder para tal. (MILL, 2011, p. 35-36).

¹³⁵ Este princípio da liberdade, denominado por Mill (2011, p. 29) como princípio do dano, estabelece que “[...] o único fim para o qual as pessoas têm justificação, individual ou coletivamente, para interferir na liberdade de ação de outro, é a autoproteção. É o princípio de que o único fim em função do qual o poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de prevenir danos aos outros”.

¹³⁶ Segundo Brito (2010, p. 21), o princípio da liberdade tal como está “[...] formulado, é um princípio de restrição da liberdade, já que Mill trata da liberdade civil ou social e a ‘natureza e limites do poder que pode ser legitimamente exercido pela sociedade sobre o indivíduo’. O princípio mesmo se divide em dois aspectos, um em relação à humanidade como um todo, e o segundo em relação a uma sociedade já organizada”.

¹³⁷ Segundo Mill (2011, p. 31-32), a esfera apropriada da liberdade humana “abrange, em primeiro lugar, o domínio do interior da consciência; requerendo liberdade de consciência, no sentido mais lato; liberdade de pensamento e sentimento; total liberdade de opinião e sentimento em todos os assuntos, práticos ou teóricos, científicos, morais ou teológicos”.

¹³⁸ Com relação à liberdade de expressão Stuart Mill “[...] reconhece a existência de uma legislação vigente a favor da liberdade de imprensa e até supõe que o governo, ao contrário dos tempos da tirania, age em sintonia com a vontade da maioria no que se refere ao controle de certas opiniões”. (CARDOSO, 2003, p. 50).

Isto é assim porque não é possível ter a certeza absoluta de que qualquer opinião seja verdadeira ou falsa. Além do mais, como ser de conhecimento¹³⁹, o homem tem a característica, no mundo do pensamento, de ser plural e de aprender com os próprios erros. Deste modo, silenciar¹⁴⁰ uma opinião é impossibilitar a busca da verdade e do aperfeiçoamento da própria capacidade de conhecer, mesmo que a verdade não seja alcançada.

A tolerância em matéria de pensamento, possibilita a crítica das opiniões e de sua conduta para poder, a partir delas, reconhecer eventualmente os erros e as falácias de pensamento. A intolerância está na postura dogmática, na ousadia, no que Mill (2011, p. 42) denominou de princípio de infalibilidade¹⁴¹, “[...] de decidir essa questão pelos outros, sem que lhes seja permitido ouvir o que se diz em favor do lado contrário”. Como o ser humano não é infalível, admitir verdades absolutas é contrariar uma qualidade intelectual e moral do espírito humano que é a capacidade de corrigir os próprios erros, por meio da experiência e da discussão para interpretar a própria experiência. A adoção das opiniões produzida pela autoridade e não pela capacidade argumentativa é contrária à formação de um espírito aberto. Além do mais, por mais que sejam admitidas por uma maioria dominante, as opiniões são uma visão unilateral da verdade. Por isto, é importante que possam ser questionadas para que se possa contribuir com uma maior aproximação da verdade e com uma pluralidade de ideias.

A liberdade de pensamento e de expressão é, portanto, condição fundamental de todo o bem-estar¹⁴² humano. Ela pressupõe duas condições: ser realizada nos limites da discussão leal e de forma moderada, isto é, pressupõe a boa-fé dos interlocutores e a tolerância do sentimento. (CARDOSO, 2003, p. 51). No

¹³⁹ “A proteção à liberdade é primordial, seja no campo social ou no campo do conhecimento: só a manutenção da liberdade garante o aumento do conhecimento”. (BRITO, 2010, p. 23). Entretanto, esse aumento de conhecimento e de certezas, depende inicialmente da liberdade de defender pontos de vistas divergentes.

¹⁴⁰ Caso a opinião censurada seja verdadeira, “[...] priva-se da oportunidade de trocar erro por verdade; se estiver errada, perdem uma impressão mais clara e viva da verdade, produzida pela confrontação com o erro – o que constitui um benefício quase igualmente grande”. (MILL, 2011, p. 35).

¹⁴¹ “Impedir que uma opinião seja ouvida porque têm a certeza de que é falsa é estar a partir do princípio de a sua certeza é a mesma coisa que certeza absoluta. Todo silenciar de uma discussão constitui uma pressuposição de infalibilidade”. (MILL, 2011, p. 36).

¹⁴² Brito (2010, p. 24) afirma que, do modo como está colocado em *Sobre a liberdade*, a liberdade não é vista como um fim em si mesmo, mas como um meio, pois seu objetivo, “[...] a sua razão de ser, a sua utilidade, é o aumento do bem-estar da humanidade. A liberdade constitui-se na única e infalível fonte do aprimoramento da humanidade”. Para Mill, o progresso só corre pela obra de uma elite intelectual, pois as massas são conformistas ou revoltosas de modo anárquico. A elite carrega consigo o espírito da liberdade.

capítulo III intitulado *Sobre a individualidade como um dos elementos do bem-estar*, o filósofo analisa as condições da liberdade dos homens em agir segundo as suas opiniões. Aponta que esta liberdade pode sofrer limitações em razão das consequências mais graves do agir humano, entretanto, os princípios de referência são os mesmos¹⁴³: o princípio do dano, a falibilidade e a perfectibilidade humanas.

A individualidade é essencial para o bem-estar e se forma pela herança recebida das tradições e dos costumes, mas fundamentalmente pela própria capacidade de usar e interpretar de maneira própria a experiência vivida. É necessário, portanto, promover o equilíbrio entre a tradição e a experiência pessoal. A tradição deve ser seguida não por ser tradição, mas por fazer sentido ao indivíduo na medida em que é capaz de refletir e aplicar sua utilidade para si¹⁴⁴. De modo semelhante se deve dar atenção aos desejos e impulsos, aspectos também fundamentais da individualidade humana, que se tornam bons ou maus de acordo com o governo da própria consciência individual. Não há razão para anulação dos desejos, o que é preciso é dar-lhes uma orientação consciente e racional da vontade autônoma. Assim, é importante promover o desenvolvimento da individualidade¹⁴⁵, pois ele pode proporcionar um ganho social. Havendo mais plenitude de vida nas partes, haverá mais plenitude de vida no todo. Também o indivíduo tem ganho no equivalente desenvolvimento de sua natureza social, possibilitado pela restrição imposta à sua parte egoísta. (MILL, 2011, p. 78). Deste modo, rejeita-se qualquer forma de despotismo, pois este impede o progresso da sociedade. (CARDOSO, 2003, p. 53).

¹⁴³ Segundo Mill (2011, p. 71-72) “[...] a liberdade do indivíduo tem de ter essa limitação; não pode prejudicar as outras pessoas. [...] Que a humanidade não é infalível; que as suas verdades, na maior parte dos casos, são apenas meias verdades; que a uniformidade de opinião a não ser que resulte da mais plena e livre comparação de opiniões opostas, não é desejável, e que a diversidade não é um mal, mas sim um bem, são princípios aplicáveis tanto às condutas das pessoas como às suas opiniões, até a humanidade ter mais capacidade para reconhecer todos os lados da verdade do hoje em dia”. Mill não defende que a liberdade de ação seja tão livre quanto a liberdade de opinião, pois ações produzem consequências que estão sujeitas ao controle e repressão governamentais. Entretanto, a liberdade de opiniões também não é irrestrita, pois a fala pode provocar más consequências que não protegidas pelo princípio da liberdade de expressão, e os atos podem ser imputados a que proferiu a opinião, podendo a sociedade punir o indivíduo. (BRITO, 2010, p. 26-27).

¹⁴⁴ “A natureza humana não é uma máquina para ser construída segundo um modelo, e para se pôr a fazer o trabalho que lhe é estabelecido, mas sim uma árvore que precisa crescer e se desenvolver em todos os aspectos, de acordo com a tendência das forças internas que fazem dela um ser vivo”. (MILL, 2011, p. 74-75).

¹⁴⁵ Segundo Mill (2011, p. 78) “[...] quanto mais cada pessoa desenvolve a sua individualidade, tanto mais se torna valiosa para si própria, e pode por isso ser mais valiosa para os outros”.

John Stuart Mill (2011) denuncia a mediocridade da opinião pública por sufocar as potencialidades individuais e reclama tolerância para as excentricidades. Também defende maior liberdade para o que não é do costume, pois a história tem demonstrado que as nações progressistas têm sido também fundadas na diversidade. No capítulo IV, Mill (2011, p. 89) examina o limite correto para a soberania do indivíduo sobre si mesmo e onde começa a autoridade da sociedade. O critério do limite da tolerância, afirma ele, é o prejuízo ao outro e cada um cumprir aquilo que, de modo equitativo, lhe compete. Para Mill (2011, p. 89),

[...] a sociedade está no seu direito ao impor estas condições, a todo custo, a quem tentar não cumprir [e diz mais] Assim que qualquer parte da conduta de uma pessoa afeta prejudicialmente os interesses de outros, a sociedade tem a jurisdição sobre ela, e fica aberta à discussão a questão de saber se a interferência promove ou não bem-estar geral.

No capítulo final de seu ensaio, a tarefa de Mill (2011) é refletir sobre o significado e os limites dos preceitos de sua doutrina de liberdade. Na esfera pessoal, o indivíduo não pode sofrer interferência da sociedade em ações que dizem respeito somente a eles. Na esfera social, o indivíduo é passível de punição social e legal quando suas ações forem prejudiciais aos interesses dos outros. (CARDOSO, 2003, p. 54). Embora seja tênue a linha que separa a esfera privada da esfera social, Mill defenderá seus princípios liberais rejeitando as soluções paternalistas do poder público, típico das sociedades governadas pelo despotismo.

Ao concluir seu ensaio traçando o perfil do governo para o pensamento liberal, Mill (2011, p. 127) reconhece a importância e a necessidade do governo, porém alerta que

O problema começa quando, em vez de suscitar a atividade e os poderes dos indivíduos e dos órgãos, substitui a atividade deles pela sua; quando, em vez de informar, aconselhar e, ocasionalmente, denunciar, os faz trabalhar sob restrições, ou pede-lhes que se afastem e faz seu trabalho por eles. O valor de um Estado, a longo prazo, é o valor dos indivíduos que o compõem [...].

A concepção de liberdade e tolerância para Mill (2011), ultrapassa a questão religiosa como em Locke e Voltaire, ele a ampliou para toda a conduta social e tentou fundamentar a liberdade civil¹⁴⁶ equacionando os limites entre a

¹⁴⁶ O argumento em defesa da liberdade civil pode ser sintetizado em três tópicos principais: a) os indivíduos são mais capazes de conduzir seus negócios de caráter privado do que os governos,

autonomia individual e o controle social. A tolerância em seus termos, foi abordada em torno da diversidade humana, tanto no quesito da verdade e das opiniões, quanto das ações e dos comportamentos. Os critérios utilizados por Mill para demarcação da liberdade são o dano ao outro, a falibilidade e a perfectibilidade humanas.

O intolerante apega-se à verdade absoluta e à tradição pela tradição, enquanto o tolerante de espírito mais largo, procura ampliar sua visão da realidade no tempo e no espaço. Entretanto, a defesa da liberdade de expressão e da tolerância não significa, necessariamente, um relativismo que inviabilizaria a própria ética da convivência social. O fundamento da verdade e da conduta social encontra-se na própria dinâmica social. A intolerância não está na certeza, mas na negação da possibilidade de sua refutação. Em Mill (2011), a liberdade se fundamenta na valorização da individualidade como um dos elementos do bem-estar do ser humano. No entanto, o limite da tolerância está no fato de uma conduta ser nociva ao bem-estar do outro. (CARDOSO, 2003, p. 56).

2.5.2 As razões da tolerância

Há muitos sentidos que podem ser atribuídos ao termo tolerância. Do ponto de vista teórico, é impossível abranger a todos eles. Entretanto, é possível fazer um recorte para delimitação conceitual do tema. Em seu ensaio “*Da Tolerância*” Michael Walzer (1999, p. xi) parte do entendimento de que “[...] tolerar e ser tolerado tem algo do governar e ser governado de Aristóteles: é a tarefa dos cidadãos democráticos”. Como afirma, não é uma tarefa fácil e nem insignificante, pois a tolerância é muitas das vezes “[...] subestimada, como se fosse o mínimo que podemos fazer por nossos semelhantes, o menor de seus mínimos direitos”. (WALZER, 1999, p. xi) Como atitude, a tolerância assume muitas formas diferentes e como prática, pode receber diferentes formas de organização. O problema então é saber o que sustenta a tolerância e como ela funciona. Segundo ele a tolerância sustenta a própria vida e as vidas comuns, as diferentes comunidades em que as pessoas vivem. Assim, “[...] a tolerância torna a diferença possível; a diferença torna

justamente por terem interesse e estarem envolvidos neles; b) é desejável que os indivíduos realizem tarefas sociais que seriam dos governos, tanto como exercício de cidadania, quanto como desenvolvimento pessoal e, c) o aumento das funções do governo gera um desnecessário aumento do poder. (CARDOSO, 2003, p. 54-55).

a tolerância necessária”. (WALZER, 1999, p. xii)¹⁴⁷. A análise de Walzer (1999, p. 5) sobre a tolerância tem como pressuposto básico a ideia de que a coexistência pacífica é uma coisa boa, que é possibilitada pela tolerância e “[...] pode assumir formas políticas muito diferentes, com diferentes implicações para a vida moral cotidiana”¹⁴⁸.

Já para Bobbio (2004), as razões da tolerância são os motivos pelos quais é salutar defender um regime de tolerância. Segundo ele o conceito que historicamente tem predominado é o de tolerância associado “[...] ao problema da convivência de crenças (primeiro religiosas, depois também políticas) diversas”. (BOBBIO, 2004, p. 186). Entretanto, atualmente este conceito de tolerância “[...] é generalizado para o problema da convivência das minorias étnicas, linguísticas, raciais, para os que são chamados geralmente de ‘diferentes’, como por exemplo, os homossexuais, os loucos ou os deficientes”. (BOBBIO, 2004, p. 186)¹⁴⁹.

¹⁴⁷ A defesa da tolerância não é precisamente a defesa da diferença, ao menos não de todas as diferenças. Isto significa que cada regime de tolerância “deve ser até certo ponto singular e unificado, capaz de garantir a lealdade de seus membros”, pois a “coexistência requer um arranjo politicamente estável e moralmente legítimo”, mesmo que não seja possível encontrar um único arranjo. (WALZER, 1999, p. XII-XIII).

¹⁴⁸ Em relação aos sentidos da tolerância, o que existe é “uma descrição histórica e contextualizada da tolerância e da coexistência, que examina as diferentes formas que estas assumiram na realidade e as normas do dia-a-dia próprias de cada uma delas”. Neste paradigma de interpretação, tem-se que há vários sentidos para o termo tolerância e que esses sentidos não possuem um grau hierárquico entre si. Assim, não podem ser classificados como melhores ou piores, mas apenas distintos entre si. Os regimes de tolerância são classificados partindo-se da definição de tolerância como um estado de espírito, e relacionando-a com variadas formas históricas de organização política. Na concepção de tolerância como estado de espírito, é possível apontar cinco possibilidades: 1. A tolerância religiosa, que remonta ao século XVI e XVII, quando se substituiu as guerras de religião por um espírito de paz; 2. A tolerância como indiferença, que corresponde à atitude passiva e desinteressada de acreditar que há “espaço para tudo no mundo”; 3. A tolerância como estoicismo moral identificando a ideia de que todos os seres humanos são sujeitos de direitos, mesmo os exercendo antipaticamente; 4. A tolerância como curiosidade ou respeito, traduzindo-se em um misto desses dois sentimentos e se concretizando através da disposição ética de ouvir e aprender com o diferente; 5. A tolerância como endosso entusiástico da diferença, podendo ser um endosso estético se se reconhece a diferença cultural ou o endosso funcional se a diferença for vista “como uma condição necessária para a prosperidade humana, aquela que possibilita a cada homem e mulher as escolhas que dão significado a sua autonomia”. Definindo-se a tolerância em sua relação histórica com as diversas formas de governo, existem cinco modelos históricos de sociedades tolerantes: 1. As sociedades dos antigos impérios multinacionais (Pérsia, Egito e Roma) nas quais se exercia a tolerância com a permissão aos povos conquistados de viverem de acordo com suas tradições e costumes privados; 2. A da sociedade internacional; na qual a tolerância é exercida sob um princípio formal de soberania; 3. A das consorciações, são os casos dos Estados em que convivem várias nações em um mesmo território tolerando-se reciprocamente para a manutenção do sistema; 4. A tolerância dos Estados-nações em que ela é um princípio de moralidade privada, garantido pelo direito individual da liberdade e autonomia; e 5. A tolerância das sociedades imigrantes, compostas por povos diversos inseridos dentro de Estado-nações, e exercitam a tolerância semelhante a este. (WALZER, 1999).

¹⁴⁹ Segundo Bobbio (2011, p. 149) a ideia de tolerância nasceu e se desenvolveu no terreno das controvérsias religiosas e, pouco a pouco, passou para o terreno das ideologias. Assim, “o reconhecimento da liberdade religiosas eu origem aos Estados não confessionais; o

São problemas distintos que demandam razões distintas como justificativas. Quanto à tolerância de crenças e opiniões diversas, as razões referem-se ao que se entende sobre a verdade e a compatibilidade teórica ou prática de verdades contrapostas. Com relação aos “diferentes” tem-se como problema a questão do preconceito e da discriminação. Assim,

São diferentes as razões das duas formas de tolerância. A primeira deriva da convicção de possuir a verdade; a segunda deriva de um preconceito, entendido como uma opinião ou conjunto de opiniões que são acolhidas de modo acrítico passivo pela tradição, pelo costume ou por uma autoridade cujos ditames são aceitos sem discussão. (BOBBIO, 2004, p. 186-187).

A tolerância no sentido de convivência de crenças diversas “[...] é o problema relativo exclusivamente à possibilidade de convivência de confissões religiosas diversas, problema nascido na época em que ocorre a ruptura do universo religioso cristão”. (BOBBIO, 2002, p. 187). Assim, o tolerante acusa o intolerante de fanatismo, o intolerante se defende acusando-o de ceticismo ou de indiferença¹⁵⁰. Deste modo, há boas e más razões para justificar a tolerância e a antítese tolerância-intolerância é colocada numa perspectiva essencialmente prática.

A primeira das razões apresentadas por Bobbio (2004, p. 189), de caráter prático ou de prudência política, é a que considera “a tolerância como mal menor, ou como mal necessário”. Nesta concepção,

A tolerância não implica a renúncia à própria convicção firme, mas implica pura e simplesmente a opinião [...] de que a verdade tem tudo a ganhar quando suporta o erro alheio, já que a perseguição, como a experiência histórica o demonstrou com frequência, em vez de esmagá-lo, reforça-o. (BOBBIO, 2004, p. 189).

Segundo Bobbio (2004, p. 189), esta razão estabelece que “[...] o tolerante por razões práticas dá muita importância ao triunfo de uma verdade, a sua” e que, através da tolerância, o combate ao erro ou o impedimento de que ele

reconhecimento da liberdade política, aos Estados democráticos”. De modo semelhante afirma Clodoaldo Cardoso (2003, p. 22): “[...] a tolerância é uma questão ética central na história moderna. Em seu sentido primeiro refere-se à liberdade religiosa plantada pela Reforma, porém a tolerância religiosa faz parte de um processo histórico mais amplo: o desenvolvimento gradual da liberdade humana”.

¹⁵⁰ A interpretação da tolerância como expressão de indiferença, dá a ela um sentido negativo, como atitude de descrença ou de ceticismo. Somente foi possível dar à tolerância um sentido positivo, quando a liberdade de fé passou a ser reconhecida “como a melhor condição para fazer que, mediante a persuasão e não a imposição, triunfe a verdade em que se crê”. (BOBBIO, 2011, p. 151).

provoque danos é melhor alcançado do que mediante a intolerância. Essencialmente prática, essa razão é multifacetada podendo assumir diversos aspectos de acordo com o contexto das correlações de forças entre a verdade do sujeito e as outras verdades. Sendo o sujeito mais forte,

[...] aceitar o erro alheio pode ser um ato de astúcia, [pois], o erro poderia propagar-se mais na perseguição do que numa benévola, indulgente e permissiva tolerância. [Sendo mais fraco], suportar o erro alheio é um estado de necessidade [e, havendo igualdade], entra em jogo o princípio da reciprocidade [e] a tolerância, nesse caso, é o efeito da troca de um *modus vivendi*, de um *do ut des*, sob a égide do 'se tu me toleras, eu te tolero'. (BOBBIO, 2004, p. 189).

Deste modo considerada, a tolerância diz mais respeito a um cálculo utilitarista do que com a verdade.

Da razão da prudência política, Bobbio (2004, p. 189) passa a analisar a tolerância a partir de um método mais universal de convivência civil no qual “[...] a tolerância pode significar a escolha do método de persuasão em vez do método da coerção ou da força”. Enquanto tal, não se suporta passivamente o erro, tem-se

[...] uma atitude ativa de confiança na razão ou razoabilidade do outro, uma concepção do homem como capaz de seguir não só os próprios interesses, mas também de considerar seu próprio interesse à luz dos outros, bem como a recusa consciente da violência como único meio para obter o triunfo das próprias ideias. (BOBBIO, 2004, p. 190).

Considerar a tolerância para além de uma aceitação do erro por razões práticas, mas como método de persuasão da verdade, permitiu a sua defesa como o respeito pela consciência alheia, ou seja, como o direito à liberdade de consciência, princípio reconhecido pelo direito nacional e internacional.

A terceira razão aduzida por Bobbio (2004, p. 191) em favor da tolerância, é de caráter moral e se refere ao respeito à pessoa alheia. Neste caso, “[...] a tolerância não se baseia na renúncia à própria verdade, ou na indiferença a qualquer forma de verdade”. (BOBBIO, 2004, p. 191). A crença na própria verdade¹⁵¹ se mantém, mas se institui uma obediência ao princípio moral do respeito à pessoa alheia. Aparentemente é um conflito entre a razão teórica e a razão prática, mas

¹⁵¹ A verdade deve ser alcançada por convicção íntima e não por imposição. Assim, “[...] a tolerância não é apenas um mal menor, não é apenas a adoção de um método de convivência preferível a outro, mas é a única resposta possível à imperiosa afirmação de que a liberdade interior é um bem demasiadamente elevado para que não seja reconhecido, ou melhor, exigido”. (BOBBIO, 2004, p. 192).

trata-se de um conflito entre dois princípios morais: “[...] a moral da coerência, que me induzi a pôr minha verdade acima de tudo, a moral do respeito ou da benevolência em face do outro”. (BOBBIO, 2004, p. 191).

O princípio da persuasão é ligado à democracia e “[...] o reconhecimento do direito de todo homem a crer de acordo com sua consciência é estreitamente ligado à afirmação dos direitos de liberdade” (BOBBIO, 2004, p. 191) (liberdade religiosa e liberdade de opinião) que servem de fundamento ao Estado liberal. Há uma interdependência entre o Estado liberal e o Estado democrático, sendo este um prolongamento daquele. Considerada deste modo, a tolerância “[...] não é desejada porque socialmente útil ou politicamente eficaz, mas sim por ser um dever ético” (BOBBIO, 2004, p. 191) e o tolerante não é cético e muito menos indiferente, pois, além de crer em sua verdade, inspira a própria ação em um dever absoluto (respeitar a liberdade do outro).

Além dessas teorias da tolerância do ponto de vista da razão prática, Bobbio (2004, p. 192) enumera outras teorias sob o ponto de vista teórico, “[...] ou do ponto de vista da própria natureza da verdade. [Em seus termos], são as doutrinas segundo as quais a verdade só pode ser alcançada através do confronto, ou mesmo da síntese de verdades parciais”. O fundamento de tais teorias é o de que a verdade não é uma apenas, mas possui muitas faces e, neste multiverso, “[...] a tolerância não é apenas um método de convivência, não é apenas um dever moral, mas uma necessidade inerente à própria natureza da verdade”. BOBBIO, 2004, p. 192). São três as concepções que representam essas doutrinas: o sincretismo, o ecletismo e o historicismo relativista¹⁵².

Não apenas a tolerância pode ter boas razões, mas também a intolerância. É possível atribuir ao termo tolerância (do mesmo modo com o termo intolerância) dois significados: um positivo e outro negativo. Ao sentido positivo do termo tolerância, se opõe o sentido negativo do termo intolerância, e vice-versa, a tolerância no sentido negativo, tem como contraponto a intolerância no sentido positivo¹⁵³. A defesa que se faz da tolerância é em seu sentido positivo, do mesmo

¹⁵² É representante do sincretismo o humanismo cristão e as “tentativas de conjugar cristianismo e marxismo”. O ecletismo é revivido hoje nas “propostas de ‘terceira via’ entre socialismo e liberalismo, entre mundo ocidental e mundo oriental, entre capitalismo e coletivismo”. Por fim, o historicismo relativista é marcado pelo “politeísmo de valores” em que se entende que cada um por escolher os seus. (BOBBIO, 2004, p. 192).

¹⁵³ Em seu sentido positivo, a intolerância é “[...] sinônimo de severidade, rigor, firmeza, qualidades todas que se incluem no âmbito das virtudes; tolerância em sentido negativo, ao contrário, é

modo que se questiona a intolerância em seu sentido negativo.

Bobbio (2004, p. 194) explica que a tolerância não é absoluta nem mesmo em seu sentido positivo, ela é pura abstração. Assim, “a tolerância histórica, real, concreta, é sempre relativa”. Entretanto, isto não quer significar que “a diferença entre a tolerância e intolerância esteja destinada a desaparecer”. Para ele, entre os extremos da tolerância e da intolerância, há um contínuo, uma zona cinzenta nem sempre de fácil demarcação. Deste modo, qual o limite que se pode atribuir à tolerância, se é que se pode fazê-lo?

Se a fixação dos limites desse contínuo não é tarefa fácil, Bobbio (2004, p. 194) recusa a proposta elaborada por Herbert Marcuse em seu ensaio sobre a tolerância repressiva e que, basicamente consiste, em “[...] tolerar apenas as ideias progressistas e rechaçar as reacionárias”, isto é, tolerar as ideias denominadas por ele como boas (as progressistas) e não tolerar as ideias denominadas como más (as conservadoras). O ponto central de sua argumentação reside na dificuldade de atribuir autoridade a quem fará a distinção entre as boas e as más ideias. Rejeitando o critério de Marcuse, Bobbio (2004, p. 194) defende que “A tolerância só é tal se forem toleradas também as más ideias. Contrapor uma tolerância repressiva, que é recusada, a uma tolerância emancipadora, que é exaltada, quer dizer passar de uma forma de intolerância para outra”.

Então, a questão não é de se limitar ou não a tolerância, mas reconhecer que “[...] a tolerância é sempre tolerância em face de alguma coisa e exclusão de outra coisa” (BOBBIO, 2004, p. 195), pois nenhuma forma de tolerância é tão abrangente ao ponto de compreender todas as ideias possíveis. Assim,

O núcleo da ideia de tolerância é o reconhecimento do igual direito de conviver, que é reconhecido a doutrinas opostas, bem como o reconhecimento, por parte de quem se considera depositário da verdade, do direito ao erro, pelo menos do direito ao erro de boa-fé. A exigência da tolerância nasce no momento em que se toma consciência da irreducibilidade das opiniões e da necessidade de encontrar um *modus vivendi* (uma regra puramente formal, uma regra do jogo), que permita que todas as opiniões se expressem. Ou a tolerância, ou a perseguição: *tertium non datur*. (BOBBIO, 2004, p. 195).

sinônimo de indulgência culposa, de condescendência com o mal, com o erro, por falta de princípios, por amor da vida tranquila ou por cegueira diante dos valores”. (BOBBIO, 2004, p. 193). Quanto à tolerância em seu sentido positivo ela “[...] se opõe a intolerância (religiosa, política, racial), ou seja, à indevida exclusão do diferente. Tolerância em sentido negativo, se opõe a firmeza nos princípios, ou seja, à justa ou devida exclusão de tudo o que pode causar dano o indivíduo ou à sociedade”. (BOBBIO, 2004, p. 193).

Para Bobbio (2004, p. 196; 2011, p. 153), o único critério razoável para limitação da tolerância é o que deriva da própria tolerância e pode ser formulado da seguinte maneira: “[...] a tolerância deve ser estendida a todos, salvo àqueles que negam o princípio de tolerância, ou, mais brevemente, todos devem ser tolerados, salvo os intolerantes”. Se do ponto de vista da abstração é um critério que aparece de modo claro, na prática ele não é de fácil realização, pois “[...] há várias gradações de intolerância e são vários os âmbitos onde a intolerância pode manifestar-se”. (BOBBIO, 2004, p. 196). Também é um critério que não pode ser aceito sem reservas, pois,

Quem crê na bondade da tolerância o faz não apenas porque constata a irreduzibilidade das crenças e opiniões – com a consequente necessidade de não empobrecer, mediante proibições, a variedade de manifestações do pensamento humano –, mas também porque crê na sua fecundidade, e considera que o único modo de fazer com que o intolerante aceite a tolerância não é a perseguição, mas o reconhecimento de seu direito de expressar-se. (BOBBIO, 2004, p. 196).

Responder ao intolerante com a intolerância, é formalmente aceitável, pode ser juridicamente lícito, mas é certamente algo eticamente pobre e talvez também politicamente inoportuno, pois, mesmo que o intolerante não consiga compreender o valor ético do respeito às ideias alheias, é certo que, quando perseguido e excluído, jamais se tornará um liberal. (BOBBIO, 2004; 2011). Deste modo,

Pode valer a pena pôr em risco a liberdade fazendo com que ela beneficie também o seu inimigo, se a única alternativa possível for restringi-la até o ponto de fazê-la sufocar, ou, pelo menos, de não lhe permitir dar todos os seus frutos. É melhor uma liberdade sempre em perigo, mas expansiva, do que uma liberdade protegida, mas incapaz de se desenvolver. Somente uma liberdade em perigo é capaz de se renovar. Uma liberdade incapaz de se renovar transforma-se, mais cedo ou mais tarde, numa nova escravidão. (BOBBIO, 2004, p. 197).

Por conclusão, Bobbio (2004, p. 197) afirma que a escolha entre as duas atitudes “[...] não é facilmente defensável com argumentos racionais, [visto que] há situações que podem favorecer ora uma das opções, ora outra” e que, portanto, a escolha entre elas “[...] permite distinguir entre uma concepção restritiva de tolerância, que é própria do liberalismo conservador, e uma concepção extensiva, que é própria do liberalismo radical ou progressista, ou que outro nome se lhe queira dar”. (BOBBIO, 2004, p. 197).

2.5.3 As raízes modernas da intolerância: em busca da tolerância

Modernidade é a qualidade ou estado do que é moderno, que por sua vez diz respeito ao que é relativo ou próprio à época histórica atual. Pode ainda significar, do ponto de vista histórico, o período relativo que se inicia no fim da Idade Média, por volta do século XV, até mais ou menos, o contexto da Revolução Francesa e do Iluminismo no século XVIII. (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 1942). Para Marcondes (2001, p. 139) o conceito de modernidade está relacionado àquilo que rompe com a tradição, diz respeito ao “nós”, porque refere-se ao presente e quase sempre está associado ao sentido positivo de mudança, transformação e progresso.

A identidade do período moderno e o próprio conceito de modernidade estão caracterizados por duas noções fundamentais: a ideia de progresso e a valorização do indivíduo ou da subjetividade. A ideia de progresso sugere que o novo é melhor do que o mais antigo, enquanto a ideia de subjetividade aponta para o homem como lugar da certeza e da verdade e da origem dos valores. (MARCONDES, 2001, p. 140). O pensamento filosófico da modernidade pode ser caracterizado a partir de três fatores históricos principais: o humanismo renascentista do século XV, a Reforma Protestante do século XVI e a Revolução Científica do século XVIII.

Foi a busca pela emancipação do ser humano o grande traço característico do desenvolvimento do pensamento moderno. Esta conquista seria possível mediante o desenvolvimento de uma racionalidade crítica capaz de promover o “esclarecimento” retirando o homem de sua ignorância, de seus obscurantismos, do preconceito e da intolerância. A liberdade seria alcançada mediante a autonomia universal e racional de todos os homens. Destacam-se mais dois aspectos históricos pontuais: as raízes da intolerância religiosa no período medieval e da luta pela tolerância na modernidade¹⁵⁴. (CARDOSO, 2003, p. 22).

Além dos fatores históricos apontados, foram muitas as contribuições teóricas para a criação e desenvolvimento desta concepção de liberdade e autonomia humanas. Destacam-se entre os diferentes pensadores, o filósofo John Locke com a sua obra “Carta sobre a Tolerância” (século XVII); o escritor Voltaire

¹⁵⁴ A tolerância é uma questão ética central na história moderna. Em seu sentido primeiro refere-se à liberdade religiosa plantada pela Reforma, porém a tolerância religiosa faz parte de um processo histórico mais amplo: o desenvolvimento gradual da liberdade humana. (CARDOSO, 2003, p. 22).

com seu “Tratado sobre a Tolerância” (século XVIII) e o inglês John Stuart Mill e seu livro “Sobre a Liberdade” (século XIX)¹⁵⁵.

Fundamentando-se na análise do historiador Henry Kamen, Cardoso (2003, p. 22) esclarece a necessidade de se desfazer algumas ideias em torno da tolerância. Inicialmente, destaca que, no processo civilizatório ocidental, a tolerância não teve uma evolução progressiva linear, ela sofreu avanços e retrocessos por períodos prolongados. Contraria-se também a tese de que a liberdade religiosa é uma realização exclusivamente moderna¹⁵⁶. Outra ideia é a de que os protagonistas da tolerância, como Locke, foram vozes representantes de interesses de grupos sociais e de forças políticas. Deste modo, o conceito de tolerância foi sendo construído histórica e culturalmente. O problema moderno da tolerância apareceu na Europa cristã pós-Reforma em “[...] uma época marcada por revoluções, rebeliões, posições críticas e atitudes novas e mais liberais ante a religião”. (CARDOSO, 2003, p. 23). São duas as causas principais: o avanço econômico que põe fim ao feudalismo e o crescimento da secularização do pensamento na literatura, na arte e na política.

Entender a modernidade como uma época de tolerância e de maior liberdade, é contrapô-la à Idade Média como sendo uma época de opressão e de intolerância cristã. Questiona-se então, como foi possível uma religião fundada em princípios como a caridade e o perdão tornar-se intolerante? “A doutrina cristã e intolerância são incompatíveis”. Esta perplexidade John Locke (2010) expressa em seu texto “Carta sobre a Tolerância”.

Locke (2010) em seu texto *Cartas sobre a Intolerância* esclarece que diversas passagens bíblicas demonstram que intolerância e Cristianismo são incompatíveis. Além do mais, a defesa da caridade¹⁵⁷ cristã como um princípio,

¹⁵⁵ Conferir tópico anterior intitulado “A contribuição dos liberais modernos: Locke, Voltaire e Stuart Mill”.

¹⁵⁶ O autor faz referências às ideias apresentadas por Voltaire em seu Tratado sobre a Tolerância, que considerava que a intolerância teve início com a Igreja Católica Apostólica Romana. Para conferir, remonte-se ao tópico “A contribuição dos liberais modernos: Locke, Voltaire e Stuart Mill”.

¹⁵⁷ O termo caridade (*φιλανθρωπία*) é a virtude cristã fundamental porque consiste na realização do preceito do “amor ao próximo como a si mesmo”. O apóstolo São Paulo insistiu na superioridade da caridade em relação à fé e a esperança. Ela é o vínculo que mantém unidos os membros da comunidade cristã e faz dessa comunidade o próprio “corpo de Cristo”. A filosofia cristã viu na caridade o elo de ligação entre o homem e Deus, para Tomás de Aquino ela era a amizade com Deus. Comumente se utiliza a caridade como sinônimo de beneficência indicando a atitude de quem quer o bem do outro e se comporta generosamente com para com ele, entretanto, o termo correto sinaliza para a ideia de amor ou compreensão. (ABBAGNANO, 2003, p. 118).

demonstra que ele ultrapassa a noção de *philia*¹⁵⁸ entre os gregos e implica também a defesa da liberdade, tanto externa quanto interna. No âmbito da liberdade externa dos cristãos, tem-se que ela está “[...] fundada no fato de que a religião cristã nasceu com propósitos distintos da ação política. O cristianismo primitivo justificou o direito de a igreja primitiva reivindicar a não interferência do governo romano em suas questões religiosas”. (CARDOSO, 2003, p. 23-24).

O problema então é tentar entender como a doutrina cristã, que tem a tolerância como princípio, tornou-se intolerante na Idade Média. Para Cardoso (2003, p. 24), após a religião cristã ter sido legalizada no século IV por Constantino, ela passa a conviver com as realidades políticas e vai se tornando uma força conservadora na medida em que se esforça para manter-se e expandir-se. Deste modo, a mensagem de liberdade e igualdade se afastava do mundo terreno e se colocava como graça recebida no reino dos céus, por meio da salvação das almas. A resignação com os males terrenos abriu o caminho para a aliança entre Igreja e poder secular na Idade Média, o que se tornou a base da intolerância religiosa. Atrelada à política, a intolerância foi ganhando força e, no final do século IV, a Igreja já admitia punir os cristãos heterodoxos, além de apoiar as perseguições do governo secular contra outras crenças. A justificativa ideológica para a intolerância, passou a ser construída no início do século V quando algumas parábolas bíblicas, passaram a ser interpretadas de acordo com a ideologia da Igreja nesse momento¹⁵⁹.

¹⁵⁸ O termo grego *philia* (Φιλία) traduz a noção de amizade associada à ideia de comunidade de duas ou mais pessoas ligadas por atitudes concordantes e por afetos positivos. A amizade se distingue do amor e benevolência, embora com elas tenha afinidade. Distingue-se do amor (Αγάπη) porque este é semelhante a uma afeição, enquanto a amizade é um hábito. O amor pode ser dirigido a pessoas ou coisas inanimadas, a amizade provém de um hábito. O amor é acompanhado por excitação, por desejo que são estranhos à amizade. E diferente da amizade, o amor é provocado pelo prazer causado pela vista da beleza. A amizade difere de benevolência porque esta pode dirigir-se a estranhos e permanecer oculta, o que não ocorre com a amizade. A amizade é uma espécie de concórdia, mesmo que não repouse na identidade de opiniões, e entre cidades chama-se concórdia política ou amizade civil. A fortaleza da amizade está na igualdade entre os amigos, quanto mais iguais, mais forte a amizade. É possível falar na amizade entre pai e filho, entre jovem e velho e entre homem e mulher, a mais natural de todas e nela se funde a utilidade e o prazer. O fundamento da amizade pode ser a utilidade recíproca, o prazer ou o bem, que possibilita a amizade mais estável. Segundo Aristóteles, a amizade apoia-se nos seguintes pontos: é uma comunidade ou participação solidária de várias pessoas em atitudes, valores ou bens determinados; está ligada ao amor, tem formas semelhantes, mas não se identifica com o amor e, por fim, aproxima-se mais da benevolência e, por isso, vincula-se aos afetos positivos, que implicam solicitude, cuidado, piedade, etc. É mais ampla do que o amor, pois este envolve afeição, enquanto a amizade é um hábito. Com o predomínio do cristianismo o conceito de amizade na literatura filosófica entra em declínio cedendo espaço para o conceito de amor, do amor ao próximo. (ABBAGNANO, 2003, p. 38).

¹⁵⁹ Cardoso (2003, p. 25) refere-se a Santo Agostinho (354-430), que mesmo sendo contrário à tortura e à pena de morte, ao admitir a revelação cristã como a única verdadeira, acabou por

Se no século V, as esferas do poder secular e religioso ainda eram distintas, com a enorme expansão do cristianismo, “[...] a Igreja tornou-se, no século VIII, a única guardiã da civilização europeia. Instalou-se em definitivo a teocracia: uma sociedade sacra em que toda autoridade, por ser divina, era legitimada pela Igreja”. (CARDOSO, 2003, p. 25). A partir de então, política e religião passaram a se misturar. A política sendo exercida pela tradição feudal da guerra e a religião marcando a ordem determinada pelo divino. Neste sentido, a unidade entre política e religião, trouxe para o seio das relações a verdade que se impõe pela sacralidade e pela força. Assim, a heresia era considerada uma falta grave, equivalente no plano religioso à quebra de um juramento de fidelidade do vassalo para com o seu senhor. Já “na Baixa Idade Média, acirrou-se a intolerância da Igreja. As Cruzadas e a Santa Inquisição¹⁶⁰ foram as formas extremas desse sentimento”. (CARDOSO, 2003, p. 25-26).

A busca pela conquista da tolerância religiosa e da liberdade de pensamento típicas da modernidade tem no “espírito liberal burguês” suas raízes e desde já na Baixa Idade Média. O pensamento liberal possui duas características fundamentais inter-relacionadas entre si: a atividade econômica da burguesia¹⁶¹ e o ideário dos humanistas¹⁶². A atividade econômica da burguesia na modernidade¹⁶³

justificar a perseguição da Igreja contra os ímpios. Sendo esta realizada com amor, era justa, enquanto a perseguição dos ímpios contra os cristãos era injusta e cruel.

¹⁶⁰ As Cruzadas, a partir do século X, tinham justificativas religiosas e políticas: “Por trás dos motivos religiosos, as Cruzadas contra os muçulmanos, tanto no Oriente quanto na Península Ibérica, estavam claramente os interesses expansionistas da Igreja”. (CARDOSO, 2003, p. 26). Quanto à Inquisição, ela significou a institucionalização das formas de repressão. Desde o século XI, em diversos códigos civis de regiões do continente europeu, foram introduzidas leis específicas contra os heréticos prevendo, além de prisão e confisco de bens, a pena de morte na fogueira, segundo o costume medieval. Lei civil e lei canônica reforçaram-se mutuamente. No século XIII, a Igreja acabou por criar uma instituição para identificação e perseguição dos heréticos, o Tribunal do Santo Ofício. Assim foram legalizados a intolerância, a violência e o terror. (CARDOSO, 2003, p. 26).

¹⁶¹ Max Weber (1864-1920), logo no início de sua obra *A Ética protestante e o espírito do capitalismo*, afirma “[...] o caráter predominantemente protestante dos proprietários do capital e empresários, assim como das camadas superiores da mão-de-obra qualificada, notadamente do pessoal de mais alta qualificação técnica ou comercial das empresas modernas”. (WEBER, 2004, p. 29). Max Weber reconhece uma maior presença dos protestantes como proprietários do capital e ocupando os melhores postos de trabalho e considera que o capitalismo moderno deve a sua força propulsora à ética calvinista, tanto pela lógica da predestinação que via no sucesso mundano um sinal da salvação, e a prática da conduta ascética desconfiando dos bens materiais reinvestindo o capital em mais produção. (REALE; ANTISERI, 2006a, p. 62).

¹⁶² O Renascimento é caracterizado como um período de ruptura com a tradição escolástica medieval, entretanto, ainda não se confunde com a filosofia moderna. O traço mais característico deste período, talvez seja o humanismo. De raízes na tradição do pensamento filosófico clássico grego, principalmente na recuperação da sofística de Protágoras, quanto na filosofia de Sócrates, Platão e Aristóteles, o humanismo valoriza a condição humana como ponto de partida para a compreensão do próprio homem, da natureza e da própria sociedade. Na revalorização do homem, o humanismo renascentista atualiza o sentido do tema da “dignidade humana” com a valorização da

tinha como característica básica a liberdade. Visando o lucro, a atividade comercial da burguesia desenvolveu-se a partir da ideia de liberdade de comércio e, deste modo, provocou abalos na estrutura do sistema social da Idade Média, o feudalismo¹⁶⁴. Além do mais, a burguesia a fim de consolidar e ampliar o comércio apoiou os interesses da monarquia na formação dos Estados Nacionais e, deste modo,

Uma vez consolidados seus objetivos mercantis, ela passou a ver o poder absoluto dos monarcas modernos como obstáculo à expansão da política liberal. Desencadearam-se assim as chamadas revoluções burguesas que trouxeram em sua bagagem ideológica a defesa da tolerância religiosa e da liberdade de pensamento. (CARDOSO, 2003, p. 27).

De não menos importância foi a contribuição do pensamento renascentista para este aspecto ideológico do pensamento liberal. Já no século XV, a reformulação dos currículos das universidades passou a considerar os valores da Antiguidade, assim, a cultura cristã passou a ser impregnada de ideias que exaltavam o indivíduo, a capacidade de ação do homem, a liberdade de atuação e participação políticas. Se por um lado a convergência dos ideais humanistas com os propósitos da burguesia foram nítidos, tem-se por outro lado que tais ideias entravam em choque com o pensamento religioso tradicional.

Confrontada e ameaçada em seu poder, a Igreja optou pela repressão e pela intolerância. Muitos pensadores e intelectuais humanistas foram perseguidos e até condenados à morte pela Santa Inquisição. Entretanto, diante dos acontecimentos promovidos pelo desenvolvimento do comércio burguês e do fortalecimento de sua ideologia humanista, a própria Igreja passou por um

liberdade individual como condição de autonomia inerente à própria natureza racional do ser humano. O homem neste humanismo moderno é o centro da criação, portador de uma dignidade natural e, enquanto tal, “é um microcosmo, que reproduz em si a harmonia do cosmo”. Sem romper em definitivo com a tradição escolástica o humanismo renascentista “representa o surgimento de uma nova alternativa de pensamento, um novo estilo e uma nova temática”. Ponto de convergência comum nas teorias políticas dos pensadores humanistas, é “[...] a rejeição à tradição escolástica, do saber adquirido, da autoridade imposta pelos costumes e pela hierarquia, em favor de uma recuperação do que há de virtuoso espontâneo na natureza humana individual”. (MARCONDES, 2001, p. 142-145).

¹⁶³ A modernidade em seu início, foi marcada por “[...] uma trama de acordos e rompimentos econômicos e políticos que visavam atingir os interesses de cada uma das grandes forças sociais existentes: a nobreza feudal, a Igreja Católica, a monarquia moderna, as igrejas reformistas e a burguesia comercial”. (CARDOSO, 2003, p. 29).

¹⁶⁴ A liberdade no mercado influenciou um estilo de vida marcado pelo individualismo, ambição, transitoriedade, risco e aventura. Tais características da classe burguesa eram bem opostas às virtudes pregadas pela Igreja com apoio da nobreza feudal. (CARDOSO, 2003, p. 27).

movimento de mudança marcado por esta ideologia. Assim,

Especificamente no campo da fé, o humanismo expressou-se pela interiorização e individualização da experiência religiosa. O primeiro aspecto referia-se à valorização da autenticidade e simplicidade da fé cristã, contrapondo-se à opulência do clero, ao formalismo vazio dos cultos, à exploração das imagens e relíquias. Já a individualização dizia respeito à liberdade de cada cristão em ler e interpretar racionalmente as Sagradas Escrituras sem a tutela da interpretação oficial da Igreja. (CARDOSO, 2003, p. 28).

O movimento de renovação religiosa foi um dos objetivos da Reforma Protestante¹⁶⁵ desfechada por Martinho Lutero no século XVI. Satisfazendo também os interesses da burguesia, pois não considerava as atividades ligadas ao comércio como pecaminosas, tal como o fazia a doutrina católica tradicional, esta nova doutrina recebeu adesão de grande parte da burguesia.

É neste contexto histórico que surgiram uma série de revoluções¹⁶⁶

¹⁶⁵ Sobre a Reforma Protestante do século XVI, Marcondes (2001, p. 147-148) a considera como o segundo traço característico da Modernidade, e talvez o mais importante para a demarcação das discussões modernas em torno da liberdade, da tolerância e, conseqüentemente, da dignidade humana. Pode-se atribuir o marco inicial da Reforma à conduta de Martinho Lutero (1483-1546) em pregar suas noventa e cinco teses nas portas da Igreja de Todos os Santos de Wittenberg contra os teólogos do cristianismo católico e o Papa Leão X. Combatendo a escolástica e também o racionalismo, a Reforma luterana contribuirá para o “projeto da Modernidade” com dois aspectos fundamentais: a recusa da autoridade institucional da Igreja (Papado), não mais merecedora de crédito, e a valorização da consciência individual, como dotada de autonomia e autenticidade e capaz de, adequadamente, ler e interpretar a palavra Sagrada que se encontra nos textos bíblicos agora traduzidos por ele para a linguagem comum. Do ponto de vista político, a Reforma iniciada por Lutero difundiu-se pela Europa refletindo os anseios de autonomia política, liberdade de pensamento, como sinônimo de liberdade religiosa, espalhando insatisfação com a Igreja Católica e as doutrinas tradicionais. A ética protestante, principalmente a atrelada às doutrinas calvinistas, contribuirá com o desenvolvimento econômico europeu nos moldes da moderna acumulação primitiva de capital, ao valorizar a concepção de que os protestantes seriam os predestinados de Deus e assim, via no trabalho um sinal de tal predestinação, também com a valorização da liberdade individual para a livre iniciativa e a austeridade moral. Este foi basicamente o campo de condições para o desenvolvimento da classe burguesa, já detentora de um relativo poder econômico comercial e desejosa de mudanças na estrutura política legitimada sob os auspícios da razão e não mais da vontade de Deus.

¹⁶⁶ Além das revoluções de caráter político, não se pode olvidar do papel da Revolução Científica do século XVII. De todas as contribuições técnicas e científicas deste período, destaca-se o desenvolvimento do método científico sob as bases da observação, experimentação e verificação das hipóteses suplantando a tradição de caráter metafísico-religioso. A Revolução Científica do século XVII foi possível graças a duas transformações fundamentais no campo do saber: na cosmologia a demonstração do modelo heliocêntrico para o universo, de um universo infinito e a concepção do movimento terrestre a partir deste modelo, e, na ciência enquanto produção de saberes, na valorização do método experimental. Em síntese, é possível afirmar que o humanismo renascentista havia colocado o homem no centro de suas preocupações éticas, estéticas, políticas. A Reforma Protestante valorizava o individualismo e o espírito crítico, bem como a discussão de questões éticas e religiosas. A Revolução Científica pode ser considerada uma grande realização do espírito crítico humano, com sua formação de hipóteses ousadas e inovadoras e com sua base de alternativas para a explicação científica; porém, ao tirar a Terra do centro do universo e ao trazer para o primeiro plano a ciência da natureza, se afasta dos temas centrais do humanismo e da

políticas, econômicas e culturais, promovidas pela burguesia a partir do século XVII que darão ao espírito liberal uma marca característica de busca e defesa da tolerância religiosa e da liberdade de pensamento. Na Inglaterra, por exemplo, a revolução burguesa terá como movimento inicial, a denominada Revolução Puritana de 1640. Envolvendo disputas religiosas entre protestantes e católicos, este movimento acirrou a intolerância de ambas as partes. Entretanto, o parlamento inglês se colocará como defensor de ideias como a liberdade de consciência como um direito natural e tinha compromisso com a luta pela tolerância religiosa universal. (CARDOSO, 2003, p. 29).

De modo lento e incompleto, durante a revolução puritana, a tolerância teve seus avanços com a adesão de cada vez adeptos e de sua expansão, juntamente com a ideia de liberdade civil, para outros campos da cultura como a literatura e a filosofia. A culminância deste movimento revolucionário inglês, se deu com a Revolução Gloriosa que derrotou o absolutismo em 1688 e promoveu a ascensão ao trono inglês Guilherme de Orange, dando início ao regime da monarquia parlamentar. (CARDOSO, 2003, p. 30).

Fora da Inglaterra, pensadores como Baruch de Espinosa (1632 – 1677) contribuíram com a consolidação da ideologia liberal burguesa na medida em que defendiam que a finalidade do Estado está na liberdade dos indivíduos, pois o homem, na sua condição de racionalidade, não pode renunciar a seu direito natural de pensar e julgar livremente. Tem-se que a busca da liberdade civil inclui necessariamente a liberdade religiosa.

2.6 O discurso do ódio: contextualização e conceitualização

O discurso do ódio “trata-se de um discurso agressivo e incitador ao ódio para com determinados grupos étnicos, sociais, históricos, culturais e religiosos”, pois ele “[...] consiste na manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosas em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 97).

Reforma, sofrendo em muitos casos a condenação tanto de protestantes quanto de católicos. Arelado a todos estes eventos na Modernidade há uma redescoberta do ceticismo antigo como parte do movimento de retorno dos clássicos. Assim, o ceticismo produziu “[...] crises profundas, rupturas e conflito” o que proporcionou o desenvolvimento do espírito crítico e investigativo, pois “suscita a problemática cética do conflito das teorias e da ausência de critério conclusivo para decisão sobre a validade de suas teorias”. (MARCONDES, 2001, p. 151-157).

Para Brugger (2009, p. 118),

O discurso do ódio refere-se ‘a palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas’¹⁶⁷.

O discurso do ódio¹⁶⁸ é incompatível com o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, pois tende a diminuir a autoestima das pessoas ou grupos a quem ele se dirige. Apela para sentimentos e pode provocar ações, entretanto, enquanto palavras, encontra-se no mundo das ideias¹⁶⁹ e, nesta condição, encontram guarida em algumas Constituições enquanto direito à liberdade de expressão, mesmo que em outros sistemas jurídicos ele seja condenado, como no caso do sistema francês e do alemão¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Segundo a visão normativa europeia, especialmente com a Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais (Conselho da Europa/1995), o discurso do ódio refere-se “[...] à incitação pública ao ódio em face de um grupo ou indivíduo por conta de elementos como raça, cor, pele, ascendência, religião ou origem, o eu pode ser realizado por meio textual, imagético ou similar. Considera-se ainda discurso do ódio a banalização ou negação pública dos crimes de genocídio, contra a humanidade e crimes de guerra definidos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e Estatuto do Tribunal Militar Internacional, quando essas atitudes configurem incitação à violência ou ódio, nos termos da Decisão-Quadro comentada”. (PINHEIRO; MÁRON, 2017, p. 03).

¹⁶⁸ Silveira (2007, p. 78) afirma que “[...] o discurso do ódio se caracteriza por qualquer expressão que desvalorize, menospreze, desqualifique e inferiorize os indivíduos. Trata-se de uma situação de desrespeito social, uma vez que reduz o ser humano à condição de objeto. Não basta uma mera discordância a respeito dos estilos de vida, ou discriminação com relação ao sexo, raça, nacionalidade, opção sexual ou condição social de outrem. O simples fato de manifestar implicância para com negros, homossexuais, judeus, mulheres, índios e pobres não basta para que a ação se subsuma ao *Hate Speech*. A atitude de marginalização insufla o ‘desrespeito pelo diferente’ (discriminação), o que resulta no discurso do ódio”.

¹⁶⁹ Pode ser considerado uma apologia abstrata ao ódio pois representa o desprezo a determinado grupo de pessoas que possuem determinadas características, crenças, qualidade ou mesma condição social. Pode ser realizado por meio de atitudes revisionistas. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 98).

¹⁷⁰ No ordenamento jurídico alemão é a dignidade da pessoa humana, e não a liberdade de expressão, o valor máximo da ordem jurídica. Deste modo, as restrições que lhe são impostas recebem o aval da Constituição. Na Alemanha a liberdade de expressão desempenha um duplo papel. Subjetivamente, trata-se de direito essencial para a autorrealização do indivíduo em sociedade e, objetivamente, é um elemento constitutivo da ordem democrática. Além do mais, o direito germânico não concebe a liberdade de expressão “como um simples direito negativo em face do poder público”, mas também como um direito positivo ao qual o Estado deve promovê-lo e garanti-lo por meio de suas políticas públicas. Além do mais, “[...] o entendimento da Corte Constitucional é no sentido de que a liberdade de expressão como valor objetivo da ordem constitucional alemã, também se irradia para as relações entre particulares, não se circunscrevendo à esfera das relações públicas entre cidadão e Estado”. (SARMENTO, 2009, p. 57-63). O debate sobre o *hate speech* no Estado Alemão amplifica-se, ainda, por meio do conceito de “Democracia militante” (*streitbare Demokratie*) que “envolve a noção de que o Estado deve defender a democracia de seus ‘inimigos’, que não aceitam as regras do jogo democrático e pretendem subvertê-las”. Deste modo, estipulam-se políticas públicas que proíbem manifestações contra o Estado Democrático, inclusive com penas de privações dos direitos fundamentais. Embora o modelo alemão não aceite o *hate speech*, isto não quer dizer que descuide “da proteção da liberdade de

O discurso do ódio não é de fácil tratamento pelos sistemas jurídicos, pois não é de fácil identificação. A incitação ao ódio nem sempre é explícita, por isto mesmo,

[...] o grande desafio que se apresenta para o Estado e para a própria sociedade é permitir a liberdade de expressão sem que isso possa gerar um estado de intolerância, ou acarrete prejuízos irreparáveis para a dignidade da pessoa humana e também para a igualdade. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 99).

Uma consequência direta da liberdade é a tolerância e esta precisa ser garantida, daí a limitação ao discurso do ódio ser de vultu complexidade. As razões diversas em defesa da liberdade e, conseqüentemente, da cautela em restringir o discurso do ódio, passam pelo entendimento de que não há uma verdade absoluta ou incontestável que possa justificar tal limitação.

Característica marcante do discurso do ódio, é que ele afeta a dignidade do indivíduo na sua condição de pertencer a um determinado grupo¹⁷¹, ou seja, é na identidade social do indivíduo, na condição de fazer parte de determinado grupo que a dignidade da pessoa é afeta. Deixando de pertencer ao grupo, o indivíduo deixaria de ser ofendido, mas, infelizmente, perderia a sua identidade.

A proibição ao discurso do ódio pode resultar em mais intolerância. A princípio não se justifica a proibição da liberdade de expressão nos discursos de ódio, pois o ordenamento jurídico prevê instrumentos de combate e reparação de tais situações, tanto no direito penal, quanto no direito civil. Segundo Meyer-Pflug (2009, p. 103) “[...] não se pode criar uma regra geral aplicável para todas as situações, pois se trata de um conflito de direitos fundamentais, que deve ser solucionado com a aplicação do princípio da proporcionalidade”.

expressão, sobretudo quando está em jogo a discussão de interesse público”. (SARMENTO, 2009, p. 57-63). O que se tem como política dominante, é que os direitos de personalidade das minorias em desvantagem recebem uma proteção mais significativa quando em confronto com as liberdades comunicativas.

¹⁷¹ “O discurso do ódio não se confunde com o insulto individual, ou seja, com a difamação de um determinado indivíduo em particular, mas sim com o insulto a um determinado grupo ou classe”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 102).

2.6.1 Preconceito

Define-se inicialmente o preconceito¹⁷² como “[...] uma opinião equivocada que é considerada por determinadas pessoas como verdadeira”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 104). Entretanto, é preciso alertar que nem toda opinião equivocada trata-se de um preconceito. Segundo Bobbio (2011, p. 103) o erro que caracteriza o preconceito é daquele tipo que não se submete ao controle da razão. Os erros que podem ser distintos dos erros do preconceito, derivam da ignorância enquanto desconhecimento de algo ou habilidade ou, ainda, aqueles que resultam do engano quando se acredita em algo como verdadeiro, quando é falso: “[...] se distinguem daquela opinião errônea em que consiste o preconceito todas as formas que podem ser corrigidas mediante os recursos da razão e da experiência”. (BOBBIO, 2011, p. 104).

O preconceito tem como marca característica de seu erro o fato de não se submeter à avaliação racional na correção de seus fundamentos. Pode-se dizer que é um erro que resulta muito mais da força da crença, portanto de caráter psicológico, do que da força da verdade, de caráter epistemológico. O preconceito¹⁷³ extrai sua força de resistência à refutação racional “geralmente do fato de que a crença na veracidade de uma opinião falsa corresponde aos meus desejos, mobiliza minhas paixões, serve aos meus interesses”. (BOBBIO, 2011, p. 104). Há “uma razão prática” e, em função dela, “uma predisposição a acreditar na opinião que o preconceito transmite”. (BOBBIO, 2011, p. 104).

¹⁷² De modo geral preconceito é a teoria da desigualdade racial, entre outras formas, e a discriminação é a sua prática. O preconceito como atitude cultural, pode ser positivo ou negativo e está voltado para membros de determinados grupos ou categorias sociais. Enquanto atitude, combina crenças e juízos de valor com predisposições emocionais positivas ou negativas, geralmente de forma estereotipada. Do ponto de vista sociológico e em relação às suas consequências sociais, qualquer forma de preconceito constitui-se em movimento de discriminação, que pode ser positiva ou negativa, independente do grupo ao qual ele se dirige. Quando ele se volta às classes dominantes, as consequências sociais parecem ser insignificantes, entretanto, quando ele se volta para as minorias, a consequência é a opressão social, a marginalização e, em alguns casos mais extremos, a extinção da minoria vítima da opressão social. A opressão social é quando o preconceito toma forma de abuso, exploração e injustiça sistemáticos. Pode-se dizer que o preconceito resulta em discriminação negativa quando fomenta a opressão social, e em discriminação positiva quando se tratar de classificação para fins de inclusão social. (JOHNSON, 1997, p. 180).

¹⁷³ Capaz de provocar reações como o ódio, o desprezo e a rivalidade, o preconceito “[...] parte de ideias equivocadas e inverídicas por isso podem ser combatidos e modificados”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 105). Como o preconceito é produto da ignorância e da falta de educação, o combate a ele não se dá pela proibição ou censura, mas sim por meio da educação, da divulgação de informações verdadeiras que desacreditem os dados falsos.

Os preconceitos podem ser classificados em dois tipos principais: os preconceitos individuais e os preconceitos coletivos¹⁷⁴. (BOBBIO, 2011, p. 105). Aqueles estão relacionados às crenças e às superstições, são menos perigosos, enquanto estes, em razão de possibilitarem conflitos entre grupos, violências e até guerras, são mais perigosos. Dentre os preconceitos coletivos, preconceitos de grupo ou sociais, destacam-se o preconceito nacional e o preconceito de classe. Os preconceitos deste tipo são sempre derivados de uma avaliação distorcida de um grupo sobre o outro, positiva ou negativamente. E é assim porque “[...] a identificação com o próprio grupo faz que se perceba o outro como diverso, ou mesmo como hostil”. (BOBBIO, 2011, p. 105).

Os grandes conflitos da história da humanidade derivam das guerras entre nações ou povos e da luta de classes. E isto é assim porque cada povo avalia a si mesmo de um modo diferente de como é avaliado pelos outros e geralmente esses modos “são constituídos por ideias fixas, por generalizações superficiais” (BOBBIO, 2011, p. 106) que são os estereótipos, que podem ser positivos ou negativos, entretanto, quando são negativos, se tem os preconceitos.

Não apenas os conflitos entre nações nascem do preconceito, os conflitos de classe também. Segundo Bobbio (2011, p. 106), o conflito de classe “[...] nasce da contraposição real entre aqueles que têm e aqueles que não têm, entre proprietários exclusivos dos meios de produção e aqueles que não possuem outro bem senão a força de trabalho”. O preconceito acentua e reforça o conflito de classe, na medida em que as classes contrapostas se atribuem reciprocamente estereótipos negativos e depreciativos entre si, impossibilitando o convívio em uma mesma sociedade. A situação é agravada quando a convivência com o outro se faz necessária ocasionando, por exemplo, a xenofobia¹⁷⁵, o racismo, as discriminações

¹⁷⁴ Os preconceitos individuais estão associados às superstições, às crenças no azar ou sorte que levam a comportamentos inofensivos como cruzar os dedos e a carregar amuletos, fazer gestos de esconjuro, ou a não-realizar determinadas ações como viajar em dia de sexta-feira ou passar por debaixo de escadas, tudo isto para evitar o azar ou trazer a sorte. Para ele, este tipo de preconceito “[...] são crenças mais ou menos inócuas, que não têm a periculosidade dos preconceitos coletivos”. [Estes são perigosos porque] derivam do modo distorcido com que um grupo social julga o outro, gerando incompreensão, rivalidade, inimizade, desprezo ou escárnio”. (BOBBIO, 2011, p. 105). Assim, quanto maior a identificação entre os indivíduos e o próprio grupo, mais forte pode ser a manifestação do preconceito, pois, “[...] a identificação com o próprio grupo faz que se perceba o outro como diverso, ou mesmo como hostil”. (BOBBIO, 2011, p. 105).

¹⁷⁵ Johnson (1997, p. 255) define xenofobia como o “[...] medo de estrangeiros, sentimento este com fundamento na cultura. Tem sido frequentemente associado à recepção hostil dada em sociedade e comunidades a imigrantes. Em alguns casos, a xenofobia tem origem em um medo autêntico de estranhos e do desconhecido, embora, com mais frequência, tenha uma base mais concreta,

em geral. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 107).

A desigualdade entre os homens sempre existiu e sempre existirá, visto ser ela decorrente da condição natural do ser humano em ser diferente uns dos outros. Entretanto, se valer da desigualdade natural para justificar ou legitimar a desigualdade social é um dos fatores que promovem a formação do preconceito. Segundo Bobbio (2011, p. 113).

O preconceito nasce da superposição à desigualdade natural de uma desigualdade social que não é reconhecida como tal, sem, portanto, que se reconheça que a desigualdade natural foi agravada pela superposição de uma desigualdade criada pela sociedade e que, ao não ser reconhecida como tal, é ineliminável.

Somar à desigualdade natural a desigualdade social¹⁷⁶, torna mais difícil a superação do preconceito porque a desigualdade social, que é produto das condições históricas que são produzidas pelo próprio ser humano, passa a ser considerada como resultado do determinismo próprio da natureza e, por isso mesmo, passa a ser considerada como inevitável e inexorável¹⁷⁷.

São várias as formas de preconceitos existentes. Há o preconceito coletivo, pelo qual um grupo discrimina outro (s), há o preconceito racial ou racismo, também denominado de preconceito étnico, o preconceito religioso, cultural, o social, de gênero, e outros mais. Característica comum nas diversas formas de preconceito é que eles se voltam para as minorias sociais¹⁷⁸, que nem sempre correspondem às

especialmente na medida em que envolve concorrência por empregos, ou preconceitos de natureza étnica, racial ou religiosa. [De base oposta, o xenocentrismo] é uma tendência, com base na cultura, a dar mais valor a outras culturas do que à nossa”.

¹⁷⁶ Sobre a desigualdade natural e a desigualdade social, assim se expressa Bobbio (2011, p. 112), “[...] as desigualdades naturais são mais difíceis de vencer do que as desigualdades sociais. Por esta razão, aqueles que resistem às reivindicações de maior igualdade são levados a considerar que as desigualdades são, em sua maior parte, naturais e, como tais, invencíveis ou mais dificilmente superáveis. Ao contrário, aqueles que lutam por uma maior igualdade, estão convencidos de que as desigualdades são, em sua maior parte, sociais ou históricas”.

¹⁷⁷ A fundamentação para o que defende, Bobbio (2011, p. 112) ele encontrará no pensamento de Rousseau expresso na obra *Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens* no qual defende a ideia básica de que a natureza fez todos os homens iguais e a civilização os tornou desiguais. Mas é preciso fazer uma correção, Rousseau (2000) concebia duas formas de desigualdade na espécie humana: a desigualdade natural ou física, e a desigualdade moral ou política. A primeira seria insignificante, quase nula, porque em nenhuma de suas formas possui grande realidade ou influência. A desigualdade moral ou política depende da convenção e é autorizada pelos homens, resultante da sociedade que exercita ou não as forças do corpo e as do espírito.

¹⁷⁸ Johnson (1997, p. 149) explica que minoria “[...] é uma categoria de indivíduos considerados merecedores de tratamento desigual e humilhante porque são identificados como a ela pertencentes”. São caracterizadas por *status* tais como raça, sexo e meios formativos étnicos ou religiosos e de *status* adquirido de orientação sexual. As minorias sociais podem constituir a maioria

minorias quantitativas, vide por exemplo as mulheres que se encontram em maior número na sociedade, mas ainda são minoria em acesso a determinados direitos, assim como o preconceito de classe em relação aos pobres, que atinge a maior parte da sociedade quantitativamente considerada, assim como o racismo.

Dentre as diversas consequências do preconceito, destacam-se a discriminação jurídica e a marginalização social. É possível associá-las entre si, pois na medida em que se dá a discriminação jurídica, a marginalização social se estabelece, pois a despeito da isonomia constitucional adotada na maioria dos Estados, boa parte dos cidadãos são excluídos do acesso de determinados direitos. O quadro se agrava quando se estabelece a perseguição política dessas minorias excluindo-as, inclusive, dos processos de decisão política.

2.6.2 Discriminação

A discriminação é a principal decorrência do preconceito de grupo. É mais forte do que a simples diferença e se fundamenta em critérios ilegítimos, “[...] normalmente relacionado à ideia de superioridade de um grupo em relação a outro”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 110). De caráter diversificado, a discriminação¹⁷⁹ tem em comum a estereotipagem pejorativa de membros de determinados grupos em relação à opinião política, raça¹⁸⁰, sexo, religião, etnia, nacionalidade, condições pessoais e sociais.

numérica, como por exemplo, as mulheres e os negros como no regime do Apartheid da África do Sul. Nos sistemas de estratificação aberta, a mobilidade social para as minorias é muito difícil, o que reforça o sistema de desigualdades sociais. Para o Johnson, “de modo geral, quanto mais visíveis as características que definem a posição da minoria, mais difíceis de remediar são os termos da desigualdade social.

¹⁷⁹ Segundo Meyer-Pflug (2009, p. 111), “Está-se diante de uma situação de discriminação quando um determinado grupo segundo critérios adotados naquela sociedade deve receber determinado tratamento isonômico e não obtém porque uma parcela da sociedade entende que eles não fazem jus a esse tratamento”.

¹⁸⁰ Para Johnson (1997, p. 100-101) “[...] raça tem sido frequentemente definida como um agrupamento, ou classificação, baseado em variações genéticas ou aparência física, sobretudo na cor da pele”. Entretanto, a maioria dos sociólogos não adotam este caráter biológico para definir o termo raça, pois na história da humanidade, houve muita miscigenação. Assim o consenso é o de que raça “existe como um conjunto socialmente construído de categorias, usadas sobretudo como fundamento para a desigualdade e a opressão social”. Raça tem sido usada muitas vezes com o significado de etnicidade, que “é um conceito que se refere a uma cultura e estilo de vida comuns, especialmente da forma refletida na linguagem, maneiras de agir, formas institucionais religiosas e de outros tipos, na cultura material, como roupas e alimento, e produtos culturais como música, literatura e arte”. Denominar o conjunto de pessoas que tem em comum a etnicidade como grupo é inadequado do ponto de vista sociológico, em função da interação que é própria aos grupos sociais, e a etnicidade “inclui um número grande demais de pessoas para haver uma interação entre elas, um termo mais preciso seria coletividade étnica ou categoria étnica”. A etnicidade é importante porque constitui causa de coesão social ou de conflito social. Além de constituir uma base para a formação de subculturas em sociedades complexas.

Cabe também ao Estado o papel de proteção dos grupos que sofrem discriminação. Tal tarefa implica em proibir o preconceito e a discriminação, mas também adotar medidas inclusivas que possibilitem maior efetividade da isonomia, tanto do ponto de vista forma quanto material. Como a principal consequência do preconceito, a discriminação é uma “diferenciação injusta e ilegítima”, pois contraria o princípio fundamental da justiça que pressupõe o tratamento igual aos iguais. (BOBBIO, 2011, p. 107).

A discriminação se desenvolve em nas seguintes fases: inicialmente ela se dá num mero juízo de fato que constata a diversidade entre homem e homem, entre grupo e grupo; a este juízo de fato, agrega-se um juízo de valor que distingue um grupo (ou indivíduo) como bom e o outro como mal, distinção esta resultante de um critério acrítico e subjetivo, apoiada em uma tradição ou numa autoridade reconhecida e, por fim, uma terceira e decisiva fase que consiste em legitimar a dominação dos bons sobre os maus e, em casos extremos, os primeiros devem exterminar os segundos. (BOBBIO, 2011, p. 108-109).

A discriminação pode ser direta ou indireta. No primeiro caso, ela é de mais fácil identificação e se caracteriza por impedir determinado grupo de fruição de determinados direitos, ou ainda, de conferir-lhes tratamento desigual. Na sua forma indireta, a discriminação “[...] consiste naquelas condutas que aparentemente são neutras, mas causam um impacto danoso, pois a medida é carente de qualquer justificação” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 112), por isto mesmo, tanto na forma direta quanto na forma indireta, a discriminação deve ser punida¹⁸¹.

2.6.3 Racismo

O racismo¹⁸² tem sua origem no século XVIII com emersão nos países Ocidentais nos séculos XIX e XX, quando passa a ser utilizado como instrumento de

¹⁸¹ Sobre a proibição à discriminação, “[...] o que se deve deixar claro é que tanto as discriminações diretas como as indiretas devem ser coibidas. Para tanto, ganha especial relevo nas democracias contemporâneas a valorização da solidariedade, da diferença, da diversidade, como forma de combate à discriminação e de todo tipo de intolerância, seja ela social, cultural, étnica, racial e religiosa”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 113).

¹⁸² Deocleciano Torrieri Guimarães (2008, p. 469) em verbete sobre racismo define-o como “doutrina que prega a superioridade de uma raça sobre as outras”. De modo genérico, estabelece que raça são “as características hereditárias comuns a um grupo de pessoas”. Destaca ainda que no Brasil a prática de racismo é crime inafiançável e imprescritível sujeito à pena de reclusão e que é princípio constitucional fundamental o repúdio ao terrorismo e ao racismo por meio dos artigos 4º, inciso VI II e 5º, XLII da Constituição de 1988 e da Lei nº 7.716/1989, com as modificações introduzidas pela Lei nº 9.459/ 1997.

política imperialista. Pode-se definir o racismo como um comportamento hostil que atribui valor¹⁸³ negativo a determinado segmento social caracterizado por estereótipos desiguais e inferiores.

O racismo não é um comportamento de uma determinada raça¹⁸⁴ sobre outra, por exemplo, os brancos sobre os negros. Entretanto, esta forma específica de racismo é possível contextualizá-la na modernidade, principalmente a partir do século XVIII, como a forma ocidental mais destacada do racismo.

O artigo 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação, estabelece que discriminação racial é

Qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública. (ONU, 1965, s/p).

Já Bobbio (2011, p. 109) identifica o racismo com a terceira fase do processo de discriminação e que, para ele, é uma das mais decisivas nesse processo. Nesta fase, se tem que uma raça se apresenta como superior à outra e deve dominá-la, ou ainda, em casos mais radicais, a classe que se acredita superior deve extinguir a que entende ser inferior. O racismo, nestes termos, resulta da mera superioridade de uma raça sobre a outra, “[...] aliam-se a esse processo outros fatores, econômicos, sociais, religiosos que justificam o domínio de uma sobre a outra”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 117). A raça dominante obtém uma vantagem com essa situação.

A expressão mais contundente do racismo na história da civilização Ocidental, se deu no contexto da Segunda Guerra Mundial com a política do Nazismo propagada por meio do discurso do ódio e pela prática da eugenia, principalmente em relação ao povo judeu. Para efetivar seus propósitos a política nazista iniciou retirando os direitos dos judeus culminando com a retirada da própria

¹⁸³ Para Meyer-Pflug (2009, p. 114) “O racismo não deixa de ser uma valoração que se dá em cima das diferenças existentes entre homens, com o intuito de legitimar a dominação de um grupo sobre o outro, da exploração econômica ou da manutenção de privilégios, como ocorreu com a escravidão negra”.

¹⁸⁴ Impende destacar que o conceito de raça, do ponto de vista biológico, que legitimou o racismo ocidental moderno, já não é mais aceitável, principalmente após a descoberta do genoma humano que demonstrou a inexistência de raças. Contudo, do ponto de vista jurídico, o conceito ganhou nova definição e “[...] passou a abranger toda perseguição a um grupo étnico, religioso, cultural e social”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 115).

vida deles. A retirada dos direitos dos judeus, retirou-lhes a própria condição de homem.

Em decorrência da política racista do Nazismo e dos regimes totalitários do século XX, o direito internacional tem se voltado para o combate às práticas racistas e discriminatórias. Assim, diversos tratados e acordos sobre o tema foram feitos a partir de então. Tais tratados visam combater as práticas racistas, xenófobas, discriminatórias, bem como as demais formas de violações à dignidade da pessoa humana. Podem ser apresentados como exemplos de tais documentos normativos do direito internacional, o Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg; a Convenção Internacional contra o Genocídio, 1946; o Tribunal Penal Internacional, 1998; a Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, 1965; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1966; o Pacto de San José da Costa Rica; a Resolução 623 da Assembleia Geral das Nações Unidas-ONU, 1998.

Nas Constituições Brasileiras a temática da discriminação sempre esteve presente, desde já na primeira Constituição, a de 1824, em seu artigo 179, inciso XIII¹⁸⁵, proibia-se a discriminação. De modo mais explícito, a Constituição de 1891 em seu artigo 72, § 2º¹⁸⁶ estabelece a isonomia jurídica e extinguiu as ordens honoríficas com seus privilégios, bem como os títulos nobiliárquicos. A questão, entretanto, apareceu de modo mais explícito na Constituição de 1934 no seu artigo 113, inciso I¹⁸⁷ que prescrevia a isonomia jurídica explicitando não haver privilégios, nem distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas. Na Constituição de 1937, quanto à temática do racismo, houve um retrocesso, pois ela se manteve silente

¹⁸⁵ *In verbis*, “Artigo 179. Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. (BRASIL, 1824).

¹⁸⁶ *In verbis*, “Art.72 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926). [...] § 2º Todos são iguaes perante a lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926). A Republica não admite privilegios de nascimento, desconhece fóros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerogativas e regalias, bem como os titulos nobiliarchicos e de conselho. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)”. (BRASIL, 1891).

¹⁸⁷ *In verbis*, “Art. Art 113 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 1). Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas”. (BRASIL, 1934).

quanto ao tema. A Constituição de 1946, na parte final de seu artigo 141¹⁸⁸, § 5º fará referência à questão da raça. A Constituição de 1967, em seu artigo 150, § 1º¹⁸⁹, e a Emenda Constitucional de 1969, no artigo 153, § 1º¹⁹⁰, fazem referências explícitas à questão do racismo, estabelecendo, inclusive, a previsão legal de punição contra o crime de racismo.

Mas é na Constituição de 1988 que o tema do racismo ganha maior proporção, pois em seu texto há vários dispositivos que visam proibi-lo, bem como a toda e qualquer forma de discriminação, destacando-se que a proibição do preconceito e da discriminação no texto constitucional, fundamenta-o na questão da raça, como na questão da cor. Os dispositivos constitucionais, são: artigo 1º, inciso III¹⁹¹, estabelecendo a proteção à dignidade da pessoa humana como fundamento da República; artigo 3º, inciso IV¹⁹² estabelecendo como objetivo fundamental da República promover o bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito e forma de discriminação; o artigo 4º, inciso II estabelece a prevalência dos direitos humanos e no inciso VIII¹⁹³ o repúdio ao racismo e ao terrorismo. Já nas garantias e direitos fundamentais, a Constituição de 1988 em seu artigo 5º, inciso XLI, estabelece que “[...] a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e no inciso XLII¹⁹⁴, estabelece a inafiançabilidade e a

¹⁸⁸ *In verbis*, “Art. 141 A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 5º É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe. (Vide Ato Institucional nº 2). (Vide Lei nº 2.654, de 1955)”. (BRASIL, 1946).

¹⁸⁹ *In verbis*, “Art. 150 A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei”. (BRASIL, 1967a).

¹⁹⁰ *In verbis*, “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça. (BRASIL, 1969).

¹⁹¹ *In verbis*, “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”. (BRASIL, 1988).

¹⁹² *In verbis*, “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (BRASIL, 1988).

¹⁹³ *In verbis*, “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos; [...] VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo”. (BRASIL, 1988).

¹⁹⁴ *In verbis*, “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-

imprescritibilidade do crime de racismo, com pena de reclusão conforme a lei”. (BRASIL, 1988).

2.6.4 Dignidade da pessoa humana

A dignidade humana é um direito fundamental do indivíduo, mas também um princípio estruturante do Estado democrático de direitos¹⁹⁵. Enquanto tal, representa que o ser humano tem na liberdade e na igualdade a possibilidade de que seja tratado como meio e jamais como fim. Enquanto tal, cabe ao Estado não apenas garantir que a dignidade seja resguardada em sua condição de direito, mas também promover-lhe em todas as condições possíveis como um dever que é inerente à sua função política. A liberdade de expressão¹⁹⁶ e a dignidade da pessoa humana são ambos princípios importantes e fundamentais para a realização da humanidade das pessoas e da humanização da sociedade. Além do mais, contribuem para a preservação dos demais direitos e da própria sociedade democrática. Deste modo, devem ser protegidos e fundamentados em sua maior abrangência possível.

No sistema constitucional alemão, a dignidade humana é considerada o núcleo dos direitos fundamentais e, portanto, são considerados direitos inalienáveis e inadiáveis da pessoa humana e fundamentos de qualquer comunidade humana e, portanto, devem ser preservados. De modo semelhante faz o sistema constitucional Espanhol, para o qual todos os demais dispositivos do Texto Constitucional devem ser interpretados consoante a preservação da dignidade humana. O princípio da

se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. (BRASIL, 1988).

¹⁹⁵ Toledo (2003, p. 113) afirma que o Estado Democrático de Direito contemporâneo se funda na ideia de justiça social e “[...] essa concepção de justiça caracteriza-se por sua ligação ao pensamento de uma redistribuição de bens materiais, desligada da ideia iluminista de um espontâneo equilíbrio entre as felicidades humanas ou da máxima liberalista pura de que o mercado se autorregiria e que, embora cada indivíduo atuasse no meio social e econômico em seu próprio proveito, o egoísmo de cada um somado ao dos demais, no seu todo, resultaria no benefício da sociedade inteira”.

¹⁹⁶ Para Meyer-Pflug (2009, p. 126), a liberdade de expressão e o direito à vida são indispensáveis para a realização dos demais direitos. A dignidade é considerada como o núcleo ou conteúdo da própria personalidade humana e, deste modo, é o núcleo fundamental dos demais direitos, pois decorre da condição de humanidade do indivíduo.

dignidade humana¹⁹⁷ estabelece o dever de cada homem tratar os outros como fim e não como meio¹⁹⁸.

O discurso do ódio, por seu caráter discriminatório e preconceituoso, incita a opressão e a humilhação, tanto da pessoa considerada individualmente, quanto de um povo, de um grupo social, étnico, religioso ou cultural e, deste modo, atenta contra a dignidade da pessoa humana, tanto individualmente considerada, quanto como coletividade, e por isto mesmo, a liberdade de expressão quanto ao discurso do ódio demanda limitações, embora com as devidas preocupações para não anular a própria liberdade de expressão, e esta tem sido a postura dos diversos sistemas jurídicos constitucionais ao qual o Brasil se apegava.

¹⁹⁷ A dignidade como “princípio da dignidade humana” entende-se a exigência apresentada por Kant como a segunda fórmula do Imperativo categórico expresso da seguinte forma: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim e nunca como unicamente um meio”. (ABBAGNANO, 2000, p. 277). Este princípio estabelece que todo ser racional possui um valor como fim em si mesmo, um valor não relativo, um valor mais intrínseco que é a própria dignidade. A dignidade do ser racional está em sua autonomia, isto é, na capacidade de obedecer à lei que institui a si mesmo. Nos regimes políticos do século XX, em especial nos regimes totalitários, a dignidade humana apresentou-se mais do que nunca como pedra de toque de defesa do ideal e das formas de vida instauradas ou propostas, pois a oposição que recebeu de tais ordens políticas, só revelou a sua torpeza e a necessidade de fortalecimento da dignidade humana como direito fundamental para a própria existência humana.

¹⁹⁸ Segundo Kant (2003, p. 43) “só um ser racional possui a capacidade de agir segundo representação das leis, isto é, por princípios, ou, só ele possui vontade. [A vontade é a razão prática], é a faculdade de não escolher nada mais que a razão, independentemente da inclinação”. Assim, a vontade age por imperativos que podem ser hipotéticos ou categóricos. Os imperativos hipotéticos representam a ação tendo em vista um fim contingencial, portanto subjetivo, e não dependente apenas de si mesmo. Os imperativos categóricos representam a vontade como objetivamente necessária, com um fim em si mesma. É um imperativo de caráter absoluto, posto que necessário e universal, e pode ser descrito da seguinte forma: “age só segundo máxima tal que que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne universal. [Ou ainda], age como se a máxima de tua ação devesse se tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza. [Assim], concebe-se a vontade como uma faculdade de se determinar a si mesmo agindo em conformidade com a representação de certas leis. [É o princípio da autodeterminação que faz do homem como um fim em si mesmo, pois] a natureza racional existe como um fim em si mesmo. [Deste modo considerado, pode-se expor o imperativo da razão em sua terceira fórmula]: age de tal maneira que possas usar a humanidade tanto em sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio. [Nas suas três formas, o imperativo categórico expressa o princípio da autonomia da vontade que submete todos os seres racionais à lei que] ordena que cada um deles jamais si trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas simultaneamente como fins em si”. (KANT, 2003, p. 43-70). Esta é a condição de moralidade humana e, enquanto tal, de sua dignidade. Para Kant (2003, p. 66) “[...] a autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”. O princípio da autonomia e da dignidade é, “[...] portanto, não escolher, senão de modo a que as máximas da escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal”. (KANT, 2003, p. 70).

3 A CONCEPÇÃO DE LIBERDADE E TOLERÂNCIA EM JOHN RAWLS

3.1 Aspectos gerais da teoria política de John Rawls

Americano nascido em 21 de fevereiro de 1921, na cidade de Baltimore estado de Maryland, John Bordley Rawls¹⁹⁹, o segundo dos cinco filhos do casal William Lee e Anna Abell Rawls, ele um influente advogado e especialista em direito constitucional e ela, uma feminista e presidente da liga local do eleitorado das mulheres. Foi educado sob a rigidez do puritanismo e vivenciou a trágica morte de dois irmãos ainda na infância vitimados pela pneumonia e pela difteria – doenças que foram contraídas também por ele. É bem provável que essas experiências tenham sido importantes contribuições para o desenvolvimento de uma meticulosa produção teórica, bem como inspiração temática sobre as injustiças e contingências da vida natural. É em sua principal obra, *Uma Teoria da Justiça*²⁰⁰ que John Rawls apresentará as bases e os fundamentos de sua teoria política, revisada em vários aspectos posteriormente, principalmente nas obras *Liberalismo Político* e *Justiça como equidade: uma reformulação*²⁰¹.

Para John Rawls, a filosofia política tem as seguintes funções primordiais: uma função prática de estabelecer a ordem pública, a função de orientação e de auxílio na compreensão pelo povo de suas instituições políticas e sociais e de suas aspirações, a função de reconciliação entre teoria e prática demonstrando que são racionais e a função de constituir-se como paradigma dos limites da possibilidade política praticável. (GONDIM, 2011, p. 61).

O objetivo da filosofia política é a realidade da sociedade²⁰² política

¹⁹⁹ Mais detalhes da biografia de John Rawls podem ser encontrados em: Oliveira (2003); Lovett (2013); Huisman (2004); Reale e Antiseri (2006b); Baldwin (2010).

²⁰⁰ Nozick (2011, p. 236) escreveu que *Uma Teoria da Justiça* “trata-se de um manancial de ideias luminosas, reunidas de modo que forme um conjunto fascinante. Desde sua publicação, os filósofos políticos são obrigados a trabalhar dentro dos limites da teoria de Rawls ou, então, explicar porque não o fazem. [...] Mesmo aqueles que, depois do corpo a corpo com a visão sistemática de Rawls, não se tiverem deixado convencer, terão muito a aprender com um exame aprofundado da obra”.

²⁰¹ Segundo Oliveira (2010, p. 183-184) “[...] a significação da obra de J. Rawls está, antes de tudo, na reconstituição da tarefa própria da filosofia política da modernidade, ou seja, na retomada do projeto de fundamentar os princípios normativos da vida social, isto é, da estrutura básica da sociedade [...]”.

²⁰² “Na justiça como equidade, a sociedade é interpretada como um empreendimento cooperativo para a vantagem de todos. A estrutura básica é um sistema público de regras que definem um esquema de atividades que conduzem os homens a agirem juntos no intuito de produzir uma quantidade maior de benefícios e atribuindo a cada um certos direitos reconhecidos a uma parte dos produtos”. (RAWLS, 2002, p. 90).

entendida como “[...] uma associação mais ou menos autossuficiente de pessoas que em suas relações mútuas reconhecem certas regras de conduta como obrigatórias e que, na maioria das vezes, agem de acordo com elas”. (RAWLS, 2002, p. 4). A sociedade na concepção de Rawls (2002) possui as seguintes características: é um sistema de cooperação social não voluntário regido por princípios de justiça aplicados à estrutura básica de sua organização²⁰³.

Para Rawls (2002), o termo cooperação social possui três traços característicos: é distinto de mera atividade socialmente coordenada, guiando-se por regras e procedimentos reconhecidos publicamente por todos, pressupõe a ideia de equidade, reciprocidade e mutualidade e contém a ideia de realização do bem de cada participante. O problema então é decidir qual o sistema de cooperação seria melhor para todos? Quais seriam as bases de sua fundamentação estrutural? Em quais princípios estariam legitimadas as bases para a cooperação social? John Rawls (2002, p. 5) acredita que os princípios da justiça como equidade possam atender a este propósito, porque eles, “[...] fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social”. A teoria da justiça²⁰⁴ defendida por ele estipula que as instituições sociais básicas da sociedade devem ser organizadas a partir dos princípios de justiça²⁰⁵ que propõem a liberdade e a igualdade equitativa entre os indivíduos como pessoas²⁰⁶.

²⁰³ Sendo a sociedade entendida como um sistema complexo voltado à coordenação de atividades de um grande número de pessoas para o benefício mútuo delas, há muitas maneiras de organizar esta cooperação que beneficiarão diferentes membros da sociedade em maior ou menor grau. Deste modo, “alguma espécie de princípio ou conjunto de princípios é necessária para nos ajudar a escolher entre as alternativas” aquela mais adequada para efetivar a organização da sociedade de modo a preservar a justiça e a dignidade das pessoas. (LOVETT, 2013, p. 28).

²⁰⁴ Sobre a fundamentação da teoria da justiça de Rawls, Felipe (2000, p. 155) considera que “[...] a razão funda o modelo de justiça aqui apresentado. Os sujeitos racionais garantem e sustentam a aplicação do modelo, não necessitando, para isso, buscar fora da própria razão os fundamentos necessários à sustentação da teoria”.

²⁰⁵ Oliveira (2009, p. 76) afirma que os dois princípios da justiça defendida por John Rawls devem ser vistos como uma exemplificação do conteúdo de uma concepção política liberal de justiça e que é dado por três características básicas: a) especificação de determinados direitos, liberdades e oportunidades básicos, típico dos regimes democráticos constitucionais; b) priorização desses direitos, especialmente a liberdade e a igualdade de oportunidades e c) medidas que assegurem aos cidadãos os meios adequados para que suas liberdades e oportunidades possam ser efetivadas. São essas características que fazem da concepção liberal a concepção de justiça mais razoável para uma sociedade democrática, pois, em razão do pluralismo razoável, ela fortalece as bases da cooperação social na medida em que remove os temas de maior dissensão. Assim, para ele, a justiça como equidade não é única via possível para a construção de uma sociedade bem-ordenada, ela é uma dentre as muitas outras possíveis no espectro do que se chama de liberalismo político.

²⁰⁶ Há um impasse relativo à realização dos valores fundamentais das democracias modernas. “E é

Na teoria política da justiça social²⁰⁷ de John Rawls (2003) uma sociedade bem-ordenada possui um sentido geral e outro particular. Em seu sentido geral, ela é uma idealização que corresponde “[...] a uma sociedade efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça, seja ela qual for”. (RAWLS, 2003, p. 11). O seu sentido particular acentua-se na condição de que ela especifica uma concepção de justiça aceita por todos²⁰⁸. Uma sociedade bem-ordenada²⁰⁹ possui, portanto, as seguintes características: há uma concepção pública de justiça que todos aceitam e reconhecem mutuamente; todos acreditam que a concepção pública de justiça deve regular a estrutura básica da sociedade e suas instituições; os cidadãos possuem um senso de justiça que possibilita a eles entenderem e aplicarem o conteúdo dos princípios de justiça escolhidos e publicamente reconhecidos.

Com relação a saber o que é a justiça, Rawls (2003) a define a partir da concepção de justiça como equidade com as seguintes características: a) é elaborada para a estrutura básica de uma sociedade democrática; b) sua aceitação não supõe a aceitação de uma doutrina abrangente e c) na medida do possível, uma concepção de justiça restringe-se às ideias fundamentais habituais ou implícitas na cultura política de uma sociedade democrática, tais como a ideia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação e a ideia de cidadãos livres e iguais.

A estrutura básica da sociedade é definida por Rawls (2003) como sendo o modo pelo qual se organizam as instituições sociais de uma determinada sociedade, a maneira pela qual se determinam a divisão dos direitos e deveres básicos e das vantagens provenientes da cooperação social²¹⁰. Diz o filósofo, que

por isto que os dois princípios da justiça como equidade são, para Rawls, a melhor forma de conciliar liberdade com igualdade num contexto democrático”. (OLIVEIRA, 2009, p. 78).

²⁰⁷ Por meio de suas categorias, a teoria da justiça social de Rawls apresenta instrumentos que permitem, pelo menos teoricamente, a emergência e efetivação da justiça como equidade como parâmetro de construção do político e econômico, bem como do social. O objetivo da teoria política de Rawls é “oferecer uma teoria razoável que contenha um conjunto básico de princípios com os quais possamos obter consenso no debate sobre a justiça”. (MORRISON, 2006, p. 469-470).

²⁰⁸ “Uma característica essencial de uma sociedade bem-ordenada é que sua concepção de justiça política estabelece uma base comum a partir da qual os cidadãos justificam, uns para os outros, seus juízos políticos: cada um coopera, política e socialmente, com os restantes em termos aceitos por todos como justos. É esse o significado da justificação pública”. (RAWLS, 2003, p. 38).

²⁰⁹ Uma sociedade é bem-ordenada quando efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça. Além do mais, ela está voltada para a promoção do bem de todos os seus membros e resulta de uma construção deles próprios, enquanto pessoas livres e iguais. Deste modo, ela implica: (1) na ideia de uma concepção pública de justiça; (2) que a estrutura básica da sociedade respeita os princípios de justiça instituídos pelos próprios membros e (3) tal ideia é uma considerável idealização. (RAWLS, 2003, p. 11).

²¹⁰ Rawls (2003, p. 13) define a estrutura básica da sociedade como: “[...] a maneira como as principais instituições políticas e sociais da sociedade interagem formando um sistema de cooperação social, e a maneira como distribuem direitos e deveres básicos e determinam a divisão

“[...] é a estrutura básica²¹¹ o contexto social de fundo dentro do qual as atividades de associações e indivíduos ocorrem” (RAWLS, 2003, p. 14-15) e ela é o objeto primário da justiça política. Os princípios da justiça como equidade²¹² se aplicam a esta estrutura básica e não às instituições e associações da sociedade, pois “[...] a justiça como equidade é uma concepção política, não geral, de justiça”. (RAWLS, 2003, p. 14-15). Ela é a configuração das instituições²¹³ e práticas que juntas constituem as bases sobre as quais os membros da sociedade serão influenciados em seus projetos pessoais de vida. Condiciona, embora não determine, os projetos pessoais de vida das pessoas, o que elas podem esperar vir a ser e o que podem almejar enquanto bem-estar econômico²¹⁴.

Definida a estrutura básica da sociedade, quais são os princípios de justiça que devem regulá-la? Como são elaborados ou escolhidos tais princípios? A resposta a este problema vem na teoria de Rawls por intermédio dos conceitos de “posição original” e de “véu de ignorância”.

A posição original²¹⁵ é um conceito que revela um procedimento

das vantagens provenientes da cooperação social no transcurso do tempo (Teoria, § 2)”.
²¹¹ Em *Liberalismo Político*, Rawls (2011, p. 356-357) afirma sobre a estrutura básica “que ela propicia a moldura para um sistema autossuficiente de cooperação para todos os objetivos essenciais da vida humana, objetivos a serviço dos quais se coloca toda a variedade de associações e grupos que existe dentro dessa moldura. Como suponho que a sociedade em questão seja fechada, temos de imaginar que não há entrada ou saída, a não ser pelo nascimento ou pela morte”.

²¹² Felipe (2000, pp. 154-155) aponta as cinco funções pensadas para o Estado com funções sociais, a saber, a) a função de aferição de preços; b) a função de estabilização; c) a função de transferência; d) a função de distribuição e, por último, d) a função de intercâmbio. Por meio destas funções o Estado concretiza a justiça como equidade, pois, garante a oferta competitiva de bens e serviços, possibilita políticas para o pleno emprego, define o mínimo de bens a serem socialmente garantidos a todos, prevê a fixação e cobrança equitativa dos diversos impostos que financiarão as políticas de distribuição dos bens e serviços necessários à cooperação social e, finalmente, garante o controle legal e político do sistema de fixação, arrecadação e destinação dos impostos.

²¹³ As instituições sociais mais importantes são a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais. São exemplos das instituições sociais: “[...] a proteção legal da liberdade de pensamento e de consciência, os mercados competitivos, a propriedade particular no âmbito dos meios de produção e a família monogâmica”. (RAWLS, 2002, p. 8).

²¹⁴ Segundo Lovett (2013, p. 23-24): “[...] a estrutura básica é o conjunto de instituições e práticas sociais que sistematicamente influenciam o modo como serão nossas vidas, independentemente do esforço individual. Essas instituições e práticas incluem obviamente o sistema de governo e as leis, mas também coisas menos óbvias como a organização da economia e, em alguns casos, as condições culturais. [...]. Assim, vemos que a ideia da estrutura básica da sociedade é extremamente ampla e abstrata: inclui todas aquelas instituições e práticas – legais, econômicas e culturais – que juntas constituem as condições de pano de fundo ou o ambiente social no qual os membros individuais de uma sociedade vivem suas vidas do melhor modo que podem, de acordo com seus próprios projetos”.

²¹⁵ Em *Uma Teoria da Justiça* assim Rawls (2002, p. 149) define a posição original: “[...] a posição original não deve ser considerada como uma assembleia geral que inclui num dado momento, todas as pessoas que vivem numa determinada época; e menos ainda como uma assembleia de todos os que poderiam viver numa determinada época. Ela não é uma reunião de todas as pessoas reais ou possíveis”.

representativo de seleção de princípios capazes de dar origem a um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais²¹⁶. Ela é um dos principais conceitos que dão sustentação à teoria política de John Rawls na tradição do contrato social²¹⁷.

Partindo de uma concepção contratualista²¹⁸ de sociedade, a posição original²¹⁹ é a situação na qual as partes contratantes escolhem os princípios de justiça que devem governar a “estrutura básica da sociedade”. A condição daqueles que contratam entre si é a de serem pessoas racionais e morais, portanto, livres e iguais que escolhem sob um “véu de ignorância”. Nestas condições e em situação de igualdade, as pessoas escolherão, imparcialmente, princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade. Por meio de tais princípios será possível “[...] avaliar o quanto as diferentes configurações das instituições e das práticas sociais podem ser consideradas justas ou injustas”. (LOVETT, 2013, p. 31).

A posição original, como experimento abstrato²²⁰ que é, pressupõe que os acordos do mundo real feitos por pessoas livres e iguais podem ser comprometidos pelas contingências sociais. Os interesses particulares dos indivíduos, as posições sociais, políticas e econômicas, ou fatores de outra natureza, podem impedir a

²¹⁶ Bittar (2004, p. 386-387) esclarece sobre a posição original que ela “[...] é capaz de facultar a simulação das condições ideais de igualdade para que, nesse momento, se possam escolher os princípios diretores da sociedade. [E acrescenta que] [...] essa ideia de recorrer ao contrato social, e de se estudar os sujeitos pactuantes na origem da sociedade numa posição original, não tem outro fito senão o de demonstrar a necessidade de se visualizarem as partes num momento de igualdade inicial. Eis aí a equidade (fairness) de sua teoria”.

²¹⁷ Para Merquior (2014, p. 245), “[...] a natureza contratualista do empreendimento de John Rawls mostrou-se num plano processual, já que foi nas técnicas que empregou para deduzir princípios de justiça que Rawls adotou uma posição contratualista. Assim mesmo, era um contrato social muito diverso do contrato social da primeira tradição moderna, pois seu propósito não consistia no estabelecimento de autoridade e obrigação legítimas, como em Hobbes, Locke ou Rousseau, mas em afirmar regras de justiça”.

²¹⁸ Para Rawls (2003, p. 23), a posição original: “[...] generaliza a ideia familiar de contrato social (Teoria §3). E o faz constituindo em objeto do acordo os princípios primeiros de justiça para a estrutura básica, e não para uma determinada forma de governo, como em Locke. A posição original é também mais abstrata: o acordo tem de ser visto como hipotético e a-histórico”.

²¹⁹ A posição original é um instrumento argumentativo para uma teoria da justiça nos termos de uma teoria da escolha racional que postula que “[...] a ação humana pode ser entendida através de cálculos racionais que levam em conta seus interesses próprios (*self-interests*) sem pressupor um comportamento moral, mas antes cotejando, por exemplo, as configurações de custo e benefício, competitividade e cooperação, na formulação de um plano racional para o indivíduo inserido numa coletividade em que se dá o jogo político”. (OLIVEIRA, 2003, p. 15-16).

²²⁰ É enfaticamente destacado por Rawls (2002) a condição hipotética da posição original, pois ela é estritamente um experimento de pensamento filosófico. Assim o faz, porque umas das críticas mais comuns feitas às teorias contratualistas diz respeito à condição de se entender a sociedade como um esquema de cooperação em que homens ingressam livremente, o que faria da teoria contratualista desconectar com a própria realidade, pois, desde o nascimento já se faz parte de uma sociedade. Entretanto, na linha argumentativa desenvolvida por Rawls (2002, p. 15): “uma sociedade que satisfaça os princípios da justiça como equidade aproxima-se, o máximo possível de ser um sistema voluntário, porque vai ao encontro dos princípios que pessoas livres e iguais aceitariam em circunstâncias equitativas”.

sensibilidade com a dignidade alheia e, conseqüentemente, os levem a instituir ordenamentos e acordos injustos. A ideia de posição original utilizada por Rawls na definição da justiça social como equidade é hipotética²²¹ porque leva a refletir sobre quais princípios de justiça seriam escolhidos se os indivíduos fossem considerados apenas como pessoas morais, livres e iguais. A posição original está “longe de ser um momento histórico verossímil”, pois ela,

Configura-se como um pano de fundo para que seja firmado um contrato hipotético²²², pelo qual os membros da sociedade, em iguais condições [...] escolheriam os princípios de justiça que deveriam governar a estrutura básica das instituições sociais. (OLIVEIRA; CHAI, 2016, p. 170).

Em sua obra “Introdução à Filosofia Política”, Bird (2011, p. 103) afirma que o contratualismo²²³ de Rawls²²⁴ é um convite “[...] a pensar os princípios que regem uma sociedade idealmente justa como validados por um procedimento de

²²¹ Huisman (2004, p. 828) esclarece que a posição original aparece como uma ficção do tipo contratualista que resulta da experiência do pensamento a partir do “véu de ignorância” que visa a abrir o campo de uma argumentação puramente ética. O argumento que se forma a partir do “véu de ignorância” possui coerções formais de ordem éticas que pesam sobre os sujeitos enquanto fundamento do contrato social, a saber, os princípios eleitos deverão ser gerais, de aplicação universal, públicos e irrevogáveis. Já Oliveira (2009, p. 79) afirma que a posição original nos fornece um método que permite chegar a uma solução do impasse democrático porque ela é “[...] uma experiência de pensamento que todas as pessoas racionais e razoáveis podem fazer. A ideia da posição original é um mecanismo expositivo (*expository device*), que resume o significado das condições para a cooperação social que, após as devidas reflexões, concluímos estarmos dispostos a aceitar como razoáveis”.

²²² A utilização do recurso argumentativo do contratualismo fez com que Rawls lograsse dois êxitos: acabou por legitimar a escolha dos princípios de justiça, base para toda a sua argumentação, e universalizou uma escolha que poderia ter ficado restrita ao campo da subjetividade dos indivíduos representativos, visto que a decisão na posição original não é baseada em interesses individuais e sim em uma racionalidade coletiva justificada. (RIBEIRO FILHO; RAMOS, 2008, p. 232).

²²³ Sobre o novo interesse pela teoria do contrato social Bobbio (2006, p. 158) considera que “[...] a razão mais profunda do renovado interesse pelo contratualismo está no fato de que a ideia de um contrato originário de fundação da sociedade global, distinta das sociedades parciais que eventualmente a componham, satisfaz a exigência de um início, ou melhor de um reinício, numa época de grave turbamento da sociedade existente”. E diz mais: “[...] a maior dificuldade que o neocontratualismo deve hoje enfrentar depende do fato de que os indivíduos detentores, cada um independentemente do outro, de uma pequena cota do poder soberano [...] não se contentam mais em pedir, em troca da sua obediência, apenas a proteção das liberdades fundamentais e da propriedade adquirida através das trocas (é a teoria do Estado mínimo de Nozick), mas passam a pedir que venham inserida no pacto alguma cláusula que assegure equânime distribuição da riqueza, para com isso atenuar, se não mesmo eliminar, as desigualdades dos pontos de partida (o que explica o sucesso do livro de Rawls, que pretende responder exatamente a essa questão)”. (BOBBIO, 2006, p. 163).

²²⁴ De modo mais específico, sobre o contratualismo de John Rawls, Bobbio (2006, p. 158) afirma que, “[...] a teoria da justiça de Rawls, embora fundada sobre bases contratualistas (de um contrato entre pessoas racionais), tem pouco a ver com as teorias do contrato social, cuja intenção era a de justificar racionalmente a existência do Estado, de encontrar um fundamento racional para o poder político, para máximo poder do homem sobre o homem, e não a de propor um modelo de sociedade justa”.

decisão que implica a participação daqueles a quem os princípios devem se aplicar”. E segue afirmando que ao contrário dos pensadores contratualistas clássicos, em especial o filósofo Rousseau, Rawls concebe o contrato²²⁵ social²²⁶ “[...] como uma reunião puramente imaginária na qual agentes livres e iguais escolhem, antecipadamente, e de uma vez por todas, os princípios de justiça que governam sua interação em algum esquema futuro de associação”. (BIRD, 2011, p. 103).

Por isto Rawls (2002, p. 146-147) caracteriza a posição original a partir do que denominou de “véu de ignorância”, pois “[...] a ideia da posição original é estabelecer um processo equitativo, de modo que quaisquer princípios aceitos sejam justos”. Na condição estabelecida pelo véu de ignorância, as pessoas “[...] não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais”. (RAWLS, 2002, p. 146-147). Por meio de véu da ignorância as pessoas desconhecem: o seu lugar na sociedade, seu status ou sua posição de classe; a sua sorte na distribuição de dotes naturais, suas habilidades, inteligência ou força; sua concepção de bem e as particularidades de sua vida pessoal e de sua psicologia; as circunstâncias particulares de sua própria sociedade, como posição econômica e política, ou o nível de civilização e cultura já atingidas; a qual geração elas pertencem. O único conhecimento que possuem “[...] é que a sua sociedade está sujeita às circunstâncias da justiça e a qualquer consequência de possa decorrer disso” (RAWLS, 2002, p. 147-148) e os fatos genéricos que afetem a escolha dos princípios da justiça. E são nestas condições que devem escolher quais os princípios de justiça embasarão a organização do sistema econômico e político, bem como as relações sociais dos cidadãos como pessoas livres e iguais e equitativamente situadas. Oliveira (2009, p. 80) evidencia que se as partes escolhem sob condições gerais, comuns a todos, “[...] a posição original, regulada pelo véu de ignorância, torna possível a obtenção de princípios justos, uma vez que nenhuma desigualdade

²²⁵ Importante consideração sobre a teoria do contrato social como fundamentação do liberalismo político pode ser encontrada no capítulo 2 intitulado “Liberalismo enquanto teoria da ordem política justa” do livro de Manfredo Araújo de Oliveira *Ética, direito e democracia*.

²²⁶ Sobre a teoria do contrato social, Bobbio (2006, p. 160) considera que ela, por se apoiar em argumentos racionais, está ligada ao nascimento da democracia, mesmo que nem todas as teorias contratualistas sejam democráticas. Mas ponto comum em todas elas é o de que o indivíduo é a última fonte do poder de comandar os próprios indivíduos. O contratualismo político difere do contratualismo particular, pois o primeiro assenta-se sob condições multilaterais e coletivas e o segundo sob condições bilaterais e privadas. Trata-se, portanto, de analisar as condições do poder ascendente em contraposição ao poder descendente.

atua para a sua elaboração”.

A função do véu de ignorância²²⁷ é eliminar as posições vantajosas de negociação, garantindo que os contratantes escolherão os princípios de justiça pelas razões certas e gerais, não influenciados por contingências sociais ou naturais e muito menos por qualquer doutrina filosófica, moral ou religiosa abrangente. (GONDIM, 2011, p. 64).

Definidas as condições iniciais da posição original, às partes representativas é apresentada uma lista de princípios a serem escolhidos para regular a estrutura básica da sociedade. Os princípios de justiça não são deduzidos da própria posição original, mas escolhidos imparcial e razoavelmente por cidadãos livres e iguais a partir de uma lista dada²²⁸.

Como critério de escolha dos princípios, Rawls (2002) rejeitará o critério da maximização aplicado pelo utilitarismo²²⁹ e adotará o critério *maximim* (maximização do mínimo). Assim, na escolha dos princípios, a alternativa a ser escolhida deve se aquela cujo pior resultado seja melhor do que o pior resultado de todas as outras alternativas. Assim, dentre todos os resultados estabelecidos, deve ser escolhido aquele que seja o melhor entre eles para todas as partes envolvidas na escolha. Com isto garante-se que os menos favorecidos tenham a melhor situação em face das piores condições de alternativas²³⁰.

²²⁷ Oliveira (2009, p. 79) destaca que a função do véu de ignorância “é conferir um caráter equitativo ao processo de escolha dos princípios de justiça, de forma que estes sejam igualitários e imparciais, resultando em uma teoria justa”. Ele age no sentido de eliminar os efeitos das contingências naturais e sociais.

²²⁸ Segundo Rawls (2003, p. 117) “[...] os princípios de justiça que são objeto de acordo não são, portanto, deduzidos das condições da posição original: são selecionados de uma lista dada. A posição original é um procedimento de seleção: opera a partir de uma família de concepções de justiça conhecidas e existentes em nossa tradição de filosofia política, ou elaboradas a partir dela”.

²²⁹ Sobre o utilitarismo analisado por Rawls (apud GARGARELLA, 2008, p. 3) afirma que ele é definido como “[...] aquela postura que considera um ato como correto quando maximiza a felicidade geral [e que ele tem de mais atraente quando comparado com o intuicionismo é o fato de possuir] um método capaz de organizar diferentes alternativas perante possíveis controvérsias morais” e que dentre as diversas teorias morais, é aquela que mais contribui para o bem-estar geral.

²³⁰ De maneira geral, a teoria da Justiça de Rawls opõe-se ao também ao intuicionismo e o faz por duas marcas principais, a saber, a afirmação feita pelo intuicionismo da “existência de uma pluralidade de princípios de justiça, capazes de entrar em conflito uns com os outros [e a consideração de que] não contamos com um método objetivo capaz de determinar, em caso de dúvidas, qual o princípio escolher entre os muitos que existem, ou como estabelecer regras de prioridade entre eles”. (GARGARELLA, 2008, p. 2). O que John Rawls considera como falha mais óbvia do intuicionismo é que ele não tem capacidade “de propor um sistema de regras capaz de hierarquizar nossas instituições (sobre qual princípio de justiça adotar em determinada situação), no caso habitual de serem gerados conflitos entre elas”. (GARGARELLA, 2008, p. 2-3). Por meio do intuicionismo não é possível julgar e avaliar as instituições sociais corretas daquelas que são incorretas, também o intuicionismo não proporciona distinguir entre uma intuição de mera impressão ou palpite. Mesmo que não seja possível eliminar todos os apelos a princípios intuitivos, quando

O problema pode ser exposto da seguinte forma: o que escolheriam as pessoas como princípios de justiça social na condição da posição original e do véu de ignorância? Rawls (2002, p. 15) responde que provavelmente não escolheriam o princípio do utilitarismo pois,

À primeira vista, parece pouco provável que pessoas que se veem como iguais com direitos a fazer exigências mútuas concordariam com um princípio que pode exigir para alguns expectativas de vida inferior simplesmente por causa de uma soma maior de vantagens frustradas por outros.

Assim se dá porque

Na ausência de impulsos benevolentes fortes e duráveis, um homem racional não aceitaria uma estrutura básica simplesmente porque ela maximizaria a soma algébrica de vantagens independentemente dos efeitos permanentes que pudesse ter sobre seus interesses e direitos básicos. (RAWLS, 2002, p. 16).

Rejeitando o utilitarismo²³¹, Rawls (2002, p. 16) acredita que a melhor escolha para a justiça da estrutura básica da sociedade como um esquema de cooperação e bem-ordenada, seriam os dois princípios²³² da justiça como equidade, pois, segundo ele

[...] o primeiro princípio exige a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos, enquanto o segundo afirmar que as desigualdades econômicas e sociais, por exemplo desigualdade de riqueza e autoridade, são justas apenas se resulta em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos da sociedade²³³.

necessário, deve-se recorrer a eles o mínimo possível.

²³¹ O princípio do utilitarismo parece não atender a tais requisitos, o que, ao contrário, parece ser satisfatório para os princípios da justiça como equidade, pois eles descrevem as condições para que todos cooperem de boa vontade, visto serem equânimes e justos de todos os lados. (LOVETT, 2013, p. 32).

²³² A tese principal em defesa dos dois princípios, “[...] é a de que, pelo fato de o bem-estar de todos depender de um sistema de cooperação sem o qual ninguém pode ter uma vida satisfatória, a divisão de vantagens deveria acontecer de modo a suscitar a cooperação voluntária de todos os participantes, incluindo-se os menos bem situados. No entanto, só se pode esperar isso se forem propostos termos razoáveis”. (RAWLS, 2002, p. 16).

²³³ A escolha desses dois princípios apresentados na concepção de justiça como equidade definida por Rawls estabelece que as desigualdades são justificadas apenas quando podem promover benefícios para os que são menos favorecidos e desde que aceitas por estes, e que a prioridade está na liberdade igual, que por seu lado, não pode ser violada tendo em vista maiores ganhos econômicos ou vantagens sociais. Explicando a posição teórica de Rawls, Morrison (2009, p. 473) afirma que “[...] alguma desigualdade é aceitável porque a busca dogmática de igualdade pode mostrar-se restritiva para os interesses dos menos favorecidos [e, continua], Rawls está tentando equilibrar a necessidade de crescimento de riqueza, com o respeito aos menos favorecidos na sociedade”.

Quais são então os dois princípios de justiça apontados por Rawls na teoria da justiça como equidade? Em *Uma Teoria da Justiça*, Rawls (2002, p. 64) afirma os princípios da justiça²³⁴ do seguinte modo:

Primeiro: cada pessoa deve ter igual direito ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro do limite do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.

A escolha desses dois princípios apresentados na concepção de justiça como equidade definida por Rawls (2002) estabelece que as desigualdades²³⁵ são justificadas apenas quando podem promover benefícios para os que são menos favorecidos e desde que aceitas por estes, e que a prioridade está na liberdade igual, que por seu lado, não pode ser violada tendo em vista maiores ganhos econômicos ou vantagens sociais.

O princípio da igual liberdade para todos estabelece que a posição de cidadania igual, os direitos e as liberdades básicas devem ser iguais para todos. É da igualdade liberal que se fala e para se alcançá-la em seus objetivos “[...] é preciso impor certas exigências à estrutura básica além daquelas do sistema de liberdade natural”. (RAWLS, 2003, p. 62). Segundo o próprio Rawls (2002, p. 68) “[...] o primeiro princípio simplesmente exige que certos tipos de regras, aquelas que definem as liberdades básicas, se apliquem igualmente a todos, e permitam a mais abrangente liberdade compatível com uma igual liberdade a todos”.

²³⁴ Em uma de suas reformulações e revisões teóricas da sua concepção de justiça social, Rawls (2003, p. 60) na obra *Teoria da Justiça como Equidade: uma reformulação*, os princípios da justiça social são assim descritos: “(a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (princípio da diferença)”. Já em *Liberalismo Político*, a expressão que Rawls (2011, p. 345) dá aos princípios de justiça é a seguinte: “a. Cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos. b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. A primeira é que devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; a segunda é que devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade”.

²³⁵ Morrison (2006, p. 473) afirma que “[...] alguma desigualdade é aceitável porque a busca dogmática de igualdade pode mostrar-se restritiva para os interesses dos menos favorecidos [e, continua], Rawls está tentando equilibrar a necessidade de crescimento de riqueza, com o respeito aos menos favorecidos na sociedade”.

É assim que se identifica a impossibilidade de que as liberdades de uns sejam restringidas ou violadas para que outros possam gozá-las melhor. Isso significa que não é possível fazer distinções arbitrárias entre os cidadãos e que, posições de classe, de cor, de raça, de credo ou de riqueza não servem como critério para a atribuição ou supressão de direitos e de liberdades básicas²³⁶. Se todos os cidadãos são iguais merecem o mesmo respeito e uma sociedade que não persegue tais princípios é injusta, o que têm em comum um milionário ou um pobre qualquer, é o fato de pertencerem ambos à humanidade e como seres humanos devem ser tratados, pois que os seres humanos não são objetos²³⁷.

As liberdades e sua prioridade devem garantir aos cidadãos de modo igual as condições sociais essenciais para o desenvolvimento adequado e para o exercício completo das faculdades morais naquilo que Rawls considera os dois casos fundamentais que é ter um senso de justiça e poder aplicá-lo à estrutura básica da sociedade e às suas políticas sociais e, à capacidade de ter uma concepção do bem, que se refere à aplicação dos princípios por meio da razão deliberativa para guiar a nossa conduta durante toda a vida. Segundo Rawls (2003, p. 64), do uso pleno e livre das duas faculdades morais das pessoas livres e iguais segue-se que:

Primeiro, as liberdades políticas iguais e a liberdade de pensamento permitem que os cidadãos desenvolvam e exerçam essas faculdades para julgar a justiça da estrutura básica e de suas políticas sociais; e, segundo, a liberdade de consciência e a liberdade de associação permitem que os cidadãos desenvolvam e exerçam suas faculdades morais para formar, rever e racionalmente procurar realizar (individualmente ou, com mais frequência, em associação com outros) sua concepção do bem.

Deste modo, este primeiro princípio aplica-se à estrutura básica da sociedade, mas também e de modo mais específico ao que se pode considerar como a Constituição²³⁸ do Estado, seja ela escrita ou não-escrita. (RAWLS, 2003, p.

²³⁶ Rawls (2003, p. 62) elabora uma lista das liberdades básicas iguais, a saber: "Liberdade de pensamento e de consciência; liberdades políticas (por exemplo, o direito de votar e participar da política) e liberdade de associação, bem como os direitos e as liberdades especificados pela liberdade e integridade (física e psicológica) da pessoa; o direito à propriedade privada e, finalmente, os direitos e liberdades abarcados pelo estado de direito".

²³⁷ Tratados como seres humanos a partir da liberdade igual, os cidadãos sentem-se até mais motivados para a realização de seus projetos pessoais, bem como para a cooperação social. Quando a justiça social acontece, os cidadãos sentem-se motivados para desenvolverem as suas capacidades de modo integral e podem estabelecer relações sociais marcadas pelo diálogo, pela cooperação e pelo respeito mútuo. (DANNER, 2006, p. 69).

²³⁸ Sobre a ideia de Constituição Lassalle (2008, p. 7-10) mostra que ela, no espírito unânime dos

64). E, é desta maneira que se atribui prioridade ao poder que deriva do povo, o poder constituinte em relação ao poder originário.

Em síntese, o primeiro princípio tem como objetivo garantir que as liberdades básicas sejam distribuídas de forma igual entre todos os cidadãos, daí a necessidade de elaboração, por um procedimento analítico, de uma lista de liberdades básicas essenciais.

Como é um direito de todo cidadão, torna-se um dever do Estado. É a tarefa do Estado impedir a dominação do poder econômico por parte de uma minoria abastada, daí a necessidade de políticas públicas que efetivem os princípios da democracia e de justiça social, pois é na política que os rumos da sociedade são definidos.

O segundo princípio de justiça pode ser definido por sua aplicação à distribuição de renda e de riqueza e com o propósito das organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e de responsabilidade. O que se quer dizer é que mesmo que a distribuição de riqueza não se faça igualmente, ela deve ser realizada de modo a trazer vantagens para todos, em especial àqueles que são os menos favorecidos. Ao mesmo tempo, as posições de autoridade e de responsabilidade devem ser acessíveis a todos. Este segundo princípio de justiça está dividido em duas partes: a primeira estabelece a igualdade equitativa de oportunidades e a segunda, denominada de princípio de diferença, estabelece que a diferença deve favorecer aqueles que já são menos favorecidos²³⁹.

O que se supõe é que dada a cidadania igual, os cidadãos, independentemente de sua cor, raça, credo ou riqueza, devem ter a oportunidade de alcançar cargos públicos ou políticos, pois que não são exclusividade e muito menos prerrogativas dos que são mais favorecidos. Assim, não há de se falar em igualdade de acesso a cargos públicos ou políticos apenas em seu sentido formal, mas é

povos, deve ser sagrada, algo de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum. A Constituição não é uma lei como as outras, ela é uma lei fundamental da nação. Para tanto, ela deverá ser uma lei básica, que constitua o verdadeiro fundamento de outras leis, atuando e irradiando-se através das leis comuns do país e, por fim, existe por necessidade de existir. Para ele, a Constituição faz necessária, mas como uma necessidade ativa, uma força ativa que faz que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes sejam o que são. Semelhante a esta compreensão de Constituição, é que Rawls explica os princípios da justiça a partir da posição original como o fundamento de todo o sistema econômico e político, bem como da organização dos termos da cooperação social.

²³⁹ Em *Uma Teoria da Justiça*, Rawls (2002, p. 77) expressa a ideia fundamental do princípio da igualdade equitativa de oportunidades, a saber, “[...] as posições não devem estar abertas apenas de modo formal, mas que todos devem ter oportunidade equitativa de atingi-las”. A questão é a possibilidade de oportunizar a todos aqueles que possuem talentos semelhantes as chances de poderem desempenhá-los também de modo semelhante.

necessário que a igualdade se dê também de modo material ou substancial. (DANNER, 2006, p. 71).

O princípio da diferença, que é a segunda parte do segundo princípio, procura esclarecer a dúvida em virtude de que princípios pessoas morais, livres e iguais legitimariam desigualdades econômicas e sociais?

Na posição inicial que é a de cidadania igual, as partes dividem igualmente a renda e a riqueza. No entanto, esta divisão pode gerar insuficiência econômica, pois dando a todos a mesma porção poderá não atender às necessidades de cada um. É deste modo que as partes legitimam desigualdades econômicas e sociais moderadas, mas condicionadas à promoção de benefícios a todos, em especial àqueles que são menos favorecidos e deste que sejam aceites por estes. Huisman (2004, p. 827) fala de um realismo do princípio de diferença na medida em que ele não propõe uma igualdade total, mas permite falar em “desigualdades justas”, ou seja, “[...] o segundo princípio intervenção como critério de seleção das desigualdades legítimas. Um aumento da desigualdade só se justifica moralmente se repercutir de maneira favorável na situação dos menos favorecidos”. O objetivo do princípio da diferença é exigir que as desigualdades existentes beneficiem os menos favorecidos. De outro modo, as desigualdades não são admitidas. Pelo próprio Rawls (2002, p. 69),

O segundo princípio insiste que cada pessoa se beneficie das desigualdades permissíveis na estrutura básica. Isso significa que cada homem representativo definido por essa estrutura, quando a observa como um empreendimento em curso, deve achar razoável preferir as suas perspectivas com a desigualdade às suas perspectivas sem ela.

Os menos favorecidos são definidos por Rawls (2003, p. 83) como “[...] aqueles que pertencem à classe de renda com expectativas mais baixas”. Por sua vez estas expectativas são definidas pelo acesso aos bens primários²⁴⁰, que são os bens indispensáveis para que os cidadãos possam desenvolver e exercitar suas capacidades morais. Sem eles, um cidadão livre igual não poderá obter uma vida plena.

²⁴⁰ “Os bens primários são agora caracterizados como aquilo de que as pessoas necessitam em sua condição de cidadãos livres e iguais, e de membros normais e totalmente cooperativos da sociedade durante toda a vida. Comparações interpessoais de justiça política devem ser feitas em termos de uma lista ordenada de bens primários dos cidadãos, e considera-se que esses bens respondem às suas necessidades como cidadãos, em oposição às suas preferências e desejos”. (RAWLS, 2002, p. xv-xvi).

Rawls (2003; 2011) elabora uma lista desses bens primários distinguindo-os em número de cinco, a saber: (I) Os direitos e liberdades básicos: as liberdades de pensamento e de consciência, e todas as demais (§ 13); (II) As liberdades de movimento e de livre escolha de ocupação sobre um fundo de oportunidades diversificadas; (III) Os poderes e prerrogativas de cargos e posições de autoridade e de responsabilidade; (IV) Renda e riqueza; (V) As bases sociais do autorrespeito²⁴¹.

Após definir os princípios de justiça, Rawls se preocupa em demonstrar a sua exequibilidade, estabelecendo um procedimento através do qual esses princípios deixam de ser um acordo hipotético e a-histórico e se transformam em direitos constitucionais. (GONDIM, 2011, p. 68).

Para isto, Rawls (2003, p. 67-68) explica que os princípios de justiça são adotados e aplicados numa sequência de quatro estágios: 1) os princípios são escolhidos pelas partes por meio do véu de ignorância; 2) o estágio da convenção constituinte; 3) o estágio legislativo e 4) o estágio em que as normas são aplicadas por governantes e geralmente seguidas pelos cidadãos.

Entretanto, a eficácia de tais princípios de justiça se estabelece por um segundo tipo de acordo que consiste em definir as regras que regem a discussão pública. A finalidade é garantia a estabilidade da justiça por meio do desenvolvimento de um senso de justiça nos cidadãos que os façam agir conforme as instituições sociais básicas. É a definição da razão pública²⁴².

²⁴¹ Para Rawls, o autorrespeito (ou autoestima) resulta da compreensão que o indivíduo possui de que é respeitado pelo poder público, e de saber que esse é o respeito que lhe assegura as condições para o desenvolvimento da vida digna. Felipe (2000, p. 144) explica a autoestima considerando que “a elevada autoestima de uma pessoa se constitui através da contínua afirmação de seu valor moral inalienável, da liberdade para se desenvolver e do amparo para realizar sua vida de modo pleno, em meio ao projeto de vida de todos os demais”. Ainda com referência à autoestima, pondera Silva (2007, p. 81) que o seu valor moral “[...] se constitui inalienável na constante confirmação da liberdade de construção de um plano de vida racional que possa ser posto em prática dentro do sistema social, no qual se encontra inserido, e sem pôr em risco o plano de outros indivíduos. A autoestima do indivíduo necessita também do reconhecimento da esfera do poder público nos seus direitos e deveres de cidadão e da provisão dos bens primários materiais necessários para desenvolvimento da mesma”. Assim, o autorrespeito (a autoestima) é um bem essencial para o indivíduo, tanto para a concretização de sua concepção de bem, quanto para a manutenção do pacto de cooperação social, o qual fundamenta a posição original da sociedade.

²⁴² Sobre a ideia de razão pública, conferir a Parte Quatro do *Liberalismo Político* na qual Rawls (2011, p. 523) a define como fazendo parte de uma sociedade democrática constitucional bem-ordenada e que ela “[...] explicita no nível mais profundo os valores morais e políticos que devem determinar a relação de um governo democrático constitucional com seus cidadãos e a relação destes entre si”. Segundo Rawls (2011, p. 524), a ideia de razão pública se caracteriza pelos seguintes aspectos: “(1) as questões políticas fundamentais às quais se aplica; (2) as pessoas a quem se aplica (autoridades públicas e candidatos a cargo públicos); (3) seu conteúdo tal como especificado por uma família de concepções políticas razoáveis de justiça; (4) a aplicação dessas concepções em discussões de normas coercitivas que devem ser aprovadas na forma de Direito

A definição da razão pública parte do princípio de que as questões essenciais devem ser acessíveis ao cidadão comum e que a discussão seja pública, livre e razoável²⁴³. Trata-se de um dever de civilidade que pode ser utilizado como um instrumento de justificação de juízos políticos, em relação àquelas pessoas que discordam deles. (GONDIM, 2011, p. 69). À razão pública alia-se a noção de equilíbrio reflexivo.

A noção de equilíbrio reflexivo²⁴⁴ é explicada por Rawls (2003, p. 40) tendo como pressuposto a ideia de que os cidadãos livres e iguais são capazes de razão (teórica e prática) e possuem um senso de justiça. Assim, são capazes não apenas de escolher princípios de justiça que justifiquem o sistema político e econômico, bem como as relações sociais gerais, mas também de repensá-los e com isso poderem aperfeiçoar a concepção de justiça.

A função do equilíbrio reflexivo é proporcionar uma averiguação da coerência e consistência do conceito de justiça que se apresentam ao longo do tempo e dos movimentos da sociedade. Rawls (2003, p. 44) conclui sobre o equilíbrio reflexivo que ele na teoria da justiça como equidade,

[...] caracteriza-se por seu objetivo prático, uma reflexão racional, e seu aspecto não-fundacionalista [e] [...]. Satisfaz, assim, a necessidade de uma base para a justificação pública em questões de justiça política; pois tudo o que se exige para o objetivo prático de alcançar um acordo razoável em matéria de justiça política é coerência entre convicções refletidas em todos os níveis de generalidade e em equilíbrio reflexivo amplo e geral.

É possível, portanto, que em uma sociedade bem-ordenada, os cidadãos possam afirmar uma mesma concepção de justiça, ainda que não seja pelas mesmas razões. Essa aceitação pública geral de uma concepção de justiça se explica pelo conceito de consenso sobreposto. A noção de consenso sobreposto²⁴⁵ é

legítimo para um povo democrático; (5) a verificação pelos cidadãos de que os princípios derivados de tais concepções de justiça satisfazem o critério de reciprocidade”.

²⁴³ À uma concepção razoável, se vincula uma ideia de reciprocidade, visto ser ela o critério que atua na definição do conteúdo da razão pública. Assim, “[...] uma concepção razoável de justiça política é aquela que se pode esperar que seja aceita por cada participante contanto que os demais também a aceitem. Portanto, ideais e princípios de justiça utilizados pelos cidadãos são razoáveis quando apresentam razões que os outros cidadãos também possam endossar”. (OLIVEIRA, 2009, p. 83).

²⁴⁴ Silva (2007, p. 70) se refere ao equilíbrio reflexivo dizendo que ele “[...] consiste na averiguação sobre se os princípios que poderão ser escolhidos se adequam às nossas convicções de justiça ou as estendem em condições aceitáveis”. E continua dizendo que o equilíbrio reflexivo se dá quando “[...] os nossos princípios estão de acordo com nossas posições sobre a justiça, obtendo assim o equilíbrio; quando passamos a conhecer os princípios aos quais se adequam nossas posições, assim como as premissas para a sua derivação, obtendo o caráter reflexivo. (SILVA, 2007, p. 71).

²⁴⁵ Sobre o consenso sobreposto, conferir a conferência IV no livro *Liberalismo Político*. Mas em

esclarecida por Rawls (2003, p. 44-45) “[...] para tornar a noção de sociedade bem-ordenada mais realista e ajustá-la às condições históricas e sociais de sociedade democráticas, que incluem o fato do pluralismo razoável”. O pressuposto do consenso sobreposto é o de que as razões para a afirmação da mesma concepção de justiça, mesmo que em uma sociedade bem-ordenada, são diversificadas. Assim, são doutrinas abrangentes e até contraditórias que baseiam as opiniões políticas dos cidadãos, mas isto não é impedimento para que a concepção política tenha um ponto de vista comum.

Rawls (2011, p. 170) aponta dois aspectos centrais da ideia de um consenso sobreposto: a procura de um consenso de doutrinas abrangentes razoáveis e que a concepção pública de justiça de uma democracia constitucional, deve ser independente, na medida do possível, de doutrinas religiosas, filosóficas, e morais abrangentes. É justamente a condição do pluralismo razoável que implica em que não é possível estabelecer uma doutrina única e abrangente, total ou parcialmente, para fundamentar os sistemas político e econômico, bem como as relações sociais. A função do consenso sobreposto é afirmar a concepção política de uma sociedade bem-ordenada. (RAWLS, 2003, p. 45).

Já se disse que as condições para uma concepção política estabelecida pela justiça como equidade são: as suas exigências estão limitadas à estrutura básica da sociedade, sua aceitação não se fundamenta em nenhuma doutrina abrangente e, por fim, as ideias são extraídas da cultura política pública e, por isto mesmo, são familiares aos indivíduos.

3.2 As liberdades fundamentais e a tolerância em John Rawls

3.2.1 As liberdades fundamentais

Não se trata de entender a liberdade a partir da distinção entre o significado da liberdade negativa e o da liberdade positiva²⁴⁶. Este tipo de debate

síntese a ideia do consenso sobreposto apresentado por Rawls (2011, p. 158) pressupõe que “[...] a unidade social se baseia em um consenso acerca da concepção política; e a estabilidade se torna possível quando as doutrinas que constituem o consenso são aceitas pelos cidadãos politicamente ativos da sociedade e quando as exigências de justiça não conflitam por demais com os interesses essenciais dos cidadãos, considerando-se o modo como esses interesses se formam e são fomentados pelos arranjos sociais de sua sociedade”.

²⁴⁶ Embora Rawls (2002) afirme que a oposição efetuada por Constant entre a liberdade dos antigos

envolve a questão dos valores relativos às várias liberdades e não a questão de definição do que seja a liberdade. Ele afirma que os dois tipos de liberdades possuem profundas raízes nas aspirações humanas, entretanto considera que

A liberdade de pensamento e a liberdade de consciência, a liberdade individual e as liberdades civis não deveriam ser sacrificadas em nome da liberdade política, da liberdade de participar igualmente nos assuntos políticos. Essa é uma questão de filosofia política substantiva, e requer-se uma teoria do justo e da justiça para tratar dela. As questões de definição podem desempenhar, na melhor das hipóteses, um papel subsidiário. (RAWLS, 2002, p. 218).

Para Rawls (2002, p. 218-219) qualquer liberdade pode ser explicada mediante uma referência “[...] aos agentes que são livres, as restrições ou limitações de que eles estão livres, e aquilo que eles estão livres para fazer ou não fazer”.

A descrição da liberdade geral para o filósofo é realizada da seguinte forma “[...] esta ou aquela pessoa (ou pessoas) está (ou não está) livre desta ou daquela restrição (ou conjunto de restrições) para fazer (ou não fazer) isto ou aquilo”. (RAWLS, 2002, p. 219). Assim a liberdade será tratada na maior parte do tempo associando-a às restrições legais e constitucionais, pois “[...] a liberdade é uma certa estrutura de instituições, um certo sistema de normas públicas que definem direitos e deveres”. (RAWLS, 2002, p. 219).

A liberdade na teoria da justiça como equidade diz respeito aos direitos e deveres definidos por um sistema de leis, ela é

[...] uma certa estrutura de instituições, um certo sistema de normas públicas que definem direitos e deveres. [Deste modo], as pessoas têm liberdade para fazer alguma coisa quando estão livres de certas restrições que levam a fazê-la ou a não fazê-la, e quando sua ação ou ausência de ação está protegida contra a interferência de outras pessoas. (RAWLS, 2002, p. 219).

De outra maneira, para que haja liberdade, não é suficiente a condição de permissibilidade de fazer ou não fazer, mas também que os governos e as outras pessoas estejam obrigados legalmente a não criar obstáculos à pessoa. Assim

em relação aos modernos seja algo vago e inexato, a justiça como equidade considera tanto a liberdade negativa quanto à positiva. Tendo em vista tal aspecto, constata-se a presença contínua, concomitante, nas obras rawlsianas das noções de liberdade antiga e moderna, isto é, da menção: (i) à igualdade; (ii) à liberdade juntamente com o procedimentalismo puro e com a elaboração dos princípios de justiça como algo histórico e analítico; (iii) à crença na liberdade individual enfatizada no primeiro princípio de justiça; (iv) à crença na igualdade de todos os cidadãos em uma sociedade enfatizada no segundo princípio de justiça. (GONDIM, 2010, p. 01).

Rawls (2002, p. 219) expressa a própria compreensão de liberdade como

Um conjunto bastante intrincado de direitos e deveres caracteriza qualquer liberdade básica particular. Não apenas deve ser permissível que os indivíduos façam ou não façam uma determinada coisa, mas também que o governo e as outras pessoas devem ter a obrigação legal de não criar obstáculos.

Para o filósofo da justiça as liberdades básicas devem ser avaliadas como um sistema único, pois uma liberdade tem seu valor dependente da especificação de outras liberdades. Além do mais, supõe que,

Em condições razoavelmente favoráveis, há sempre um modo de definir essas liberdades de forma que as aplicações principais de cada uma possa ser simultaneamente assegurada e os interesses mais fundamentais protegidos; ou pelo menos que isso é possível no contexto adequado, desde que os dois princípios e suas correspondentes prioridades sejam acatados de modo consistente. Por fim, dada essa especificação das liberdades básicas, pressupõe-se que, na maioria dos casos, perceba-se claramente se um instituto legal de uma lei realmente restringe ou simplesmente regula uma determinada liberdade básica. (RAWLS, 2002, p. 220).

Assim, fica claro que Rawls (2002, p. 220) entende que na constituição de um sistema de leis, “[...] as partes precisam decidir como devem ser especificadas as várias liberdades de modo a produzir o melhor sistema global de liberdade” e que é também necessário distinguir entre restrição e regulação das liberdades básicas, mas também terão de avaliar, em alguns casos, uma liberdade básica com relação a outra. Assim, para ele, “[...] a melhor ordenação das várias liberdades depende da totalidade das limitações a que elas estão sujeitas”. (RAWLS, 2002, p. 220).

São duas as maneiras de violar o primeiro princípio da justiça:

[...] a liberdade é desigual quando, por exemplo, uma categoria de pessoas tem uma liberdade maior do que outra, ou a liberdade é menos extensiva do que deveria ser. [Há violação porque] [...] as liberdades de cidadania igual devem ser as mesmas para cada membro da sociedade. (RAWLS, 2002, p. 220).

As liberdades iguais podem possuir extensões diferentes umas das outras, entretanto, dependerá de como se influenciam mutuamente em um sistema de proteção e de ajuste da liberdade da melhor forma possível. E é assim porque “[...] o ajuste do sistema completo da liberdade depende exclusivamente da definição e da extensão das liberdades específicas”. (RAWLS, 2002, p. 221). Assim, uma

liberdade que é resguardada pelo primeiro princípio somente “[...] pode ser limitada em consideração à própria liberdade e mesmo assim, para assegurar que a mesma liberdade ou outra liberdade básica estará adequadamente protegida, e para ajustar o sistema único de liberdades da melhor forma possível”. (RAWLS, 2002, p. 221).

É, portanto, a definição e a extensão das liberdades específicas a condição para o ajuste do sistema completo de liberdades, sistema este que deve ser avaliado pelo ponto de vista do cidadão representativo justo a partir da perspectiva da convenção constituinte ou do estágio legislativo, que estabelece a preferência racional do cidadão ao sistema de liberdade. (RAWLS, 2002, p. 221).

Outro aspecto que pode ser considerado como capaz de restringir as liberdades está associado “[...] à incapacidade de beneficiar-se dos próprios direitos e oportunidades, como consequência da pobreza e da ignorância, e da falta de meios em geral”. (RAWLS, 2002, p. 221). Entretanto, a posição de Rawls (2002) com relação a este tipo de possibilidade de limitação será considerar que esta condição de carência afeta o valor da liberdade, mas que a própria estrutura básica bipartida permite reconciliar a liberdade com a igualdade.

Deste modo, distinguem-se a liberdade e o valor da liberdade da seguinte maneira:

A liberdade é representada por um sistema completo de liberdades de cidadania igual, enquanto o valor da liberdade para as pessoas e grupos depende de sua capacidade de promover seus fins dentro da estrutura definida pelo sistema. A noção de liberdade como liberdade igual é a mesma para todos; não surge o problema de se compensar uma liberdade que não atinja o requisito mínimo de igualdade. Mas o valor da liberdade é o mesmo para todos. Alguns têm mais autoridade e riqueza, e portanto maiores meios de atingir seus objetivos. O valor menor da liberdade, é todavia, compensado, uma vez que a capacidade dos membros menos afortunados da sociedade para conseguir seus objetivos seria ainda menor caso eles não aceitassem as desigualdades existentes sempre que o princípio da diferença fosse respeitado. Mas não se deve confundir a compensação do valor menor da liberdade com a afirmação de uma liberdade desigual. Juntando-se os dois princípios, a estrutura básica deve ser ordenada para maximizar o valor para os menos favorecidos, no sistema completo de liberdade igual partilhada por todos. Isso é o que define a justiça social. (RAWLS, 2002, p. 221-222).

3.2.2 Igual liberdade de consciência

A tese defendida por Rawls (2002, p. 223), se fundamenta na concepção de que:

As pessoas na posição original não devem ver a si mesmas como indivíduos únicos e isolados. Ao contrário, presumem que têm interesses que devem projetar da melhor forma possível, além de vínculos com certos membros da geração seguinte, que também farão reivindicações semelhantes.

Desde que as partes considerem essas questões, Rawls (2002) considera que o argumento em favor dos princípios da justiça fica reforçado. Para ele, então, a questão da igual liberdade de consciência está resolvida e o raciocínio utilizado para este caso, pode também ser aplicado a outras liberdades, mesmo que com intensidade diferente. O núcleo do argumento é o seguinte: “[...] considerando então a liberdade de consciência, parece evidente que as partes devem escolher princípios que assegurem a integridade de sua liberdade moral e religiosa”. (RAWLS, 2002, p. 223).

Como na posição original os indivíduos representativos desconhecem o conteúdo de suas convicções morais ou religiosas, não sabem como é vista sua concepção moral ou religiosa no seio de sua sociedade, sabem apenas que possuem obrigações que são interpretadas de determinada maneira, parece que ao decidirem sobre qual princípio deveriam adotar para regular as liberdades dos cidadãos, escolheriam a igual liberdade de consciência. Os indivíduos sob o véu de ignorância, não colocariam em risco a sua liberdade permitindo que uma doutrina religiosa ou moral dominante persiga ou elimine outras doutrinas se assim o desejar. Assim, não escolheriam o princípio utilitarista, pois suas liberdades estariam sujeitas a cálculos de interesses sociais e elas estariam autorizando as restrições desse cálculo. Além do mais, o cálculo não estaria claro, muito se poderia perder. Para Rawls a liberdade seria conquistada de imediato com a escolha do princípio da liberdade igual. (RAWLS, 2002, p. 224).

O filósofo da justiça neste ponto reforça a ideia de que “[...] o acordo inicial sobre o princípio da liberdade é definitivo, [pois é absolutamente vinculativo. Além do mais], maiores benefícios econômicos e sociais não constituem uma razão suficiente para aceitar menos do que uma liberdade igual”. (RAWLS, 2002, p. 225). A única hipótese que Rawls (2002, p. 225) admite para estabelecer uma liberdade desigual, diz respeito à possibilidade de “[...] haver uma ameaça de coerção à qual, do ponto de vista da própria liberdade, não é prudente resistir”.

Mas do ponto de vista da posição original é impossível que isto venha a ocorrer, o véu de ignorância conduz a um consenso sobre o princípio da liberdade

igual e a força das obrigações morais e religiosas como compreendidas pela humanidade, parece exigir a disposição dos dois princípios da justiça em ordem serial. (RAWLS, 2002, p. 225).

Em caso de seitas religiosas diferentes, do ponto de vista religioso, não é possível nenhum entendimento entre os seguidores de cada uma delas, assim, como cada uma acredita nos valores da seita que professa, “[...] basta dizer que se há qualquer princípio que possa ser aceito consensualmente, esse deve ser o princípio da liberdade igual”. (RAWLS, 2002, p. 225).

A tese fundamental de John Rawls é a de que somente em favor de uma liberdade é possível restringir outra. Além do mais, quando se leva em conta a preocupação com as gerações seguintes, as razões em favor do princípio da liberdade igual são reforçadas. A explicação dada ao argumento, recorre ao princípio do paternalismo²⁴⁷, o qual expressa a ideia de que “[...] os que se preocupam com os outros devem escolher em favor deles à luz do que eles irão querer, entre outras tantas coisas, assim que atingirem a maturidade”. (RAWLS, 2002, p. 226).

Rawls (2002, p. 227) destaca que há outros argumentos persuasivos a favor da liberdade oriundos de outras concepções de justiça, mas ele vai se valer do argumento utilitarista defendido por John Stuart Mill, pois considera que tal argumento como critério o valor da escolha e diz que “[...] uma atividade é melhor que outra se for preferida por aqueles que podem fazer as duas coisas e que passaram pelas experiências em circunstâncias de liberdade”.

Segundo este critério, John Stuart Mill apresenta três fundamentos para as instituições livres, a saber: 1) elas são necessárias para desenvolver as capacidades e poderes dos homens, para estimular naturezas fortes e vigorosas; 2) as instituições de liberdade e a oportunidade para a experiência permitida por elas são necessárias para que a escolha entre atividades diferentes seja racional e esclarecida. A supressão da liberdade tem sempre a probabilidade de ser irracional; 3) os seres humanos preferem viver em instituições livres. Assim, “[...] as instituições livres têm valor em si mesmas com aspectos básicos de formação de vida preferidas racionalmente”. (RAWLS, 2002, p. 227-228).

²⁴⁷ O teor do princípio do paternalismo está expresso da seguinte forma: “[...] devemos escolher pelos outros conforme os nossos motivos nos levam a acreditar que eles escolheriam por si mesmos, se estivessem na idade da razão e decidindo racionalmente”. (RAWLS, 2002, p. 226-227).

O argumento utilitarista é considerado poderoso, pois, circunstancialmente, poderia justificar a maioria das liberdades iguais, entretanto não consegue justificar uma liberdade igual para todos. E não o faz porque

Sempre que uma sociedade decide maximizar a soma dos valores intrínsecos ou 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. A argumentação a favor delas se apoia em cálculos tão precários quanto controversos, e em premissas incertas. (RAWLS, 2002, p. 229).

Para a concepção contratualista, a liberdade igual não se fundamenta na maximização da soma dos valores intrínsecos ou de se atingir o maior saldo de satisfação, mas, “[...] em vez disso, esses direitos são atribuídos para satisfazer os princípios de cooperação que os cidadãos reconheceriam quando cada um estivesse representado de forma justa como pessoa ética”. (RAWLS, 2002, p. 229).

A teoria da justiça como equidade propicia fortes argumentos a favor da liberdade de consciência igual e tais argumentos podem ser utilizados adequadamente para defender o princípio da liberdade igual, bem como para justificar a sua prioridade. Segundo John Rawls (2002, p. 230),

Da perspectiva da convenção constituinte, esses argumentos levam à escolha de um regime que garante a liberdade moral, a liberdade de pensamento e de fé, e de prática religiosa, embora essa última, como de costume, possa ser regulada pelo interesse do Estado da segurança e da ordem pública.

Na teoria política de Rawls (2002, p. 230) o Estado é laico e “[...] não pode favorecer nenhuma religião específica e não se pode vincular sanções ou incapacidades a nenhuma afiliação religiosa ou ausência dela”. Entretanto, se o Estado não pode ser confessional, os indivíduos podem unir-se de modo particular formando associações particulares com organização, atividades e disciplina próprias, desde que os seus membros escolham de fato se querem continuar sua filiação. (RAWLS, 2002, p. 230).

No texto de Rawls (2002, p. 230) essas são as maneiras pelas quais o Estado defende a liberdade religiosa e moral: “[...] a lei protege o direito de culto no sentido de que a apostasia não é reconhecida, e muito menos penalizada, como ofensa jurídica, assim como não é o fato de não se ter nenhuma religião”.

Na teoria política de Rawls (2002, p. 230), a liberdade religiosa é ampla, mas não é absoluta. Segundo ele, “[...] todos concordam que a liberdade de consciência é limitada pelo interesse geral na segurança e ordem públicas” e, também é esta a conclusão alcançada pela teoria contratualista, pelas seguintes razões,

1) a aceitação dessa limitação não implica que os interesses públicos sejam, em qualquer sentido, superiores aos interesses religiosos e morais; 2) nem exige que o governo veja as questões religiosas como fatos indiferentes, ou 3) reivindique o direito de suprimir convicções filosóficas quando estas conflitam com os interesses do Estado. (RAWLS, 2002, p. 230).

Para Rawls (2002, p. 230),

O governo não tem nenhuma autoridade para tornar associações legítimas ou ilegítimas assim como não tem essa autoridade no que se refere à arte e à ciência. Essas questões simplesmente estão fora do âmbito de sua competência, tal como é definida por uma constituição justa.

Segundo os princípios da justiça defendidos por Rawls (2002, p. 230), “[...] o Estado deve ser entendido como a associação constituída por cidadãos iguais”. Sendo assim, as doutrinas filosóficas ou religiosas não são objeto de sua preocupação, mas deve sim, regulamentar “[...] a busca, por parte dos indivíduos, de seus interesses espirituais e morais, de acordo com princípios com os quais eles próprios concordariam numa posição inicial de igualdade”. (RAWLS, 2002, p. 230).

O Estado deve atuar como agente dos cidadãos, buscando satisfazer as exigências de sua concepção comum de justiça. Assim, se nega a concepção do Estado leigo com competências ilimitadas,

Uma vez que decorre dos princípios de justiça que o governo não tem nem direito nem dever de fazer ele ou uma maioria (ou qualquer outro grupo) quiser fazer nas questões de religião ou de moral. Seu dever se limita a garantir as condições de igual liberdade religiosa e moral. (RAWLS, 2002, p. 231).

Deste modo, diz Rawls (2002, p. 231),

[...] ao limitar a liberdade por referência ao interesse geral e segurança pública, o governo age apoiado num princípio que seria escolhido na posição original. [Ainda], o rompimento dessas condições constitui um perigo para a liberdade de todos [e] a manutenção da ordem pública é uma

condição necessária para que todos atinjam seus objetivos [...] e para que cada um possa satisfazer a própria interpretação de suas obrigações religiosas e morais.

É do princípio do interesse comum que deriva a compreensão de que a liberdade de consciência pode sofrer restrições dentro dos limites do interesse do Estado na ordem pública. Para Rawls (2002, p. 231),

[...] o direito do governo de manter a segurança e a ordem é um direito que atribui competência, [isto é, é um direito-dever que] o governo deve ter para poder executar o seu dever de apoiar imparcialmente as condições necessárias, a fim de que todos possam promover seus interesses pessoais e cumprir suas obrigações segundo seu entendimento delas.

Além do mais, não se pode esquecer, que a limitação da liberdade defendida por Rawls (2002, p. 231), pressupõe que “[...] a liberdade de consciência só deve ser limitada quando há suposições razoáveis de que não fazê-lo prejudicará a ordem pública que o governo deve manter”.

O critério defendido por Rawls (2002) para limitação da liberdade é estabelecido por meio de evidências e formas de raciocínio aceitáveis para todos, que por sua vez, funda-se nos princípios da justiça.

Os argumentos a favor da liberdade se baseiam numa concepção de justiça. Assim, para Rawls (2002, p. 233),

[...] a tolerância não se origina de necessidades práticas ou razões de Estado. A liberdade religiosa e moral decorre do princípio da liberdade igual; e supondo-se a prioridade desse princípio, a única razão para negar as liberdades iguais é a de evitar uma injustiça ou uma perda de liberdade ainda maior.

A argumentação não se apoia em nenhum tipo de doutrina filosófica ou metafísica não implica em ceticismo em relação à filosofia ou indiferença religiosa. Para Rawls (2002, p. 233), “[...] a limitação da liberdade só se justifica quando for necessária para a própria liberdade, para impedir uma incursão contra a liberdade que seria ainda pior”.

Quando do momento da convenção constituinte, as partes devem

Escolher uma constituição que garanta uma igual liberdade de consciência regulada unicamente por tipos de argumentos geralmente aceitos, e que seja limitada apenas quando esse argumento indicar uma interferência razoavelmente certa nos fundamentos da ordem pública. (RAWLS, 2002, p. 233-234).

Assim, a limitação à liberdade que se faz com fundamentos nas consequências para a ordem pública, traz consigo a possibilidade de verificação de que os limites foram impostos incorretamente, reconhecendo-se assim, a prioridade dos princípios de justiça escolhidos.

A conclusão sobre a questão da tolerância para Rawls (2002, p. 234) pode ser representada pelo princípio segundo o qual “[...] a liberdade é regida pelas condições necessárias à liberdade”. Sendo assim, não se pode ter como fundamentos para limitação da liberdade a crença em princípios de fé e muito menos por argumentos de caráter psicológico, mas tão somente pode ser ela fundamentada sob a argumentação da preservação da ordem pública. Segundo Rawls (2002, p. 235).

Quando a negação da liberdade é justificada apelando-se para a ordem pública determinada pelo senso comum, é sempre possível insistir que os limites foram estabelecidos incorretamente, que a experiência de fato não justifica a restrição. Já quando a eliminação da liberdade se baseia em princípios teológicos ou questão de fé, nenhuma argumentação é possível. Uma concepção reconhece a prioridade de princípios que seriam escolhidos na posição original, ao passo que a outra não faz.

Com relação à tolerância para com os intolerantes, o problema que aqui se estabelece é saber “[...] se a justiça exige que se tolere os intolerantes e, nesse caso, em que condições”. (RAWLS, 2002, p. 235). Para Rawls (2002), há uma variedade de situações em que essa questão aparece, entretanto, ele discutirá o assunto em relação com a intolerância religiosa cuja demonstração, adequadamente alterada, pode servir para outros casos.

Rawls (2002, p. 235-236) considera que é preciso distinguir várias questões,

1) ‘existe a questão de se saber se uma facção intolerante tem algum direito de se queixar se não for tolerada’; 2) ‘em que condições as facções tolerantes têm o direito de não tolerar as intolerantes’ e 3) ‘quando têm o direito de não as tolerar e para que fins deve esse direito ser exercido’.

Com relação à primeira questão, Rawls (2002, p. 236) argumenta que “[...] parece que uma facção intolerante não tem o direito de se queixar quando uma liberdade igual lhe é negada”. A procedência deste argumento encontra-se na ideia

presumida de que

Uma pessoa não tem nenhum direito a objetar contra a conduta alheia que esteja de acordo com os princípios que ela própria adotaria em circunstâncias semelhantes a fim de justificar suas ações para com os outros. O direito de acusação de uma pessoa se limita a violação de princípios que ela mesma reconhece. (RAWLS, 2002, p. 236).

Mesmo que o comportamento do intolerante se fundamente numa conduta caracterizada pela boa-fé, é insuficiente para se justificar a queixa do intolerante quando é tratado também de modo intolerante. Segundo Rawls (2002, p. 236)

Do ponto de vista da posição original, nenhuma interpretação particular da verdade religiosa pode ser reconhecida como obrigatória para os cidadãos em geral; nem se pode concordar que deve haver uma única autoridade com o direito de resolver questões de doutrina teológica. Cada pessoa deve insistir em seu direito igual de decidir quais são suas obrigações religiosas. Ela não pode renunciar a seus direitos em favor de outra pessoa ou autoridade institucional.

Rawls (2002, p. 236-237) afirma que “[...] a liberdade assegurada pela justiça é imprescritível: uma pessoa sempre está livre para mudar de religião e esse direito não depende de ela ter exercido seus poderes de escolha de forma certa ou inteligente”.

Admitindo-se a boa-fé do intolerante e o princípio adotado por ele de que “Deus deve ser obedecido e a verdade aceita por todos” ainda não se tem definido um princípio de julgamento, pois

Do fato de que a vontade de Deus deve ser obedecida não decorre que qualquer pessoa ou instituição tem a autoridade de interferir na interpretação que outro faz de suas obrigações religiosas. Esse princípio religioso não justifica ninguém em sua reivindicação de uma liberdade maior para si mesmo na esfera jurídica ou política. Os únicos princípios que autorizam que reivindicações sejam dirigidas a instituições são os que seriam escolhidos na posição original. (RAWLS, 2002, p. 237).

Supondo-se que uma facção intolerante não tenha qualquer direito de se queixar de intolerância, não se pode dizer que as facções tolerantes tenham o direito de suprimi-la. O problema que se impõe “[...] é saber se o fato de alguém ser intolerante é razão suficiente para que sua liberdade seja limitada, [se têm os tolerantes] o direito de reprimir os intolerantes, quando estes não oferecem nenhum

perigo imediato para as liberdades iguais dos outros”. (RAWLS, 2002, p. 237). A resposta de Rawls (2002, p. 238) é a de que havendo uma constituição justa, é dever natural de todo cidadão defendê-la e, assim, “[...] os cidadãos justos devem se esforçar para preservar a constituição com todas as suas liberdades iguais, desde que a liberdade em si e a liberdade deles mesmo não corra perigo”. Assim, os tolerantes podem, apropriadamente, obrigar os intolerantes a respeitarem a liberdade dos outros, mas não há razão para que a liberdade aos intolerantes lhes seja negada, principalmente se a constituição estiver em si assegurada.

Para Rawls (2002, p. 238), a tolerância para com os intolerantes relaciona-se com a estabilidade de uma sociedade bem-ordenada, regulada pelos princípios da justiça. Segundo ele, “[...] os cidadãos de uma sociedade livre não devem considerar-se mutuamente incapazes do senso de justiça, a menos que isso seja necessário por causa da própria liberdade igual” (RAWLS, 2002, p. 239), assim, em caso de surgimento de intolerantes, é a estabilidade da sociedade que deve ser levada em consideração pelos outros, de modo que “[...] as liberdades dos intolerantes podem persuadi-los a crer na liberdade”. (RAWLS, 2002, p. 239). Esta persuasão possui um caráter psicológico que se traduz no princípio de que “[...] aqueles cujas liberdades estão protegidas por uma constituição justa, da qual se beneficiam com o passar do tempo adquirem o hábito de submeter-se a ela”. (RAWLS, 2002, p. 239).

Segundo este princípio psicológico apresentado por Rawls (2002, p. 239),

Uma facção intolerante tenderá a abandonar a intolerância e a aceitar a liberdade de consciência, contanto que não seja desde o início tão forte a ponto de poder impor sua vontade imediatamente, ou que não cresça de forma tão rápida que o princípio psicológico não tenha tempo de moderá-la.

Rawls (2002, p. 239) acredita que isso se dá em função da estabilidade das instituições justas, pois estabilidade significa que quando surgem tendências à injustiça, outras forças são chamadas para atuar na preservação da justiça da ordem global. Entretanto, se em suas origens a facção intolerante for muito forte ou crescer muito depressa de modo que as forças da estabilidade não conseguem convertê-la para a liberdade, tem-se um dilema que a filosofia não pode resolver sozinha. Para ele, “[...] a teoria da justiça apenas caracteriza a constituição justa, o objetivo da ação política a que devemos buscar para tomar decisões práticas”. (RAWLS, 2002,

p. 239).

Ele continua afirmando que a força natural das instituições não deve ser esquecida e muito menos devam crescer e triunfar livremente as tendências aos afastamentos em relação a elas. Assim,

Conhecendo a estabilidade inerente de uma constituição justa, os membros de uma sociedade bem-ordenada confiam que só será preciso limitar a liberdade dos intolerantes em casos especiais, quando for necessário para preservar a própria liberdade igual. (RAWLS, 2002, p. 239).

A conclusão a que chega Rawls (2002, p. 239) é a de que,

Embora uma facção intolerante não tenha ela mesma o direito de denunciar a intolerância, sua liberdade só deve ser restringida quando os tolerantes, sinceramente e com razão, acreditam que a sua própria segurança e a das instituições de liberdade estão em perigo. Apenas nesse caso deveriam os tolerantes controlar os intolerantes.

Na organização da sociedade, “[...] o princípio norteador é o de se estabelecer uma constituição justa que garanta as liberdades da cidadania igual”. (RAWLS, 2002, p. 239). São os princípios da justiça o guia para os justos, não o fato de que os injustos não podem se queixar.

É preciso ressaltar que

Mesmo quando a liberdade do intolerante é limitada para salvaguardar uma constituição justa, isso não se faz em nome da maximização da liberdade. As liberdades de alguns não são suprimidas simplesmente para possibilitar uma liberdade maior para outros. A justiça proíbe essa espécie de raciocínio em relação à liberdade, da mesma forma que o proíbe em relação à soma das vantagens. É apenas a liberdade do intolerante que deve ser limitada, e isso é feito para preservar a liberdade igual em uma constituição justa, cujos princípios os próprios intolerantes reconheceriam na posição original. (RAWLS, 2002, p. 240).

As soluções e os enfrentamentos às demandas conflitantes apresentadas à estrutura básica da sociedade, devem ser decididas em conformidade com os princípios da justiça, que são o núcleo da moralidade política.

3.2.3 A tolerância em John Rawls

É possível afirmar que na teoria política de John Rawls há três doutrinas

gerais sobre a tolerância²⁴⁸. a tolerância como princípio da sociedade liberal; a tolerância como princípio da diferença e a tolerância decorrente do princípio da distribuição. Essas teorias são seguidas de dois limites da tolerância eu são o razoável e os bens primários.

A tolerância é um princípio constitutivo da sociedade liberal, porque sua origem se confunde com a própria origem do liberalismo e do pluralismo religioso. É no contexto das reformas religiosas dos séculos XVI e XVII que a tolerância aparece como princípio regulador das liberdades liberais surgidas neste contexto. Segundo Rawls (2011, p. xxvi-xxvii),

A origem histórica do liberalismo político (e do liberalismo em geral) está na Reforma e em seus desdobramentos, com as longas controvérsias sobre a tolerância religiosa nos séculos XVI e XVII. Foi aí que teve início algo, como as noções modernas de liberdade de consciência e de liberdade de pensamento.

[...].

Antes da prática pacífica e bem-sucedida da tolerância em sociedades dotadas de instituições liberais, não havia como saber desta possibilidade.

[...].

Aceitava-se a intolerância como uma condição à ordem e à estabilidade sociais. O enfraquecimento desta crença ajuda a preparar o terreno para a instauração de instituições liberais.

Segundo o filósofo a característica mais marcante das sociedades liberais democráticas modernas é a existência de uma diversidade de doutrinas abrangentes, quer sejam elas de caráter moral, religioso ou filosófico. Ao que tudo indica, parece não mais haver espaço para a uniformidade doutrinária como outrora na Idade Média e nem se pode esperar que isso venha a ocorrer em curto, médio ou longo prazo. Já nos termos apresentados por Rawls (2000, p. ix),

Uma sociedade democrática²⁴⁹ moderna se caracteriza por uma pluralidade de doutrinas abrangentes, religiosas, filosóficas e morais. Nenhuma dessas

²⁴⁸ Em *Direito dos Povos*, Rawls (2001, p. 77) apresenta o significado de tolerância como sendo não apenas o “[...] abster-se de exercer sanções políticas – militares, econômicas ou diplomáticas – para fazer um povo mudar as suas práticas. Tolerar significa reconhecer essas sociedades não-liberais como membros participantes iguais, de boa reputação, na Sociedade dos Povos, com certos direitos e obrigações, inclusive o dever de civilidade, exigindo que ofereçam a outros povos razões para os seus atos adequadas à Sociedade dos Povos”.

²⁴⁹ Em *Liberalismo Político*, John Rawls (2011, p. xxvii) reformula o conceito de sociedade democrática moderna caracterizando-a não apenas por seu pluralismo de doutrinas abrangentes, mas sim “[...] por um pluralismo de doutrinas incompatíveis entre si e que, no entanto, são razoáveis. [Ainda segundo o filósofo], [...] o liberalismo político entende o fato do pluralismo razoável como um pluralismo de doutrinas abrangentes, que inclui tanto as doutrinas religiosas como as não religiosas”, pluralismo este que resulta das atividades da razão humana sob instituições livres e constitucionais.

doutrinas é adotada pelos cidadãos em seu conjunto. E não se deve esperar que isso aconteça num futuro previsível.

A concepção de cooperação social com base no respeito mútuo se antes era considerada impossível, com o desenvolvimento da sociedade liberal moderna, tornou-se não apenas possível, como desejável e isto porque

Uma suposição crucial do liberalismo é que cidadãos iguais têm concepções do bem diferentes e até mesmo irreconciliáveis. Em uma sociedade democrática moderna, a existência de modos tão diversos de vida é vista como uma condição normal que só poderia ser abolida pelo uso autocrático do poder estatal. (RAWLS, 2011, p. 360).

A segunda concepção de tolerância decorrente do princípio da diferença, estabelece que as desigualdades sociais e econômicas são toleradas na medida em que beneficiam ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade. A tolerância, neste caso, estaria associada à uma questão de justiça de caráter corretivo em relação às distorções da própria sociedade.

A terceira concepção de tolerância resulta do princípio da distribuição. O objetivo do princípio é promover a distribuição dos bens e direitos básicos da sociedade, de forma que cada pessoa tenha acesso a um esquema plenamente adequado de liberdade básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdade para todos. (GONDIM, 2011, p. 72).

Na teoria política de Rawls (2002, p. 219), a liberdade diz respeito aos direitos e deveres definidos por um sistema de leis, ela é “[...] uma certa estrutura de instituições, um certo sistema de normas públicas que definem direitos e deveres”. Deste modo, “[...] as pessoas têm liberdade para fazer alguma coisa quando estão livres de certas restrições que levam a fazê-la ou a não fazê-la, e quando sua ação ou ausência de ação está protegida contra a interferência de outras pessoas”. (RAWLS, 2002, p. 219). É um direito que pode ser garantido de modo indistinto a todos. Entretanto, as implicações práticas deste direito podem mudar em decorrência do valor da liberdade tendo em vista a distribuição dos bens primários. Se o princípio da liberdade deve ser igual para todos, o valor da liberdade pode variar. Deste modo, distinguem-se a liberdade e o valor da liberdade da seguinte maneira:

A liberdade é representada por um sistema completo de liberdades de cidadania igual, enquanto o valor da liberdade para as pessoas e grupos depende de sua capacidade de promover seus fins dentro da estrutura definida pelo sistema. A noção de liberdade como liberdade igual é a mesma para todos; não surge o problema de se compensar uma liberdade que não atinja o requisito mínimo de igualdade. Mas o valor da liberdade é o mesmo para todos. Alguns têm mais autoridade e riqueza, e portanto maiores meios de atingir seus objetivos. O valor menor da liberdade, é todavia, compensado, uma vez que a capacidade dos membros menos afortunados da sociedade para conseguir seus objetivos seria ainda menor caso eles não aceitassem as desigualdades existentes sempre que o princípio da diferença fosse respeitado. Mas não se deve confundir a compensação do valor menor da liberdade com a afirmação de uma liberdade desigual. Juntando-se os dois princípios, a estrutura básica deve ser ordenada para maximizar o valor para os menos favorecidos, no sistema completo de liberdade igual partilhada por todos. Isso é o que define a justiça social. (RAWLS, 2002, p. 221-222).

Assim, sempre que surgir uma questão de tolerância relativa ao gozo e exercício dos direitos ou bens primários na estrutura básica da sociedade, deve-se lançar mão do princípio da distribuição de modo que o valor menor da liberdade seja compensado. É em conformidade com os princípios de justiça que as demandas conflitantes devam ser solucionadas, pois,

Os princípios que seriam escolhidos na posição original são o núcleo da moralidade política. Eles não só especificam os termos da cooperação entre as pessoas, mas também definem um pacto de reconciliação entre as diversas religiões e convicções morais, e as formas de cultura às quais elas pertencem. (RAWLS, 2002, p. 241).

Rawls (2002) indica quais são os limites de aplicação de um princípio de tolerância, a saber, a questão dos bens primários e o critério de razoabilidade. Quanto aos bens primários, os limites se estabelecem na medida em que a negação a tais bens inviabiliza o desenvolvimento moral do cidadão, impossibilitando-o de se tornar uma pessoa livre e igual e capaz de participar efetivamente como membro cooperativo de uma sociedade bem-ordenada. (GONDIM, 2011, p. 73).

São duas as maneiras de violar o primeiro princípio da justiça:

[...] a liberdade é desigual quando, por exemplo, uma categoria de pessoas tem uma liberdade maior do que outra, ou a liberdade é menos extensiva do que deveria ser. [Há violação porque] as liberdades de cidadania igual devem ser as mesmas para cada membro da sociedade. (RAWLS, 2002, p. 220).

Assim, tem-se que para a teoria política defendida por Rawls (2002), as crenças que neguem ou dificultem o total acesso aos bens primários não podem ser

objeto de tolerância. Por princípio a intolerância seria intolerável. Defendê-la como legítima, é relativizar a defesa da tolerância, assimilando-a a uma doutrina compreensiva particular. Entretanto, dar ao Estado o poder de avaliar e decidir quando uma doutrina é intolerante ou tolerante a fim de proibir as que são intolerantes e permitir as que são tolerantes, é incluí-lo nas mesmas condições das teorias intolerantes.

A dificuldade é resolvida por Rawls (2002, p. 238) defendendo que “[...] uma doutrina intolerante só pode ser proibida e combatida pelo Estado quando se torna ameaçadora para o próprio Estado”. As palavras esclarecedoras do próprio Rawls (2002, p. 238),

Podem de maneira apropriada forçar os intolerantes a respeitarem a liberdade dos outros, uma vez que é possível exigir que uma pessoa respeite os direitos estabelecidos pelos princípios que ela reconheceria na posição original. Mas quando a constituição em si estiver assegurada, não há razão para negar a liberdade aos intolerantes.

Rawls (2002, p. 238) acrescenta que o problema de tolerar os intolerantes está relacionado diretamente “[...] com a estabilidade de uma sociedade bem-ordenada regulada pelos dois princípios”. Diante de uma facção intolerante, os cidadãos de uma sociedade livre devem ter em mente a estabilidade de suas instituições. Assim, a liberdade dos tolerantes pode persuadir os intolerantes, é o princípio psicológico, que pressupõe que aqueles que se beneficiam com a liberdade e a tolerância, habitam-se e se submetem a elas com o passar do tempo. Entretanto, a intolerância não pode de início ser tão forte ao ponto de poder impor sua vontade imediatamente. A estabilidade da justiça aciona forças a seu favor. (RAWLS, 2002, p. 238-239).

Mas é possível restringir “[...] a liberdade dos intolerantes em casos especiais, quando for para preservar a própria liberdade igual”. (RAWLS, 2002, p. 239). Acreditando que sua própria segurança e a das instituições de liberdade encontram-se em risco, os tolerantes podem controlar os intolerantes, entretanto, ressalte-se que o objetivo da restrição aos intolerantes é proteger a constituição justa e não a maximização da liberdade. Segundo Rawls (2002, p. 240), “[...] as liberdades de alguns não são suprimidas simplesmente para possibilitar uma maior liberdade para os outros”.

A razoabilidade como segundo limite da tolerância estabelece, primeiramente, que as pessoas são razoáveis na medida em que se propõe determinados princípios equitativos de cooperação, bem como a obedecê-los, na medida em que os outros também o farão. Secundariamente, a razoabilidade, está no fato de que “[...] pessoas razoáveis não são movidas pelo bem comum em si mesmo, mas têm em mente que o que desejam para o mundo social, é que nele as pessoas possam cooperar, como livres e iguais, de um modo aceitável para todos”. (GONDIM, 2011, p. 74).

O razoável distingue-se do racional, pois, o primeiro corresponde ao bom senso moral de participar das regras de cooperação, da capacidade de ter um senso de justiça e poder formar uma concepção de bem e aplicá-lo à estrutura básica da sociedade e o segundo, o racional, “[...] se aplica a um agente único e unificado (quer se trate de um indivíduo ou de uma pessoa jurídica), dotado das faculdades de julgamento e deliberação, ao buscar realizar fins e interesses que são peculiarmente seus”. (RAWLS, 2011, p. 60). Segundo Rawls (2011, p. 61),

Na justiça como equidade, o razoável e o racional são entendidos como duas ideias fundamentais distintas e independentes. São distintas no sentido de não haver a menor intenção de derivar uma da outra; em particular, não há a menor intenção de derivar o razoável do racional. [...].

Da perspectiva da ideia de cooperação equitativa, o razoável e o racional são noções complementares. Cada uma delas constitui um elemento dessa ideia fundamental e se conecta à sua faculdade moral distintiva, respectivamente, à capacidade de um senso de justiça e de uma concepção do bem.

O razoável é público e o racional individual. Por serem complementares, são relativos e interdependentes. Assim, “[...] um agente puramente razoável seria incapaz de reconhecer uma concepção de bem, enquanto um agente puramente racional seria incapaz de reconhecer as pretensões dos outros por carecer de um senso de justiça apropriado”. (GONDIM, 2011, p. 74). É através do razoável, portanto, que se adentra na possibilidade da cooperação social equitativa.

Além do mais, o razoável reconhece os limites do juízo e admite a ideia de desacordo razoável, considerando que a cultura pública é permeada pelo fato do pluralismo razoável²⁵⁰ e de que somente é possível superar esta diversidade

²⁵⁰ Quanto ao pluralismo razoável e à identidade social, Rawls (2003, p. 283) explica que a “[...] a justiça como equidade de fato abandona o ideal de comunidade política se por tal ideal se entender

mediante o uso opressivo do poder estatal. (RAWLS, 2011, p. 65).

O pluralismo razoável resulta da condição humana de liberdade que possibilita o uso “[...] de sua razão no seio de instituições livres de um regime democrático constitucional”. (RAWLS, 2000, p. ix). E qualquer tentativa de impedi-lo ou de extirpá-lo resulta em um ato de violência contra a humanidade e uso opressivo do Estado. Uma doutrina abrangente somente se impõe por meio da injustiça e da violência.

A discordância razoável é um desacordo entre pessoas razoáveis que defendem doutrinas abrangentes diversas. Tal discordância pressupõe que as pessoas são consideradas como cidadãos livres e iguais em um regime constitucional e que foram capazes de desenvolver suas capacidades morais. Conseguem, portanto, elaborar um debate que se estabeleça equilibrado, reflexivo e sob a condição de um consenso sobreposto, mesmo que em desacordo aos seus fins pessoais.

Para Rawls (2011, p. 67), há algumas fontes que dificultam a obtenção de acordo no que se refere a juízos, são os limites do juízo que justificam um desacordo razoável, a saber: 1) a evidência empírica ou científica é complexa e difícil de avaliar; 2) mesmo que haja um acordo quanto às considerações relevantes, pode haver discordância com relação à sua importância relativa, o que pode levar a juízos diferentes; 3) em certa medida, todos os conceitos são vagos e controversos, por isso passíveis de interpretações divergentes; 4) a maneira de interpretar evidências e valores morais e políticos dependem da experiência de vida de cada um, e por isso podem variar; 5) nas controvérsias, ambos os lados possuem argumentos normativos relevantes, sendo, portanto, difícil produzir uma conclusão geral e, 6) todo sistema de instituições sociais é limitado a valores morais e políticos e representam, assim, um espaço social limitado.

Essas são fontes razoáveis de desacordo e discordância. Para Rawls (2011, p. 69), preconceitos e predisposições, interesses pessoais e de grupos, a cegueira e a obstinação são fontes de desacordo não razoáveis e se encontram em

uma sociedade política unificada em torno de uma doutrina religiosa, filosófica ou moral (parcial ou plenamente) abrangente. Essa concepção de unidade social fica excluída pelo fato do pluralismo razoável. Deixa de ser uma possibilidade política para aqueles que aceitam as liberdades básicas e o princípio da tolerância que é básico em instituições democráticas. Temos de entender a unidade social de outra maneira: como derivada de um consenso sobreposto em torno de uma concepção política de justiça. [...] em tal consenso, essa concepção política é afirmada por cidadãos que defendem doutrinas abrangentes diversas e divergentes, e eles a afirmam de dentro de suas próprias visões de mundo”.

contraste com aquelas que são compatíveis com a suposição de que todos são plenamente razoáveis, portanto não podem ser aceitas.

O razoável como critério de pressuposição de argumentos políticos legítimos, estabelece o entendimento de que as doutrinas abrangentes que são consideradas como não razoáveis, estão excluídas da discussão da esfera pública, não podendo ser objeto de tolerância.

Entretanto, a liberdade aos intolerantes não deve ser negada. Para Rawls (2002, p. 238), a tolerância para com os intolerantes relaciona-se com a estabilidade de uma sociedade bem-ordenada, regulada pelos princípios da justiça. Segundo ele, “[...] os cidadãos de uma sociedade livre não devem considerar-se mutuamente incapazes do senso de justiça, a menos que isso seja necessário por causa da própria liberdade igual” (RAWLS, 2002, p. 239), assim, em caso de surgimento de intolerantes, é a estabilidade da sociedade que deve ser levada em consideração pelos outros, de modo que “[...] as liberdades dos intolerantes podem persuadi-los a crer na liberdade”. (RAWLS, 2002, p. 239). Esta persuasão possui um caráter psicológico que se traduz no princípio de que “[...] aqueles cujas liberdades estão protegidas por uma constituição justa, da qual se beneficiam com o passar do tempo adquirem o hábito de submeter-se a ela”. (RAWLS, 2002, p. 239).

Entretanto, é possível restringir “[...] a liberdade dos intolerantes em casos especiais, quando for para preservar a própria liberdade igual”. (RAWLS, 2002, p. 239). Acreditando que sua própria segurança e a das instituições de liberdade encontram-se em risco, os tolerantes podem controlar os intolerantes, entretanto, ressalte-se que o objetivo da restrição aos intolerantes é proteger a constituição justa e não a maximização da liberdade. Segundo Rawls (2002, p. 240), “[...] as liberdades de alguns não são suprimidas simplesmente para possibilitar uma maior liberdade para os outros”. O Estado democrático deve respeitar e tolerar todas as doutrinas compreensivas, entretanto,

[...] deve-lhes simultaneamente exigir como imperativo a sua compatibilidade com os princípios da justiça, em geral, e, em particular, com o primeiro e o mais fundamental destes princípios, com a defesa de uma liberdade igual para todos, ou seja, com a tolerância. (SÁ, 1997, p. 18).

Não se pode exigir que as doutrinas sejam racionais, mas se pode e se deve exigir que elas sejam razoáveis, pois é a razoabilidade que permite a tolerância.

4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO, A TOLERÂNCIA E O DISCURSO DO ÓDIO NA PERSPECTIVA DO DIREITO

4.1 O reconhecimento internacional da liberdade de expressão pelo direito internacional

A liberdade de expressão é reconhecida como um direito humano por vários organismos internacionais, quer sejam intergovernamentais ou não governamentais, e por isto mesmo, tem sido constante a busca de reconhecimento e efetivação por parte dos Estados deste direito por meio de seus respectivos ordenamentos jurídicos.

Em 14 de dezembro de 1946, na primeira sessão da Assembleia Geral da ONU, foi aprovada a Resolução 59 (I), a qual reconhece que “[...] a liberdade de expressão é um direito humano fundamental e é a pedra de toque de todas as liberdades às quais as Nações Unidas são dedicadas”²⁵¹. (BENTO, 2015, p. 25).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 19, assim expressa o direito à liberdade de expressão: “Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”. (ONU, 1948).

Também o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 1966, trata da liberdade de expressão em seu artigo 19²⁵². A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, no ano de 1933, criou o escritório do Relator Especial para a Liberdade de Opinião e Expressão, tendo como atribuição, entre outras, esclarecer qual o exato conteúdo do direito de liberdade de opinião e expressão. Anualmente o Relator Especial emite relatórios atualizando o conteúdo jurídico da

²⁵¹ No original: “La libertad de información es un derecho humano fundamental y piedra de toque de todas las libertades a las cuales están consagradas las Naciones Unidas; La libertad de información implica el derecho de recopilar, transmitir y publicar noticias en cualquier parte y sin restricción alguna y como tales un factor esencial en cualquier esfuerzo serio para fomentar la paz y el progreso del mundo”. (ONU, 1946).

²⁵² Ninguém pode ser discriminado por causa das suas opiniões. Toda a pessoa tem direito à liberdade de expressão; este direito compreende a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e ideias de toda a índole sem consideração de fronteiras, seja oralmente, por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo que escolher. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 deste artigo implica deveres e responsabilidades especiais. Por conseguinte, pode estar sujeito a certas restrições, expressamente previstas na lei, e que sejam necessárias para: a) Assegurar o respeito pelos direitos e a reputação de outrem; b) A proteção da segurança nacional, a ordem pública ou a saúde ou a moral públicas. (ONU, 1966).

liberdade de expressão apontando os novos avanços teóricos e institucionais e recomendando aos Estados a incorporação das melhores práticas observadas internacionalmente sobre o tema. (BENTO, 2015, p. 27).

Destaca-se ainda outro instrumento importante da ONU para a proteção à liberdade de expressão que é a Declaração de Princípios Sobre a Tolerância, aprovada pela Conferência Geral da UNESCO em sua 28ª reunião em Paris no dia 16 de novembro de 1995²⁵³. Neste documento, no artigo 1º, a tolerância é definida como sendo “[...] o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos”. (ONU, 1995).

No Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, o direito à liberdade de expressão recebeu avanços significativos. Na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, em seu artigo IV expressa que “[...] toda pessoa tem o direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento por qualquer meio”. (OEA, 1948). Entretanto, o marco de direito internacional mais relevante para a liberdade de expressão consiste na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CIDH) de 1969, que em seu artigo 13 estabelece que,

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. (OEA, 1969, s/p).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, criou em 1997, a Relatoria Especial para a liberdade de expressão. Ela tem como função assessorar a Comissão sistematizando a jurisprudência e o conhecimento sobre o direito à liberdade de expressão. Desde 1998, a Relatoria publica informes anuais e declarações conjuntas sobre liberdade de expressão. No ano de 2000, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos aprovou a Declaração de Princípios sobre

²⁵³ A Declaração de Princípios sobre a Tolerância parte do pressuposto de que a tolerância “[...] é não somente um princípio relevante mas igualmente uma condição necessária para a paz e para o progresso econômico e social de todos os povos” (ONU, 1995, s/p), assim, é formada por cinco artigos que definem o que é a tolerância, estabelecem o papel do Estado quanto à tolerância, suas dimensões sociais, a função da educação para a tolerância, estabelece o compromisso de agir para o fomento à tolerância e, por fim, estabelece o dia internacional da tolerância como o dia 16 de novembro de cada ano.

Liberdade de Expressão e, em seu princípio primeiro estabelece que “A liberdade de expressão, em todas as suas formas e manifestações, é um direito fundamental e inalienável, inerente a todas as pessoas. É, ademais, um requisito indispensável para a própria existência de uma sociedade democrática”. (OEA, 2000, s/p). Em seu princípio segundo, reafirma o direito à informação nos termos do artigo 13 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.

O reconhecimento do direito à liberdade de expressão na Europa se deu a partir de duas organizações regionais: o Conselho da Europa e a União Europeia. O Conselho da Europa, por meio de seus órgãos, é encarregado de aplicar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, celebrada em 1950 e vigente desde 1953. Em seu artigo 10²⁵⁴, a Convenção Europeia assegura o direito à liberdade de expressão de modo semelhante aos demais instrumentos internacionais de proteção à liberdade de expressão. O Comitê de Ministros do Conselho da Europa, no ano de 1982, adotou a Declaração Sobre a Liberdade de Expressão e Informação e nela consta como um dos objetivos dos Estados Membros do Conselho da Europa, buscar uma política de abertura visando fortalecer a compreensão individual e a capacidade para discutir livremente os assuntos políticos, sociais, econômicos e culturais. (BENTO, 2015, p. 40).

No âmbito da União Europeia, a liberdade de expressão está assegurada pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) em seu artigo 11 estabelece que,

1. Todas as pessoas têm o direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras.
2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social.

O direito à liberdade de expressão e informação no sistema Africano de proteção aos direitos humanos está estabelecido no artigo 9º da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, também conhecida como Carta de Banjul, de 1982, da seguinte forma: “1. Toda pessoa tem direito à informação. 2. Toda pessoa tem

²⁵⁴ *In verbis*, “Qualquer pessoa tem o direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras”. (CONSELHO DA EUROPA, 1950).

direito de exprimir e de difundir as suas opiniões no quadro das leis e dos regulamentos”. (UNIÃO AFRICANA, 1982, s/p). No ano de 2004, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos criou o cargo de Relator Especial para a Liberdade de Expressão e Acesso à Informação na África com a atribuições semelhantes aos relatores da ONU e da OEA.

Já no seio da sociedade civil organizada, também é possível encontrar declarações de princípios acerca do direito à liberdade de expressão. Uma delas é a Declaração de Chapultepec²⁵⁵, produzida pela Sociedade Interamericana de Imprensa e adotada em 11.03.1994 durante a Conferência Hemisférica sobre Liberdade de Expressão na cidade do México. A declaração contém 10 princípios sobre liberdade de expressão e de imprensa. Em seus dois primeiros princípios afirma que:

1. Não há pessoas sem sociedades livres, sem liberdade de expressão e de imprensa. O exercício desta não é uma concessão das autoridades; é um direito inalienável do povo. 2. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente. Ninguém pode restringir ou negar estes direitos. (SOCIEDADE INTERAMERICANA DE IMPRENSA, 1994, s/p).

Outra organização não governamental que luta pela efetivação do direito à liberdade de expressão, é a Organização Art. 19. Esta organização formulou uma proposta contendo 25 princípios sobre liberdade de expressão, acesso à informação e segurança nacional que foi subscrita pelo Relator Especial da ONU para a liberdade de expressão e apresentada durante a Sessão da Comissão de Direitos Humanos da ONU no ano de 1996. Este conjunto de princípios é também denominado de Os Princípios de Johannesburgo.

Mais uma organização civil que se destaca na defesa da liberdade de expressão é a Sociedade Interamericana de Imprensa (SIP). Em 2000, por meio de uma convocatória da SIP, os relatores especiais para liberdade de expressão da ONU e da OEA adotaram os Princípios de Lima.

Pela riqueza de documentos sobre o direito à liberdade de expressão, deduz-se que é um tema que tem recebido a devida atenção, principalmente a partir dos anos 1990, tanto do meio político intergovernamental, quanto da sociedade civil

²⁵⁵ Como não se trata de um tratado internacional, a Declaração de Chapultepec não vincula governos, entretanto sinaliza a importância do tema, tanto assim, que ela já foi assinada por 53 chefes de governo, incluindo o governo brasileiro. (BENTO, 2015, p. 53-54).

organizada, tendo-se em vista a importância do direito à liberdade de expressão no desenvolvimento e efetivação da dignidade da pessoa humana, bem como na consolidação da sociedade democrática, principalmente por meio da participação crítica do cidadão na análise e controle externo das atividades desenvolvidas pelos governantes dos Estados e gestores da coisa pública.

4.2 A liberdade de expressão e o discurso do ódio no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH)

O marco jurídico do Sistema Interamericano de Direitos Humanos com relação à liberdade de expressão, é muito provavelmente o sistema internacional de maior alcance e que oferece as melhores garantias no que diz respeito ao direito à liberdade de pensamento e de expressão. A Convenção Americana em seu artigo 13²⁵⁶ dá um altíssimo valor à liberdade de expressão. Do mesmo modo fazem a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em seu artigo IV²⁵⁷ e a Carta Interamericana também em seu artigo IV²⁵⁸. Em conjunto, as normas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, oferecem um conjunto de garantias reforçadas que parecem não haver semelhante em nenhum regime de proteção regional e nem universal.

²⁵⁶ O artigo 13 da Convenção Americana estabelece sobre a liberdade de Pensamento e de Expressão: “1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda a propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. (OEA, 1969).

²⁵⁷ O artigo IV da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem estabelece que “Toda pessoa tem o direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio”. (OEA, 1948).

²⁵⁸ O artigo IV da Carta Democrática Interamericana assinala que: “São componentes fundamentais do exercício da democracia a transparência das atividades governamentais, a proibição, a responsabilidade dos governos na gestão pública, o respeito dos direitos sociais e a liberdade de expressão e de imprensa. A subordinação constitucional de todas as instituições do Estado à autoridade civil legalmente constituída e o respeito ao Estado de Direito por todas as instituições e setores da sociedade são igualmente fundamentais para a democracia”. (OEA, 2001).

Numa perspectiva comparativa quando se contrastam os textos dos artigos 13 da Convenção Americana, do artigo IV da Declaração Americana e do artigo IV da Carta Democrática interamericana com os dispositivos relevantes de outros sistemas de proteção aos direitos humanos, especialmente o artigo 19²⁵⁹ do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem em seu artigo 10²⁶⁰, tem-se que o marco jurídico interamericano foi elaborado para ser mais generoso e para reduzir ao mínimo as restrições à liberdade de expressão na forma de livre circulação de informações, opiniões e ideias.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos têm interpretado a liberdade de expressão nos marcos jurídicos do sistema Interamericano com uma clara indicação da importância ampla à liberdade de expressão no continente Americano. Em especial o que está outorgado no artigo 13 da Convenção Americana enfatiza a necessidade de expressar e receber qualquer tipo de informação, pensamento, opiniões ou ideias. Isto implica que não se aplicam no Sistema Interamericano as restrições previstas em outros instrumentos internacionais, nem estes devem ser utilizados para interpretação restritiva da Convenção Americana. Deste modo, no continente Americano, a Convenção deve primar em virtude do princípio *pro hominem* admitido amplamente pelos Estados democráticos pelo qual sempre deve primar a norma

²⁵⁹ O artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece que “ninguém pode ser discriminado por causa das suas opiniões. Toda pessoa tem o direito à liberdade de expressão; este direito compreende a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e ideias de toda índole sem consideração de fronteiras, seja oralmente, seja por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo que escolher. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 deste artigo implica deveres e responsabilidades especiais. Pior conseguinte, pode estar sujeito a certas restrições, expressamente previstas na lei, que sejam necessárias para: a) assegurar o respeito pelos direitos e a reputação de outrem; b) A proteção da segurança nacional, a ordem pública ou a saúde ou a moral públicas”. (ONU, 1966).

²⁶⁰ No artigo 10 sobre liberdade de expressão na Convenção Europeia dos Direitos do Homem encontra-se assinalado que: “1. Qualquer pessoa tem o direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem consideração de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de rádio difusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdade, porquanto, implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial”. (CONSELHO DA EUROPA, 1950, s/p).

mais favorável à pessoa humana²⁶¹.

Nos regimes democráticos, a liberdade de expressão adquire importância, dentre outras razões, por sua tríplice função: em primeiro lugar trata-se de um direito individual que sem o qual se estaria negando a primeira e mais importante das liberdades das pessoas: o direito a pensar por conta própria e a compartilhar aquilo que é pensado; a segunda importância do direito à liberdade de expressão está associada à sua conexão com a estrutura da própria sociedade democrática: o vínculo entre a liberdade de expressão e democracia é considerado pelos órgãos do sistema interamericano como indissociável ao ponto de se interpretar que o artigo 13 da Convenção Interamericana tem como objetivo fortalecer os sistemas democráticos²⁶² e pluralistas mediante a proteção e o estímulo da livre circulação de informações, ideias e expressões de toda índole.

Sem dúvida, o exercício pleno do direito de expressar as próprias ideias e opiniões e fazer circular a informação disponível, bem como a possibilidade de deliberar de maneira aberta e desimpedida sobre os assuntos que dizem respeito a todos em sociedade, é uma condição indispensável para a consolidação, o funcionamento e a preservação dos regimes democráticos. O desenvolvimento de uma opinião pública bem informada e consciente de seus direitos, o controle do cidadão sobre as atividades dos governos e a gestão pública, bem como a exigência de responsabilidade dos funcionários estatais, não é possível se o direito à liberdade de expressão não for garantido.

Por fim, tem-se que a liberdade de expressão é uma ferramenta fundamental para o exercício dos demais direitos fundamentais, tais como o direito de reunião, a liberdade religiosa, o direito à educação, à identidade étnica e cultural e à igualdade, não apenas como o direito à não discriminação, como o direito de usufruir certos direitos básicos.

²⁶¹ O Marco Jurídico do sistema americano outorga este valor à liberdade de expressão porque tem como fundamento o conceito amplo do princípio da autonomia e da dignidade das pessoas. Além do mais, tem em conta tanto o valor instrumental da liberdade de expressão para o exercício dos demais direitos fundamentais, como sua função essencial dentro dos regimes democráticos. (OEA, 2010, p. 2).

²⁶² O próprio artigo IV da Carta Democrática Interamericana, caracteriza a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa como “componentes fundamentais do exercício da democracia”. (OEA, 2001, s/p). Do mesmo modo, está consignado na Declaração de Princípio sobre a Liberdade de Expressão aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em outubro de 2000 em seu princípio primeiro que “[...] a liberdade de expressão, em todas as suas formas e manifestações, é um direito fundamental e inalienável, inerente a todas as pessoas. É, ademais, um requisito indispensável para a própria existência de uma sociedade democrática”. (OEA, 2000, s/p).

4.2.1 Características principais do direito à liberdade de expressão no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Com relação às características do direito à liberdade de expressão no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, destacam-se três aspectos básicos: a titularidade do direito, a dupla dimensão (individual e coletiva) dos direitos humanos e os deveres e responsabilidades que formam parte do conteúdo da liberdade de expressão.

Nos termos do artigo 13 da Convenção Americana, a liberdade de expressão é um direito de toda e qualquer pessoa, sem distinção de qualquer espécie, portanto, em condições de igualdade. De acordo com a jurisprudência interamericana, a titularidade do direito à liberdade de expressão não pode ser restrita a determinada profissão ou grupo de pessoas e muito menos ao âmbito da liberdade de imprensa. É o que se depreende da sentença do Caso *Tristán Donoso vs. Panamá* em que a Corte Interamericana indica que a “Convenção Americana garante este direito a toda pessoa, independentemente de qualquer outra consideração, pois que não lhe cabe considerá-la, nem restringi-la a uma determinada profissão ou grupo de pessoas”. (OEA, 2010, p. 05).

A liberdade de expressão é um direito com duas dimensões: uma individual e outra coletiva. Quanto à dimensão individual, trata-se do direito de cada pessoa expressar os próprios pensamentos, ideias e informações. É um direito coletivo ou social na medida em que consiste no direito da sociedade a procurar e receber qualquer informação, a conhecer os pensamentos ideias e informações das demais pessoas e de estar bem informada. Tendo em vista esta dupla dimensão do direito à liberdade de expressão, é possível entendê-lo como um meio para o intercâmbio de informações e ideias entre as pessoas servindo para a comunicação entre elas. Assim, para o cidadão comum é da mesma importância o conhecimento da opinião dos outros, como é importante o direito a difundir a própria opinião, tal é a conclusão da jurisprudência interamericana alcançada no Caso *Olmedo Bustos e outros vs. Chile*, mas conhecido como o Caso “A Última Tentação de Cristo”.

As duas dimensões do direito à liberdade de expressão são interdependentes e simultâneas e qualquer limitação aplicada ao direito de liberdade de expressão afetará a ambas. Assim, para dar total e efetiva garantia ao direito à liberdade de expressão, é preciso considerá-las nesta simultaneidade e

interdependência não se podendo menosprezar uma delas como justificativa de preservação da outra. Além do mais, é possível afirmar que a liberdade de expressão constitui um instrumento de intercâmbio e comunicação entre os seres humanos, pois conhecer o que os outros pensam é tão importante quanto expressar o próprio pensamento e, também, a preservação da liberdade de expressão é uma condição necessária para a geração de cidadãos bem informados e para o funcionamento pacífico e livre das sociedades democráticas das Américas.

A terceira característica do direito à liberdade de expressão, refere-se aos deveres e responsabilidades que forma parte de seu conteúdo, pois o exercício da liberdade de expressão implica em deveres e responsabilidades para quem se expressa. O dever básico de quem se expressa livremente fazendo uso de seu direito fundamental à liberdade de expressão é o de não violar o direito dos demais. Entretanto, estabelecer o alcance de tais deveres e responsabilidades dependerá da análise da situação concreta e dos procedimentos utilizados para manifestação e difusão da expressão.

4.2.2 A liberdade de expressão e a proteção (ou não) aos discursos

Para o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, em princípio todos os tipos de discursos recebem proteção quanto à liberdade de expressão, independente do conteúdo e do grau de aceitação social. Esta ampla proteção de todo discurso se explica pela obrigação de neutralidade do Estado quanto ao conteúdo das opiniões e ideias que circulam nos espaços públicos e, como consequência, pela necessidade de, em princípio, garantir que ninguém excluído do debate público, quer sejam indivíduos, grupos, ideias ou meios de expressão. (OEA, 2010, p. 10). Os discursos podem ser protegidos pelo sistema interamericano de proteção aos direitos humanos tanto por sua forma quanto por seu conteúdo. A proteção à liberdade de expressão no sistema interamericano encontra-se disciplinada no artigo 13 da Convenção Americana que estabelece que toda pessoa tem o direito à liberdade de expressão e que tal direito compreende “[...] a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou

artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha”. (OEA, 1969, s/p)²⁶³.

Na interpretação do artigo 13 da Convenção Americana, a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão²⁶⁴ assinala que a liberdade de expressão é um direito fundamental e inalienável e diz respeito à expressão humana “em todas as suas formas e manifestações” e que cabe às pessoas em condições de igualdade o direito a “buscar, receber e difundir informações e opiniões livremente”, “por qualquer meio de comunicação”, bem como estabelece o “direito de comunicar suas opiniões por meio de qualquer meio e forma”. (OEA, 2000, s/p). A Declaração de Princípios também se refere expressamente ao direito de toda pessoa ter “acesso à informação sobre si mesma ou sobre seus bens de forma expedita e não onerosa, esteja a informação contida em banco de dados, registros públicos ou privados”, e

²⁶³ As principais formas concretas de expressão que são protegidas pelo direito à liberdade de expressão são, a saber: a) o direito de falar oralmente os próprios pensamentos, ideias e informações, visto que se trata de um direito básico e implica necessariamente no direito das pessoas em utilizar o idioma que escolherem para expressarem-se; b) o direito de expressar de forma escrita ou impressa os pensamentos, ideias ou opiniões, também no idioma que escolher; c) o direito de difundir as expressões faladas ou escritas de pensamentos, ideias, informações ou opiniões, pelos meios que se escolher para comunicá-las ao maior número possível de destinatários, pois a liberdade de expressão não se esgota no direito abstrato a falar ou escrever, mas está indissociável ao direito de comunicar as expressões. Cabe ao Estado para garantir efetivamente este direito, protegê-lo e não restringi-lo através de proibições ou regulações desproporcionais dos meios de comunicação escolhidos pelos destinatários. A Convenção Americana estabelece que a expressão e a difusão de ideias são indivisíveis e qualquer limitação dos meios e possibilidades de difusão, é uma limitação da própria liberdade de expressão; d) o direito à expressão artística ou simbólica, à difusão da expressão artística e o acesso à arte, em todas as suas formas; e) o direito a buscar, receber e a ter acesso a expressões, ideias, opiniões e informações de toda índole, especialmente aquelas sob a custódia do Estado; f) o direito de ter acesso à informação sobre si mesmo contida em banco de dados ou registros públicos ou privados, com o direito correlativo a atualizá-la, retificá-la e/ou emendá-la; g) o direito de possuir informações escritas ou em quaisquer outros meios, a transportá-las e a distribuí-las. (OEA, 2010).

²⁶⁴ Declaração de Princípios Sobre a Liberdade de Expressão: 1. A liberdade de expressão, em todas as suas formas e manifestações, é um direito fundamental e inalienável, inerente a todas as pessoas. É, ademais, um requisito indispensável para a própria existência de uma sociedade democrática. 2. Toda pessoa tem o direito de buscar, receber e divulgar informação e opiniões livremente, nos termos estipulados no Artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Todas as pessoas devem contar com igualdade de oportunidades para receber, buscar e divulgar informação por qualquer meio de comunicação, sem discriminação por nenhum motivo, inclusive os de raça, cor, religião, sexo, idioma, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacionais ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 3. Toda pessoa tem o direito de acesso a informação sobre si própria ou sobre seus bens de forma expedita e não onerosa, esteja a informação contida em bancos de dados, registros públicos ou privados e, se for necessário, de atualizá-la, retificá-la e/ou emendá-la. 4. O acesso à informação em poder do Estado é um direito fundamental do indivíduo. Os Estados estão obrigados a garantir o exercício desse direito. Este princípio só admite limitações excepcionais que devem estar previamente estabelecidas em lei para o caso de existência de perigo real e iminente que ameace a segurança nacional em sociedades democráticas. 5. A censura prévia, a interferência ou pressão direta ou indireta sobre qualquer expressão, opinião ou informação por meio de qualquer meio de comunicação oral, escrita, artística, visual ou eletrônica, deve ser proibida por lei. As restrições à livre circulação de ideias e opiniões, assim como a imposição arbitrária de informação e a criação de obstáculos ao livre fluxo de informação, violam o direito à liberdade de expressão. (OEA, 2000).

de “atualizá-la, retificá-la e/ou emendá-la”, caso seja necessário, bem como o direito de ter “acesso à informação sob o poder de Estado”. (OEA, 2000, s/p).

Quanto ao conteúdo²⁶⁵, o direito à liberdade de expressão tal como contido e interpretado no SIDH, parte do princípio de que todo tipo de discurso, incluindo os discursos ofensivos, chocantes ou perturbadores, deve ser protegido. Assim, todo discurso é, *ab initio*, protegido tendo em vista a obrigação de neutralidade do estado ante a tais conteúdos e, como consequência, a necessidade de garantir, em princípio, que não existam pessoas, grupos, ideias ou meios de expressão excluídos do debate público. É de fundamental importância a garantia da liberdade de expressão para todo tipo de discurso, inclusive os que ofendem, chocam, inquietam, perturbam ou criticam o Estado ou qualquer setor da sociedade, pois assim se exige o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura que sem eles não há de se falar em sociedade democrática.

Embora, por princípio, todas as formas e conteúdos dos discursos estejam protegidos pelo direito à liberdade de expressão consagrado no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, há alguns tipos de discursos que recebem proteção especial, quer seja por sua importância para o exercício dos demais direitos humanos, quer seja para a consolidação, funcionamento ou preservação da própria democracia. São eles, a saber: o discurso político e sobre assuntos de interesse público, o discurso sobre funcionários públicos em exercício de suas funções e sobre candidatos a ocupar cargos públicos e o discurso que configura o elemento de identidade ou da dignidade pessoais de quem o expressa.

O discurso político e sobre assuntos de interesse público recebe proteção especial em razão do funcionamento da democracia que exige o maior nível possível de discussão pública sobre o funcionamento da sociedade e do Estado em todos os seus aspectos. Na democracia, as ações e omissões do Estado devem subordinar-se a um rigoroso controle interno e externo, interno por seus próprios mecanismos e externo por parte da opinião pública e pela imprensa, isto é, pela sociedade em seu conjunto. O controle do Estado pela opinião pública estimula a transparência e a responsabilidade dos agentes públicos, além de ser um meio de participação do

²⁶⁵ Nas decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o conteúdo da liberdade de expressão tem recebido interpretação ampliada pois tem sido interpretado que o artigo 13 da Convenção Americana reflete um conceito amplo de liberdade de expressão fundado na autonomia e dignidade das pessoas e é orientado a cumprir com uma importante função democrática. (OEA, 2010, p. 7).

cidadão. Por isto mesmo, o desenvolvimento da democracia requer a maior circulação de informações, ideias e opiniões sobre os assuntos de interesse público. (OEA, 2010).

Neste sentido, a jurisprudência do sistema interamericano tem definido a liberdade de expressão como “[...] o direito do indivíduo e de toda a sociedade a participar nos debates ativos, firmes e desafiadores a respeito de todos os aspectos vinculados ao funcionamento normal e harmônico da sociedade”. (OEA, 2010, p. 11)²⁶⁶. A jurisprudência tem enfatizado também que a liberdade de expressão é uma das formas mais eficazes de denúncia da corrupção e que no debate sobre os assuntos de interesse público, se protege tanto o discurso inofensivo e aceito pela opinião pública, como o discurso ofensivo, que choca, irrita e inquieta o funcionário público. Conseqüentemente, as expressões, informações e opiniões referentes aos assuntos de interesse público, ao Estado e suas instituições, são, pela Convenção Americana, especialmente protegidas, o que implica em que o Estado deve abster-se com maior rigor de estabelecer limitações a tais formas de expressões e que tanto os funcionários públicos, quanto as instituições do Estado, bem como os candidatos a cargos públicos, devem ter uma maior tolerância ante os discursos críticos, pois o controle da gestão pública por meio da opinião pública requer uma margem reduzida a qualquer restrição do debate político ou das questões de interesse público. (OEA, 2010, p. 13). No exemplo obtido pela análise do Caso *Tristán Donoso vs. Paraguai*, a Corte Interamericana utilizou como critério para análise da responsabilidade, a importância de não se inibir o debate democrático sobre assunto de interesse público como um dos elementos utilizados para a ponderação e aplicação de responsabilidade.

Associada à defesa de maior proteção à liberdade de expressão dos discursos políticos e sobre assuntos de interesse público, a jurisprudência do sistema interamericano tem destacado a importância dos meios de comunicação na informação ampla sobre assuntos de interesse público que afetam a sociedade. Assim, a liberdade de expressão protege tanto a executivos e diretores desses meios de comunicação, quanto aos jornalistas que lidam com investigações sobre assuntos de interesse público no que diz respeito ao direito de investigar, escrever e publicar informações e opiniões sobre tais assuntos. Por isto mesmo, a

²⁶⁶ CIDH, Informe Anual 1994. (OEA, 1995).

jurisprudência interamericana tem explicado que processar tais profissionais (ou outras pessoas) pelo fato de investigar, escrever e publicar informações de interesse público, viola a liberdade de expressão ao desestimular o debate político sobre assuntos de interesse da sociedade, podendo gerar como efeito a autocensura. (OEA, 2010, p. 13).

Quanto aos discursos sobre funcionários públicos em exercício de suas funções e sobre os candidatos interessados a ocupar cargos públicos, as expressões, informações, ideias e opiniões também devem gozar de proteção especial no sistema interamericano de proteção pelas mesmas razões utilizadas para proteger o discurso político e sobre assuntos de interesse público. Como já mencionado, o controle democrático da gestão pública por meio da opinião pública estimula a transparência das atividades do Estado, a responsabilidade dos agentes públicos sobre sua gestão e a participação cidadã ampla. Por isto mesmo, funcionários públicos e candidatos a cargos públicos, possuem uma proteção distinta que os expõem em maior grau de análise e crítica do público, porque se expuseram, livre e espontaneamente, a uma avaliação mais severa de seus atos pela própria sociedade. Além do mais, possuem uma maior capacidade de controverter a informação, a expressão, através de seu poder de convocação da opinião pública, além de terem mais possibilidades de apresentar explicações ou responder aos questionamentos e críticas que lhes fazem.

Por isto mesmo, o Estado deve abster-se ao máximo possível de impor limitações a tais formas de discurso. Os agentes públicos, em razão das atividades de interesse público que desempenham, devem ter uma maior tolerância à crítica, pois a liberdade de expressão implica em possibilitar debates que podem ser críticos e inclusive ofensivos para os funcionários públicos e aos candidatos a cargos públicos, especialmente aos que exercem a função pública de políticos e governantes²⁶⁷. Entretanto, é obvio que este maior grau de tolerância imputado aos agentes públicos não pode significar que eles não sejam protegidos judicialmente quanto à sua honra diante de ataques injustificados. Contudo, tal ponderação deve ser realizada por meio de mecanismos que não promovam a inibição da liberdade de expressão e muito menos a autocensura.

²⁶⁷ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compañabilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Título III Apartado B. OEA/Ser. L/V/II. 88. Doc. 9. (OEA, 1995).

A liberdade de expressão compreende o direito de fazer denúncias sobre violações aos direitos humanos por parte de funcionários públicos e que a obstrução deste tipo de denúncia ou seu silenciamento consiste em violação à liberdade de expressão em suas dimensões individual e coletiva²⁶⁸. Por isto mesmo, em particular são protegidas as denúncias por violações dos direitos humanos cometidas por agentes do Estado.

Por fim, recebem proteção especial da liberdade de expressão pela Convenção Americana os discursos que expressam elementos essenciais à identidade ou dignidade pessoal de quem se expressa. A jurisprudência interamericana tem abordado este aspecto fazendo alusão ao uso da língua de grupos étnicos ou minoritários. Em entendimento jurisprudencial, o sistema interamericano tem compreendido que o uso da língua própria é um dos elementos mais importantes dentro da identidade de uma etnia, pois garante a expressão, difusão e transmissão de sua própria cultura; que o uso da língua própria diferencia os membros das populações indígenas dos membros da população em geral e compreende a sua identidade cultural. Assim, a proibição de fazer uso da própria língua, além de ser discriminatória, é uma violação grave que atenta contra a dignidade da pessoa e dos membros da etnia ou grupo minoritário. (OEA, 2010).

Além destes citados, outras formas de discurso gozam de especial proteção por expressarem um elemento integral de identidade e dignidade pessoais, são os discursos religiosos e aqueles que expressam a orientação sexual e identidade de gênero. O artigo 12.1 da Convenção Americana²⁶⁹ ao proteger a liberdade de crença e de religião, expõe expressamente que tal direito implica “[...] a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado”. (OEA, 1969). Já no artigo 12.3 estabelece que “[...] a liberdade de manifestar a própria religião e as próprias

²⁶⁸ CIDH. Informe nº 20/99. (OEA, 1999).

²⁶⁹ Convenção Americana: Artigo 12º - Liberdade de consciência e de religião: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crença, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado. 2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças. 3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas. 4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções. (OEA, 1969).

crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das pessoas”. (OEA, 1969). Por sua estreita relação com a dignidade e a igualdade de todos os seres humanos, nesta categoria de discursos protegidos pela liberdade de expressão, se encontram aqueles que expressam a própria orientação sexual e a identidade de gênero.²⁷⁰ (OEA, 2010, p. 20).

Considerando-se a presunção de cobertura *ab initio* para todos os discursos pela liberdade de expressão e sem prejuízo a ela, existem certos tipos de discursos que são expressamente proibidos pelo direito internacional e, por isto mesmo, não recebem a proteção da liberdade de expressão consagrada no artigo 13.5 da Convenção Americana²⁷¹. A saber, são eles: a propaganda de guerra e a apologia ao ódio que constitua incitação à violência, a incitação direta e pública ao genocídio e a pornografia infantil.

A Comissão Americana acompanhando a doutrina e a jurisprudência interamericana e internacional, tem indicado que a imposição de sanções pelo abuso da liberdade de expressão sob a condição de incitação à violência deve ter como pressuposto a prova atual, certa, objetiva e contundente de que não se trata de mera expressão de opinião, senão que tenha clara intenção de cometer um crime e a

²⁷⁰ Sobre este tema cabe recordar a Resolução 2435 (XXXVIII-0/08) da Assembleia Geral da OEA que estabeleceu um marco internacional na matéria. *In verbis*: AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08). DIREITOS HUMANOS, ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO (Aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 3 de junho de 2008). ASSEMBLÉIA GERAL, REITERANDO: Que a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que a cada um é dado exercer todos os direitos e liberdades existentes nesse instrumento sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição; Que a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem prevê que todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa; CONSIDERANDO que a Carta da OEA proclama que a missão histórica da América é oferecer ao ser humano uma terra de liberdade e um ambiente favorável ao desenvolvimento de sua personalidade e à realização justa de suas aspirações; REAFIRMANDO os princípios de universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; e TOMANDO NOTA COM PREOCUPAÇÃO dos atos de violência e das violações aos direitos humanos correlatas perpetradas contra indivíduos, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero, RESOLVE: 1. Expressar preocupação pelos atos de violência e pelas violações aos direitos humanos correlatas, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero. 2. Encarregar a Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos (CAJP) de incluir em sua agenda, antes do Trigésimo Nono Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral, o tema “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero”. 3. Solicitar ao Conselho Permanente que informe a Assembleia Geral, em seu Trigésimo Nono Período Ordinário de Sessões, sobre o cumprimento desta resolução, que será executada de acordo com os recursos alocados no orçamento-programa da Organização e outros recursos. (OEA, 2010).

²⁷¹ O artigo 13.5 da Convenção Americana dispõe expressamente que “[...] a lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”. (OEA, 1969).

possibilidade atual, real e objetiva de alcançar seus objetivos. Quanto ao discurso de incitação direta e pública ao genocídio, está proibida tanto pelo direito internacional convencional pelo artigo III da Convenção para a Prevenção e a Sanção do Delito de Genocídio²⁷², como pelo direito internacional consuetudinário. No que diz respeito à pornografia infantil, ela é vedada em termos absolutos pelo artigo 34-C da Convenção sobre os Direitos da Criança²⁷³, pelo Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à venda de crianças, à prostituição infantil e à utilização das crianças na pornografia²⁷⁴ e, ainda, pelo Convenção nº 182²⁷⁵ da OIT sobre o trabalho infantil em suas piores formas. Todo este marco normativo internacional em conjunto com o artigo 19²⁷⁶ da Convenção Americana estabelecem a conclusão de que a pornografia infantil é violentamente lesiva aos direitos da criança e, por isto mesmo, tem de ser excluída do rol de proteção prevista pela liberdade de expressão do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

4.2.3 Limites da liberdade de expressão

A liberdade de expressão é um direito amplo, embora não absoluto²⁷⁷. O

²⁷² Convenção para a Prevenção e a Sanção do Delito de Genocídio (1948), artigo 3.º: Serão punidos os seguintes atos: a) O genocídio; b) O acordo com vista a cometer genocídio; c) O incitamento, direto e público, ao genocídio; d) A tentativa de genocídio; e) A cumplicidade no genocídio.

²⁷³ Convenção sobre os Direitos da Criança: Artigo 34: Os Estados Partes comprometem-se a proteger a criança contra todas as formas de exploração e de violência sexuais. Para esse efeito, os Estados Partes devem, nomeadamente, tomar todas as medidas adequadas, nos planos nacional, bilateral e multilateral para impedir: a) Que a criança seja incitada ou coagida a dedicar-se a uma atividade sexual ilícita; b) Que a criança seja explorada para fins de prostituição ou de outras práticas sexuais ilícitas; c) Que a criança seja explorada na produção de espetáculos ou de material de natureza pornográfica. (BRASIL, 1990b).

²⁷⁴ Protocolo Facultativo da Convenção Sobre os Direitos da Criança Relativo à venda de crianças, à prostituição infantil e à utilização das crianças na pornografia: Artigo 1º - Os Estados Partes deverão proibir a venda de crianças, a prostituição infantil e a pornografia infantil, conforme disposto no presente Protocolo. (BRASIL, 2004a).

²⁷⁵ Convenção sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação - CONVENÇÃO Nº 182 da OIT: Artigo 1º Todo Estado-membro que ratificar a presente Convenção deverá adotar medidas imediatas e eficazes que garantam a proibição e a eliminação das piores formas de trabalho infantil em caráter de urgência. (BRASIL, 2000).

²⁷⁶ Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 19º - Direitos da criança: Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. (OEA, 1969).

²⁷⁷ A liberdade de expressão é marcada pelo seguinte paradoxo “dar liberdade a alguém para ofender e humilhar o outro significa compactuar com a agressão e também autorizar a prática de um crime. Por outro lado, censurar as opiniões, por mais perversas que elas sejam, pode significar o primeiro passo para a destruição do jardim a que se referia Bertolt Brecht. Assim, liberar a expressão sem limites, é correr o risco do autoritarismo da imprensa, proibir, é correr o risco do totalitarismo político e social. É, portanto, um dilema de complexa resolução, principalmente porque “as pessoas são

artigo 13²⁷⁸ da Convenção Americana em seus incisos 2, 4 e 5 dispõe expressamente as limitações a que a liberdade de expressão está sujeita e estabelece as condições que dão legitimidade a tais limitações²⁷⁹. O inciso 2 estabelece a regra geral, e em virtude dela,

[...] o exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. [Já o inciso 4 dispõe que] a lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2 [e o inciso 5 estabelece que] a lei deve proibir toda a propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. (OEA, 1969, s/p).

De acordo com os preceitos normativos e as devidas interpretações aplicadas sobre eles, quando possíveis, as limitações para serem legítimas devem cumprir com uma série de condições, a saber: compatibilidade com os princípios democráticos²⁸⁰ e a obediência ao que a jurisprudência interamericana denominou

geralmente contra a plena liberdade de expressão, desde que ela seja a liberdade do outro, mas são a favor da plenitude da sua própria liberdade de expressão". (BELLO FILHO, 2012, p. 129).

²⁷⁸ Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, Artigo 13º - Liberdade de pensamento e de expressão: [...] 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. [...] 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda a propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. (OEA, 1969).

²⁷⁹ Rodrigues Júnior (2009, p. 87) divide as limitações à liberdade de expressão em "absolutas" e "relativas". As limitações absolutas possuem caráter permanente e ilimitado e nela estão definidos as fronteiras e os contornos da liberdade de expressão e de informação. A segunda categoria consiste em obstáculos ou em barreira temporal, definidos em lei, para o exercício do direito à liberdade de expressão. Nas limitações absolutas estão incluídos os direitos à vida, o respeito à dignidade da pessoa humana. Nas limitações relativas estão incluídos o respeito à intimidade da vida privada e familiar, a vida privada e a vida pública, o respeito à honra, o respeito à imagem, a proteção da Segurança Nacional.

²⁸⁰ Conclusão que se alcança com a interpretação conjugada dos artigos 29 e 32 da Convenção Americana: Artigo 29º - Normas de interpretação: Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e

de “teste tripartido” que estabelece que as limitações devem fazer-se mediante leis redigidas de maneira clara e precisa, que devem estar orientadas ao alcance dos objetivos imperiosos autorizados pela Convenção Americana e devem ser necessárias em uma sociedade democrática, estritamente proporcionadas e idôneas para o alcance de tais fins.

As restrições à liberdade de expressão somente podem ser realizadas legitimamente, tendo em vista as responsabilidades posteriores e nunca por meio da censura prévia. De maneira taxativa, o artigo 13 da Convenção Americana estabelece os seguintes critérios necessários para legitimar as restrições: a) previsão legal, b) finalidade legítima e adequação, c) necessidade e d) proporcionalidade. (BENTO, 2015, p. 104). Os critérios de legitimidade para as restrições são aplicados a todos os elementos constitutivos da liberdade de expressão em suas diversas manifestações, bem como à legislação e aos atos administrativos e decisões judiciais. (OEA, 2010, p. 22-23).

Além do mais, a jurisprudência interamericana tem compreendido que a concordância entre as limitações à liberdade de expressão e a Convenção Americana deve ser sempre a partir de uma avaliação do caso concreto em sua totalidade, isto é, o ato em questão deve ser analisado com relação ao contexto em que aconteceu e considerando-se também as suas consequências. Entretanto, a jurisprudência interamericana tem considerado que algumas formas de limitação são inadmissíveis e que algumas limitações devem se sujeitar a exames mais restritos e exigentes para que possam receber legitimidade pela Convenção Americana.

4.2.4 Requisitos de legitimidade para a limitação à liberdade de expressão pela Convenção Americana de Direitos Humanos

As restrições à liberdade de expressão pela Convenção Americana somente podem ser feitas considerando-se a responsabilização posterior por possíveis danos causados em seu exercício e nunca por censura prévia. Deve também atender aos requisitos de compatibilidade com o princípio democrático e a obediência ao “teste tripartido”. Tais condições serão analisadas a seguir.

Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. Artigo 32º - Correlação entre deveres e direitos 1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade. 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática. (OEA, 1969).

A regra geral para legitimidade das restrições à liberdade de expressão é que haja compatibilidade das limitações com o princípio democrático. Segundo a jurisprudência interamericana “[...] às restrições à liberdade de expressão devem ser incorporadas as exigências justas de uma sociedade democrática” (OEA, 2010, p. 24), que as normas de amparo a partir das quais se interpretam as restrições devem ser compatíveis com a preservação e o desenvolvimento das sociedades democráticas conforme dispõem os artigos 29 e 32 da Convenção Americana e que

[...] as interpretações das restrições à liberdade de expressão deve ser julgada fazendo-se referência às necessidades legítimas da sociedade e às instituições democráticas, visto que a liberdade de expressão é essencial para toda forma de governo democrática. (OEA, 2010, p. 24).

O denominado “teste tripartido” estabelece as condições específicas que, segundo a jurisprudência interamericana, são básicas para uma limitação à liberdade de expressão. A saber: a) a limitação deve ser definida pela lei de forma clara e precisa, b) a limitação deve estar orientada ao alcance dos objetivos imperiosos autorizados pela Convenção Americana e c) a limitação deve ser necessária, proporcional e idôneas em uma sociedade democrática para alcançar os fins imperiosos da Convenção Americana. É necessário que todas as condições se estabeleçam simultaneamente para que a limitação seja considerada legítima. Cabe à autoridade impositiva da limitação, demonstrar que as referidas condições tenham sido todas elas cumpridas.

Segundo a interpretação dada pela jurisprudência interamericana aos artigos 13 e 29 da Convenção Americana²⁸¹, toda limitação à liberdade de expressão

²⁸¹ Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Artigo 13º - Liberdade de pensamento e de expressão 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda a propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. Artigo 29º - Normas de interpretação Nenhuma disposição desta

deve estar prevista em lei, em sentido formal e material, de maneira expressa, taxativa, clara e precisa. As normas jurídicas vagas ou ambíguas, amplas ou abertas que deixam margem à discricionariedade e arbitrariedade das autoridades públicas, não possuem o condão de legitimar as limitações à liberdade de expressão e, neste caso, são incompatíveis com a Convenção Americana, visto que podem possibilitar atos de arbitrariedade e autoritarismos equivalentes à censura ou ainda atribuírem responsabilidades desproporcionais à expressão de discursos protegidos. Quando se trata de limitações à liberdade de expressão impostas por normas penais, inclusive as normas penais militares, se devem satisfazer adicionalmente as exigências próprias do princípio da estrita legalidade.

A segunda condição do “teste tripartido” é a de que as limitações devem buscar a realização de alguns objetivos imperiosos estabelecidos taxativamente pela Convenção Americana, a saber: a proteção dos direitos dos demais, a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou moral públicas. Segundo a Convenção Americana, são apenas estes objetivos que autorizam limitações à liberdade de expressão e, mesmo assim, os Estados não possuem liberdade para interpretar de qualquer forma o conteúdo destes objetivos a fim de justificar a imposição de qualquer limitação nos casos concretos. A jurisprudência interamericana tem destacado que os casos em que se imponham limitações à liberdade de expressão para a proteção dos direitos dos demais, é necessário que estes direitos se encontrem claramente lesionados ou prejudicados, cabendo à autoridade impositiva da limitação a demonstração do prejuízo. (OEA, 2010, p. 27).

Também não é possível invocar a proteção à liberdade de expressão ou da liberdade de informação com o objetivo que justifique a restrição à própria liberdade de expressão ou liberdade de informação, pois isto resultaria em uma antinomia ou contradição. A Corte Americana tem indicado que tampouco se pode justificar a imposição de um sistema de controle à liberdade de expressão em nome de uma suposta garantia de correção e veracidade da informação que a sociedade

Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. (OEA, 1969).

recebe porque esta conduta pode acabar sendo fonte de abusos e de violações de direitos. (OEA, 2010, p. 27).

É o entendimento da jurisprudência interamericana que, caso se apresente efetivamente um abuso cometido em razão do direito à liberdade de expressão e que cause prejuízos aos direitos dos outros, se deve utilizar as medidas menos restritivas à liberdade de expressão para reparar tais prejuízos, tais como o direito de retificação ou resposta consagrado no artigo 14 da Convenção Americana²⁸², as reparações civis que cumpram as condições do artigo 13.2 e, por último, as reparações de ordem penal.

Do mesmo modo, a jurisprudência interamericana tem considerado que o termo “ordem pública” não pode ser invocado para suprimir um direito garantido pela Convenção Americana, para desnaturalizá-lo ou privá-lo de conteúdo real. O conceito deve ser interpretado de acordo com as justas exigências de uma sociedade democrática, assim, para efeitos limitadores à liberdade de expressão, a Corte Interamericana define a “ordem pública” como “[...] as condições que asseguram o funcionamento harmônico e normal das instituições sobre a base de um sistema coerente de valores e princípios”. (OEA, 2010, p. 28). Assim, a defesa da ordem pública exige a máxima circulação possível de informações, opiniões, notícias e ideias, ou seja, o máximo nível de exercício da liberdade de expressão. Qualquer invocação da ordem pública para justificar limitações à liberdade de expressão, deve obedecer a causas reais e verificáveis objetivamente, que tragam uma ameaça certa e crível de uma perturbação grave das condições básicas para o funcionamento das instituições democráticas.

Quanto ao requisito da necessidade, tem-se que os Estados que imponham limitações ao direito à liberdade de expressão, o façam mediante a obrigação de demonstrar que estas limitações são necessárias em uma sociedade democrática para o alcance dos objetivos imperiosos que buscam. O vínculo entre a necessidade das limitações e a democracia resulta da interpretação harmônica e integral da Convenção Americana, realizada pela Corte Interamericana à luz de seu

²⁸² Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Artigo 14º - Direito de retificação ou resposta 1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei. 2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido. 3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial. (OEA, 1969).

objeto e de suas finalidades, e tendo em conta especialmente o Preâmbulo e os artigos 29 e 32²⁸³. O requisito da necessidade não é um equivalente ao útil, ao razoável ou oportuno, mas uma condição que represente uma “[...] necessidade social premente, que não poderia ser atendida satisfatoriamente por outros meios menos restritivos”. (BENTO, 2016, p. 106).

Além do mais, repete-se que o meio restritivo deve ser em realidade aquele menos gravoso disponível para proteger os bens jurídicos fundamentais, isto é, dentre as várias opções para alcançar o mesmo objetivo, deve-se escolher aquela que restrinja em menor escala o direito à liberdade de expressão, assim, “[...] o direito de retificação ou resposta é preferível à reparação civil, e esta à sanção penal”. (BENTO, 2016, p. 106).

Não se pode olvidar que qualquer limitação à liberdade de expressão dever ser considerada um instrumento idôneo para cumprir a finalidade que se almeja através de sua imposição. Assim, as limitações devem ser adequadas com as finalidades compatíveis com a Convenção Americana e estabelecidas de modo proporcional às finalidades que as legitimam, ajustando-se ao alcance deste objetivo

²⁸³ Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: PREÂMBULO Os Estados Americanos signatários da presente Convenção; Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem; Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos; Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto em âmbito mundial como regional; Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; e Considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma convenção interamericana sobre direitos humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria. [...] Artigo 29º - Normas de interpretação Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. [...] - Correlação entre deveres e direitos 1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade. 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática. (OEA, 1969).

e interferindo minimamente possível com o exercício legítimo da liberdade de expressão.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos definiu que se devem avaliar três fatores para estabelecer a proporcionalidade de uma limitação à liberdade de expressão com o objetivo de preservar outros direitos, a saber: o grau de afetação do direito contrário, a importância de satisfazer o direito contrário e se a satisfação do direito contrário justifica a restrição da liberdade de expressão. Como não há respostas *a priori*, muito menos uma fórmula de aplicação geral, o resultado da ponderação variará de caso a caso, em alguns casos variando em favor da liberdade de expressão, em outros em favor do direito contrário. Caso a responsabilidade posterior aplicada resulta em desproporcionada ou não se ajusta ao interesse da justiça, há uma violação ao artigo 13.2 da Convenção Americana. (OEA, 2010, p. 31).

4.3 A liberdade de expressão nas constituições brasileiras

A liberdade de expressão está presente nas principais declarações de direitos do homem e elas exerceram (exercem) forte influência sobre o direito brasileiro. Na Declaração de Direitos do Homem de 1789 (FRANÇA, 1789), a liberdade de expressão encontra-se no artigo 11²⁸⁴. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) da Assembleia Geral da ONU, de 1948, a liberdade de expressão está assegurada nos artigos XVIII e XIX²⁸⁵. Do mesmo ano de 1948 é a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem que inclui a liberdade em seus artigos IV e V²⁸⁶. Também o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 1966, trata da liberdade de expressão em seu artigo 19²⁸⁷.

²⁸⁴ *In verbis*, “A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei”. (FRANÇA, 1789).

²⁸⁵ Artigo XVIII - Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular. Artigo XIX - Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. (ONU, 1948).

²⁸⁶ Artigo IV. Toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio. Artigo V. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar. (OEA, 1948).

²⁸⁷ Ninguém pode ser discriminado por causa das suas opiniões. Toda a pessoa tem direito à

Ratificada pelo Brasil em 1996 a Declaração de Chapultepec, produzida pela Sociedade Interamericana de Imprensa e adotada em 11.03.1994 durante a Conferência Hemisférica sobre Liberdade de Expressão na cidade do México contém dez princípios fundamentais que devem nortear a liberdade de expressão e de imprensa. No seu primeiro princípio está estabelecido que “[...] não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa. O exercício desta não é uma concessão das autoridades, é um direito inalienável do povo”. (SOCIEDADE INTERAMERICANA DE IMPRENSA, 1994, s/p).

No plano internacional a liberdade de expressão é amplamente protegida. No plano nacional, este direito esteve presente em todas as Constituições Brasileiras, embora a extensão da proteção a ela tenha variado conforme o sistema político e o grau de democracia de cada Constituição.

Na Carta Imperial de 1824²⁸⁸, outorgada por Dom Pedro I,

A liberdade era colocada como uma das bases dos direitos civis e políticos dos cidadãos, ao lado da segurança individual e da propriedade. Assegurava a liberdade de pensamento, de expressão, religiosa e de imprensa, bem como trazia a vedação à censura. Todavia, não tratava da liberdade de expressão como um direito absoluto, pois responsabilizava o autor por eventuais abusos cometidos, na forma da lei. (MEYER-PLUFG, 2009, p. 57).

A primeira Constituição Republicana no Brasil, a de 1891, dentre o extenso rol de direitos e garantias fundamentais, trazia a liberdade nos artigos 72²⁸⁹,

liberdade de expressão; este direito compreende a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e ideias de toda a índole sem consideração de fronteiras, seja oralmente, por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo que escolher. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 deste artigo implica deveres e responsabilidades especiais. Por conseguinte, pode estar sujeito a certas restrições, expressamente previstas na lei, e que sejam necessárias para: a) Assegurar o respeito pelos direitos e a reputação de outrem; b) A proteção da segurança nacional, a ordem pública ou a saúde ou a moral públicas. (ONU, 1966).

²⁸⁸ *In verbis*: “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publica-los pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar. V. Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica”. (sic). (BRASIL, 1824).

²⁸⁹ *In verbis*: “Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: [...] § 12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato. [...] § 28. Por motivo de crença ou de funcção de seus direitos civis e politicos, nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever civico. § 29. Os que allegarem por motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer onus que as leis da Republica imponham aos cidadãos e os que acceitarem

§§ 12, 28 e 29. Nestes artigos, a Constituição assegurava a liberdade de pensamento, de imprensa, de expressão e de religião. Vedava a censura, pela primeira vez vedava o anonimato, e previa a responsabilização por eventuais abusos cometidos. Também continha previsão para a liberdade religiosa e de consciência, mas não previa a escusa de consciência.

Inspirada na Constituição de Weimar, de 1919 e na Constituição Republicana da Espanha, de 1931, a Constituição Brasileira de 1934²⁹⁰ em seu artigo 113, incisos 4, 5 e 9

Garantia a liberdade de consciência, de religião, de pensamento e vedava a censura, embora não de forma absoluta, pois trazia como exceção a censura a espetáculos e diversões públicos. Mantinha a previsão de responsabilização por eventuais abusos, bem como proibia o anonimato. Era garantido o direito de resposta e vedada a propaganda de guerra ou com vistas a subverter a ordem política ou social. (MEYER-PLUFG, 2009, p. 58-59).

De caráter mais centralizador e antidemocrático, a Constituição Brasileira de 1937, denominada também de “Constituição Polaca”, estabeleceu limites à de expressão em seus artigos 122, 4º e 15²⁹¹. A Polaca assegurava a liberdade

condecoração ou títulos nobiliarchicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos”. (sic). (BRASIL, 1891).

²⁹⁰ *In verbis*: “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 4) Por motivo de convicções filosófica, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo o caso do art. 111, letra b. 5) É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costume. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil. [...] 9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social”. (BRASIL, 1934).

²⁹¹ *In verbis*: “Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 4º) todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes; 15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado. A imprensa reger-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios: a) a imprensa exerce uma função de caráter público; b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei; c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais

religiosa, de culto e de pensamento, embora este último fosse paradoxal e expressamente limitado pela própria constituição. Pela primeira vez o texto constitucional permitiu a censura²⁹² prévia da imprensa, do teatro, do cinema e da radiodifusão com a finalidade de garantir a paz. Foram assegurados o direito de resposta e a vedação ao anonimato.

Com características restauradoras, a Constituição de 1946 ficou caracterizada por recuperar algumas linhas da Constituição de 1891 e algumas disposições da Constituição de 1934. Em seus artigos 141²⁹³, §§ 5º e 7º e 173²⁹⁴, *caput*, assegurava a liberdade de culto e de pensamento. Vedava a censura, exceto quanto a espetáculos e diversões públicas e se contradizia ao estabelecer que as ciências, as letras e as artes eram livres. Garantia o direito de resposta e trazia a responsabilização por eventuais abusos. Proibia o anonimato e as propagandas de guerra ou que visassem subverter a ordem política e social. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 62). A Constituição de 1946 trouxe pela primeira vez de modo expreso a proibição de propagandas que promovessem preconceitos de raça ou de classe.

No ano de 1965, foi editado o Ato Institucional nº 02 (AI-2) que conferia a possibilidade de o Presidente da República consolidar o regime de exceção e, sem limites constitucionais previstos, suspender os direitos de qualquer cidadão por 10

que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação; d) é proibido o anonimato; e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa; f) as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no princípio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal; g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos. (BRASIL, 1937).

²⁹² Em dezembro de 1939, via decreto presidencial, “[...] foi criado o Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP) que era o órgão responsável pela censura na imprensa e tinha por finalidade difundir a ideologia do Estado Novo”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 61).

²⁹³ *In verbis*: “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe. [...] § 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil”. (BRASIL, 1946).

²⁹⁴ *In verbis*: “Art. 173 - As ciências, as letras e as artes são livres”. (BRASIL, 1946).

anos. A liberdade de expressão foi restringida, pois o artigo 16, III²⁹⁵ proibia a atividade ou manifestação sobre assuntos de natureza política.

No ano de 1967, no período do regime ditatorial militar, a Constituição Federal trouxe “[...] um fortalecimento do Poder Executivo concernente na ampliação de seu poder de iniciativa das leis”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 63). Ao menos do ponto de vista formal, o art. 150²⁹⁶, §§ 5º, 6º e 8º asseguravam o direito à

[...] liberdade religiosa, de culto, de pensamento, de convicção política ou filosófica e o direito de informação. Proibia a censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos e previa a responsabilização por eventuais abusos de direitos. Era, também, vedada a licença de autoridade para a publicação de livros. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 63-64).

No texto constitucional de 1967, a liberdade de crença era assegurada por meio da liberdade de consciência. Era vedada a “[...] veiculação de propagandas de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, raça ou de classe acrescentando, ainda, as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 63-64).

Ainda na vigência da Constituição de 1967, em 13 de dezembro de 1968, foi editado pelo Presidente da República o Ato Institucional nº 5 (AI-5)²⁹⁷ que tornou o sistema político mais rígido, pois repetiu o teor do artigo 15 do AI-2 e acrescentou ao § 1º do seu artigo 5º a possibilidade de suspensão dos direitos políticos, bem como fixar restrições ou proibições relativas ao exercício de quaisquer outros direitos públicos e/ou privados. A Emenda Constitucional nº 01 de 1969, não alterou os

²⁹⁵ *In verbis*: “Art. 16 - A suspensão de direitos políticos, com base neste Ato e no art. 10 e seu parágrafo único do Ato Institucional, de 9 de abril de 1964, além do disposto no art. 337 do Código Eleitoral e no art. 6º da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, acarreta simultaneamente: [...] III - a proibição de atividade ou manifestação sobre assunto de natureza política”. (BRASIL, 1965).

²⁹⁶ *In verbis*: “Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 5º - É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes. § 6º - Por motivo de crença religiosa, ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal imposta a todos, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência. [...] § 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe”. (BRASIL, 1967a).

²⁹⁷ *In verbis*: “Art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: [...] § 1º - O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados”. (BRASIL, 1968).

dispositivos do texto constitucional de 1967 no tocante à liberdade de expressão. Ainda no regime de exceção, foi editada a Lei nº 5.250 de 09 de fevereiro de 1967 que regulava a liberdade de manifestação do pensamento e de informação e disciplinava a censura prévia dos espetáculos e diversões públicas. (BRASIL, 1967b).

Com a volta do regime democrático, foi promulgada em 1988 a “Constituição cidadã” na qual foram privilegiados “[...] os valores democráticos e um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, tanto de ordem individual, como social e político”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 65).

A Constituição Federal de 1988 assegurou plenamente o direito à liberdade em seus múltiplos aspectos. Ela é estabelecida como direito fundamental, cláusula pétrea e, por isto mesmo, insuscetível de modificação por via de emenda constitucional ou modificação por lei infraconstitucional.

A liberdade se constitui em núcleo do texto Constitucional Brasileiro. Já no Preâmbulo²⁹⁸ é feita referência à necessidade de o Estado Democrático assegurar o exercício da liberdade. O artigo 3º, inciso I²⁹⁹ estabelece como um dos objetivos fundamentais da República construir uma sociedade livre, justa e solidária. No Título destinado às garantias e direitos fundamentais o artigo 5º, *caput*³⁰⁰, estabelece a isonomia de todos e inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Ainda no artigo 5º em seus incisos³⁰¹ ficam asseguradas

²⁹⁸ *In verbis*: “PREÂMBULO. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. (BRASIL, 1988).

²⁹⁹ *In verbis*: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”. (BRASIL, 1988).

³⁰⁰ *In verbis*: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. (BRASIL, 1988).

³⁰¹ *In verbis*: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei,

as várias formas de liberdade: a de pensamento (IV), a de consciência e de crença (VI), a de expressão (IX), a de profissão (XIII), a de informação (XIV), a de locomoção (XV), a de reunião (XVI) e a liberdade de associação (XVII).

No campo dos direitos sociais, a Constituição Federal de 1988 no artigo 8º, *caput*³⁰², protege a liberdade de associação profissional ou sindical. No artigo 17³⁰³, se tem a liberdade de criação, fusão, incorporação ou extinção de partidos políticos. Já no artigo 170, *caput*, inciso IV, § único³⁰⁴, o que se protege é a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, ou seja, a liberdade econômica.

Na Constituição Brasileira a liberdade recebe ainda a proteção no Título VIII que dispõe sobre a ordem social no artigo 206, inciso II³⁰⁵, sob a liberdade de aprender, de ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. Já no artigo 220, a liberdade garantida é a de comunicação, com a vedação a toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística.

É possível identificar uma imprecisão no termo “liberdade de expressão” porque o artigo 5º expressa que é “livre a manifestação do pensamento (IV)” mas também assegura “a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (IX)” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 35), dando a entender que se tratam de direitos diversos, o que não é. A liberdade de expressão na Constituição Brasileira de 1988 é utilizada como gênero que engloba a liberdade de pensamento enquanto consciência e enquanto manifestação do pensamento (expressão) nas suas mais variadas formas de exteriorização, quais seja, a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

A extensão da proteção constitucional à liberdade de expressão é identificada pela proteção outorgada à liberdade em suas mais variadas formas, a

nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”. (BRASIL, 1988).

³⁰² *In verbis*: “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte”. (BRASIL, 1988).

³⁰³ *In verbis*: “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos”. (BRASIL, 1988).

³⁰⁴ *In verbis*: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência”. (BRASIL, 1988).

³⁰⁵ *In verbis*: “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”. (BRASIL, 1988).

saber, a liberdade de consciência e de crença³⁰⁶, a liberdade de culto, de informação, de reunião, de ensino, de comunicação e de imprensa, que serão tratadas a seguir. O artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal de 1988 protege a liberdade de consciência e de crença, religiosa e de cultos.

4.4 Discurso do ódio no Brasil: análise do caso Siegfried Ellwanger – HC Nº 82.424/RS

4.4.1 Breve relato do caso

O Ministério Público do Rio Grande do Sul aceitou denúncia contra Siegfried Ellwanger³⁰⁷ em novembro de 1991, acusando-o de cometer o crime de “incitar e induzir a discriminação racial”, tipificação prevista no art. 20³⁰⁸, *caput*, da Lei nº 7.716/89, com a redação da Lei n. 8.081/90, que estabelece pena de reclusão de um a três anos para quem “[...] praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. (BRASIL, 1989). Segundo a denúncia do Ministério Público, assim resumida pelo Promotor de Justiça:

Segundo o incluso inquérito policial, o denunciado Siegfried, na qualidade de escritor e sócio dirigente da Revisão Editora Ltda., situada na Rua Voltaire Pires, nº 300, conj. 02/11, nesta cidade, de forma reiterada e sistemática, edita e distribui, vendendo-as ao público, obras de autores brasileiros e estrangeiros, que abordam e sustentam mensagens antissemitas, racistas e discriminatórias e com isso procura incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica. (BRASIL, 2004b, p. 781-853).

³⁰⁶ A liberdade de crença envolve acreditar ou não acreditar em algo ou nada, isto é, de ter uma religião e também de não ter religião nenhuma. É uma das facetas da liberdade de pensamento com matizes religiosas. Associada à liberdade de opinião e ligada à ideia de tolerância, implica a necessidade de respeito à existência de diversas religiões, bem como a ausência impositiva de religião oficial por parte do Estado.

³⁰⁷ A partir do resumo elaborado pelo Ministro Carlos Ayres Brito em seu voto dissidente. (BRASIL, 2004b, p. 781-851).

³⁰⁸ *In verbis*, “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional. (Artigo incluído pela Lei nº 8.081, de 21.9.1990) Pena: reclusão de dois a cinco anos”. Atualmente o texto do artigo é o seguinte: “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97) Pena: reclusão de um a três anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)”. (BRASIL, 1989).

Em junho de 1995, a sentença absolutória do primeiro grau foi proferida pela juíza substituta Bernadete Coutinho Friedrich sob o fundamento de que as obras eram de teor histórico e, deste modo, protegidas pelo direito constitucional de liberdade de expressão. (PINHEIRO, 2013, p. 275).

Inconformados, os assistentes³⁰⁹ da acusação recorreram da sentença ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - TJRS. Em outubro de 1996, a sentença de primeiro grau foi reformada pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para de modo unânime, condenar Ellwanger por crime de racismo a dois anos de reclusão com suspensão condicional da pena por quatro anos. (PINHEIRO, 2013, p. 275).

Em novembro de 2011, os advogados de Siegfried Ellwanger, Werner Cantalício João Becker e Rodrigo Frantz Becker impetraram *habeas corpus* em seu favor no Superior Tribunal de Justiça - STJ (HC nº 15.155/RS) com relatoria do ministro Gilson Dipp. O julgamento aconteceu em dezembro de 2001 e, a Quinta Turma do STJ manteve o acórdão do TJRS e foi denegada a ordem por maioria, sendo voto vencido o ministro Edson Vidigal. (PINHEIRO, 2013, p. 275).

Com a publicação do acórdão denegatório da medida protetiva, os advogados Werner Cantalício João Becker e Rejana Maria Davi Becker impetram *habeas corpus* em favor do paciente Siegfried Ellwanger no Supremo Tribunal Federal – HC nº 82.424/RS. Enquanto a ação criminal, o TJRS e o STJ utilizavam como fulcro o art. 20, *caput*, da Lei nº 7.716/89 com redação dada pela Lei nº 8.081/90, a fundamentação utilizada pelo paciente, baseou-se na afirmação de que os judeus não configurariam uma raça³¹⁰ e, sendo assim, o paciente não teria cometido crime de racismo, alegando em sua defesa a tese de impossibilidade de aplicação da imprescritibilidade prevista no artigo 5º³¹¹, inciso XLII da Constituição

³⁰⁹ Segundo Ommati (2016, p. 38), “[...] o caso já suscitava polêmica, pois o Ministério Público da primeira instância terminou por requerer a absolvição do réu (e nem recorreu da sentença absolutória), enquanto os outros órgãos do Ministério Público que atuaram nas outras instâncias insistiam na tipicidade penal da conduta de Siegfried Ellwanger”.

³¹⁰ Na opinião de Ramalho (2016, p. 135), esta fundamentação foi errônea, pois a restrição ao conceito de raça que o paciente propôs, de fato não se sustenta nem do ponto de vista jurídico e nem sociológico e histórico.

³¹¹ *In verbis*, “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. (BRASIL, 1988).

Federal de 1988³¹².

O julgamento teve início em dezembro de 2002, vindo a terminar em setembro de 2003. O processo ficou sob a relatoria do então Ministro Moreira Alves e, por maioria dos votos, oito a três, o Plenário negou o recurso. Foram vencidos em seus votos os Ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Ayres Brito. Saíram vencedores a ministra Ellen Gracie e os Ministros Maurício Corrêa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence. Foram usadas diferentes fundamentações pelos Ministros em seus individualizados, demonstrando que não existe uma posição homogênea ou monolítica da Corte Brasileira, mas algo mais próximo de um amálgama de ‘vontades individuais’. (CHAVES; ANDRADE; BELLO FILHO, 2015, p. 4).

4.4.2 Os argumentos nos votos dos Ministros

A tese defendida pelo advogado do paciente, era a de que a Constituição havia restringido em seu art. 5º, inciso XLII, a imprescritibilidade apenas para o crime de racismo e não aos decorrentes de outras práticas discriminatórias tipificadas no artigo 20, *caput*, da Lei nº 7.716/89, com redação dada pela lei nº 8.081/90.

O relator do processo, Ministro Moreira Alves (BRASIL, 2004b, p. 532-545), ressaltou que o objeto do processo não era o mérito da condenação³¹³. Neste sentido, a questão levantada é a de “[...] se determinar o sentido e o alcance da expressão ‘racismo’, cuja prática constitui crime imprescritível, por força do art. 5º, XLII, da Carta Magna”. (BRASIL, 2004b, p. 534). Em seu voto, o Ministro, valendo-se da interpretação histórica da Constituição, interpreta que não houve crime de racismo porque os judeus não constituem uma raça e que o sentido histórico da Constituição dado pelo constituinte originário, era o de considerar crime de racismo apenas o preconceito praticado contra a raça negra. Assim, argumenta no sentido de deferimento do pedido com a aplicação da extinção de punibilidade em vista da prescrição punitiva. (CHAVES; ANDRADE; BELLO FILHO, 2015, p. 10).

³¹² Ommati (2016, p. 38) ressaltou que a fundamentação do crime pelo paciente baseou-se no fato de que os judeus não seriam uma raça e, sendo assim, o crime que teria sido cometido não seria o crime de racismo, mas o de “simples discriminação”, o que levaria à prescrição do mesmo pelo decurso do tempo.

³¹³ Em segunda instância o paciente foi condenado a dois anos de reclusão, com ‘*sursis*’ pelo prazo de quatro anos, como incurso no *caput* do art. 20 da Lei nº 7.716/89, na redação dada pela Lei nº 8.081/1990. (BRASIL, 2004b, p. 532).

O voto do Ministro Maurício Corrêa (BRASIL, 2004b, p. 546-553) foi o primeiro voto divergente, denegando o *habeas corpus*. Também examinou a intenção e os limites que o constituinte atribuiu ao termo racismo aplicado apenas à raça negra, derivado da preocupação do deputado constituinte Carlos Alberto Oliveira (Caó), ou à raça em sentido geral. Afirma que não é possível aplicar o termo raça em seu significado usual como expressão “simplesmente biológica” e, amparado em resultados científicos, conclui que a “[...] genética banuiu de vez o conceito tradicional de raça, [sendo, a partir de então, não mais] um conceito biológico, mas social”. (OMMATI, 2016, p. 46; BRASIL, 2004b, p. 558). Segundo o Ministro, “[...] a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens³¹⁴. Disso resultou o preconceito social³¹⁵. (BRASIL, 2004b, p. 560). Para o Ministro, “[...] as condutas imputadas ao paciente caracterizam prática de racismo” (BRASIL, 2004b, p. 560), ratificadas em diversos tratados internacionais de direito.

O Ministro fundamentará o seu voto a partir do Direito Internacional Comparado procurando assegurar “[...] o efetivo respeito aos postulados universais da igualdade e dignidade da pessoa humana”. (BRASIL, 2004b, p. 580). Foi o primeiro voto a analisar a possibilidade de colisão entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, o Ministro destaca que os “[...] atos discriminatórios de qualquer natureza ficaram expressamente vedados, com atentado relevo para a questão racial” (BRASIL, 2004b, p. 584), por isso ele considera que não ocorreu na hipótese da condenação qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento, pois não são garantias constitucionais que devem ser exercidas harmoniosamente, observados os limites traçados pela própria Constituição. A colisão, portanto, é apenas aparente porque “[...] a previsão da liberdade de expressão não assegura o ‘direito à incitação ao racismo’, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas., tal como

³¹⁴ Ministro Maurício Corrêa: “O racismo traduz valoração negativa de certo agrupamento humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros”. (BRASIL, 2004b, p. 567).

³¹⁵ Para o Ministro Maurício Corrêa, “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. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política”. (BRASIL, 2004b, p. 568).

ocorre, por exemplo, com o direito contra a honra”. (BRASIL, 2004b, p. 584).

O voto Ministro Celso de Mello ressalta a gravidade do tema destacando como preliminares de fundamentação para o seu voto a definição do princípio da dignidade humana. Contextualiza o problema dentro de marcos históricos para os judeus e reforça a importância da promulgação da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948). Amparado em tratados de direito internacional concluiu que o racismo é uma forma de discriminação odiosa, pois contraria a igualdade de todos os seres humanos. O racismo será considerado em uma perspectiva mais abertamente cultural e sociológica, além de se caracterizar como instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social. Considera “que a incitação ao ódio público contra o povo judeu” (BRASIL, 2004b, p. 624-625) não se encontra protegida pelo direito à liberdade de expressão. Para ele, a liberdade de expressão protege as publicações de caráter científico e de pesquisa histórica, não aquelas revestidas de ilicitudes, especialmente as que veiculam ódio racial. (BRASIL, 2004b, p. 629). Então, decide pelo indeferimento ao pedido do paciente. Em seu voto aditado, sugere o método da ponderação para o enfrentamento da resolução de conflito entre princípios colocando em situação de preferência o direito à dignidade e igualdade da pessoa humana. (BRASIL, 2004b, p. 944).

O Ministro Gilmar Mendes também negou a ordem de Habeas Corpus, por entender que “[...] o racismo, enquanto fenômeno social e histórico complexo, não pode ter o seu conceito jurídico delineado a partir do referencial ‘raça’”. (BRASIL, 2004b, p. 648). Em seguida, o Ministro passou a fazer considerações sobre a relação entre racismo e a liberdade de expressão e de opinião. Afirmou que “[...] a liberdade de expressão, em todas as suas formas, é pedra angular do próprio sistema democrático [e que se] constitui, igualmente, em elemento essencial da própria formação da consciência e da vontade popular”. (BRASIL, 2004b, p. 637-671). Por isto mesmo, segundo seus termos, “[...] nas sociedades democráticas, há uma intensa preocupação com o exercício de liberdade de expressão consistente na incitação à discriminação racial, o que levou ao desenvolvimento da doutrina do ‘*hate speech*’”. (BRASIL, 2004b, p. 651). Chegou à conclusão de que “a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria ideia de igualdade”. (BRASIL, 2004b, p. 651).

Em seguida teceu considerações à normatização do discurso do ódio em países europeus e pelo direito internacional destacando que “[...] a tipificação de manifestações discriminatórias, como o racismo, há de se fazer com base em um juízo de proporcionalidade”. (BRASIL, 2004b, p. 655). Demonstrou que “o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais” (BRASIL, 2004b, p. 655), representando um método geral para as soluções de conflitos entre princípios. Em seguida examinou se a decisão condenatória do paciente na prática de racismo atendeu às demandas do princípio da proporcionalidade, ao que concluiu que a decisão foi adequada e necessária, pois atendeu ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. De acordo com o Ministro, é inegável “[...] a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão, [entretanto, também é] inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência”. (BRASIL, 2004b, p. 670). Assim, indeferiu o pedido de *habeas corpus* por considerar que na “[...] decisão condenatória não restou violada a proporcionalidade”. (BRASIL, 2004b, p. 671).

Em seu pedido de vista do processo, o Ministro Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2004b, p. 781-851) analisa que a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XLII ao referir-se à prática do racismo distingue entre teoria e prática e que o núcleo do artigo da lei penal refere-se a três núcleos deônticos: da prática, da incitação e do induzimento, no que ele considera que a lei cometeu um equívoco, pois, induzimento e incitação não passam de formas de prática, assim, antecipa posição por uma interpretação mais generosa do princípio da liberdade de pensamento. (BRASIL, 2004b, p. 674).

O Ministro considera que o termo prática utilizado para descrever a conduta de racismo é admitido em sua significação mais aberta como sendo tudo aquilo que exterioriza o modo de ser do homem: o fazer, o falar, o agir, o dizer e o produzir. Deste modo, a tipificação da conduta do racismo pode ocorrer pela palavra e/ou pela ação. O Ministro considera que a lei garante aprioristicamente o espaço da liberdade de expressão, mas cobra o abuso e o agravo de modo *a posteriori*, trata-se do direito de resposta e da possibilidade de responsabilidade por dano e a inviolabilidade da vida privada, da vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Na interpretação do Ministro Carlos Ayres, o termo racismo foi usado em sentido coloquial, pois os homens formam uma única raça humana, mas o racismo é visto como discriminação ou preconceito que abarca na esfera de sua incidência

duas distintas realidades: a realidade dos negros e a realidade daqueles povos que mais se distinguem dos outros por um pronunciado perfil histórico-cultural. O termo racismo é ambivalente, mas o sentido atribuído a ele na constituição, não o restringe ao preconceito de cor, mas de “[...] raça no sentido de grupo ou segmento humano de características histórico-culturais próprias”. (BRASIL, 2004b, p. 822). A Constituição de 1988 unificou as modalidades de preconceito de raça e de cor no termo racismo.

Por fim, na análise da conduta do paciente a interpretação do Ministro será no sentido de responder à indagação se o paciente cometeu ou não a prática de racismo, se ele abusou ou não de sua liberdade de expressão. O Ministro considera que o livro publicado está nos domínios da liberdade de manifestação do pensamento e da produção intelectual, científica e de comunicação, afunilando para o campo da convicção política. Assim, o Ministro Carlos Ayres (BRASIL, 2004b, p. 839) conclui o seu voto, reconhecendo que “[...] o presente caso é de uso da liberdade de expressão para cimentar uma convicção política. Ou uma convicção político-ideológica, de especial proteção constitucional (nos termos do inciso VIII do art. 5º anteriormente transcrito)” e defere o *habeas corpus* de ofício por entender que o paciente não incorreu em conduta penalmente típica.

Após fazer um breve relatório dos fatos e um breve histórico do processo, reproduzindo boa parte do voto do Ministro Carlos Ayres Britto, o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2004b, p. 857-924) considerou a questão como “[...] uma das mais importantes – se não a mais importante” do STF nos tempos de seu exercício como Ministro. Analisou a preocupação e o repúdio dos diversos povos com a censura apontando as principais normas matrizes internacionais do direito fundamental em questão e destacou episódios da história nacional e mundial que contribuíram para a ignorância e a intolerância em torno do racismo e da intolerância.

Considerando que o problema é de colisão de direitos entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. (BRASIL, 2004b, p. 870). Para o Ministro, a liberdade de expressão se destaca por suas dimensões e finalidades que a caracterizam, tendo como a principal delas o valor instrumental, “[...] já que funciona como uma proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular”. (BRASIL, 2004b, p. 873). Também destaca que a tolerância é uma virtude indiscutível da democracia e que a democracia seria um engano sem liberdade e

tolerância.

O Ministro caracteriza a liberdade de expressão em suas dimensões social e individual, destacando a interdependência entre elas e como precisa ser considerada na análise do caso em questão. Em seguida, o Ministro caracteriza o Estado como democrático na medida em que aceita e tolera em seu território as mais diferentes expressões do pensamento, defende “[...] a autonomia do pensamento individual como uma forma de proteção à tirania imposta pela necessidade de adotar-se sempre o pensamento politicamente correto”. (BRASIL, 2004b, p. 879). Recorre ao pensamento filosófico de John Stuart Mill para reforçar a ideia de “[...] que não existe uma verdade absoluta que justifique as limitações à liberdade de expressão individual”. (BRASIL, 2004b, p. 879).

Na dimensão social da liberdade de expressão, o Ministro caracteriza-a como um direito não absoluto, portanto, passível de limitações nos demais direitos fundamentais, capaz de ensejar uma colisão de princípios, que deve ser analisada no caso concreto segundo as orientações da teoria da ponderação de Robert Alexy por meio do método da proporcionalidade.

Na análise do teor dos livros publicados, o Ministro considerou que as publicações, embora de cunho ideológico e deturpadas em seu teor histórico, não consistiram em perigo iminente de extermínio do povo judeu. O ministro considerou a possibilidade de, mediante um livro, “incitar, induzir ou praticar racismo ou discriminação”, mas considera que é necessário que haja uma mínima tendência da comunidade política para a aceitação das ideias presentes no livro, isto é, depende de um “ambiente propício à proliferação do que nele está registrado” (BRASIL, 2004b, p. 890), o que não se dá com um livro sobre os judeus escrito no Brasil. Diferente seria o caso se a questão do *habeas corpus* resvalasse para problemas como a “integração do negro, do índio ou nordestino na sociedade”, pois, “um livro preconceituoso contra os negros teria muito mais chance de representar uma ameaça real à dignidade daquele povo, porque no Brasil não seria difícil encontrar adeptos de tais pensamentos”. (BRASIL, 2004b, p. 892).

A partir dessas reflexões o Ministro analisou a colisão entre os direitos fundamentais, com o uso da proporcionalidade e considerou que ao se utilizar o princípio da proporcionalidade, chegar-se-ia à conclusão de que a condenação do paciente fora excessiva, desproporcional. Entendeu que a Constituição de 1988 inovou com o tema da imprescritibilidade ao crime de racismo e que, por isto

mesmo, tal cláusula deveria ser interpretada restritivamente, somente podendo incidir em caso de racismo contra o negro, pois na interpretação deve-se levar em conta a realidade social, que no caso do Brasil, não demonstra haver intolerância com relação aos judeus, mas sim aos negros, índios e nordestinos. (BRASIL, 2004b). Conclui o Ministro Marco Aurélio pela inexistência da prática de racismo e pela incidência da prescrição da pretensão punitiva concedendo o remédio ao paciente.

4.4.3 Considerações sobre o caso Ellwanger na perspectiva da teoria da justiça de John Rawls

A discussão da livre expressão elaborada por John Rawls (2011, p. 436), especialmente na Conferência VIII de sua obra *Liberalismo Político*, tem como principal objetivo “[...] mostrar como se especificam as liberdades fundamentais e como se ajustam umas às outras na aplicação dos dois princípios de justiça”. Neste sentido, é importante destacar a advertência que faz o próprio Rawls (2011, p. 436) quanto ao papel da justiça como equidade que,

Não deve ser considerada um método para responder às questões dos juristas, mas sim um quadro de referência que, caso eles o considerem convincente, poderá servir de guia a suas reflexões, complementar seus conhecimentos e dar apoio aos seus juízos.

Ainda segundo Rawls (2011, p. 436), “[...] a justiça como equidade dirige-se não tanto aos constitucionalistas, mas aos cidadãos de um regime constitucional”. E é justamente neste quadro de referência dirigida ao cidadão comum que se pretende comentar a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no caso do *habeas corpus* requerido pelo paciente Siegfried Ellwanger no processo HC nº 82.424/RS.

O processo que resultou no HC nº 82.424/RS, embora tenha apresentado, inicial e aparentemente, como quesito central a prática do racismo, efetivamente o que colocou em jogo foi a configuração do direito de liberdade de expressão no texto da Constituição de 1988, de fato, o que foi objeto de análise realizada pelos Ministros foi a localização da liberdade de expressão, sua abrangência, seus limites e o seu significado no cenário jurídico brasileiro.

Com a decisão do STF no HC nº 82424/RS e após as descobertas relativas ao genoma humano, no sistema jurídico brasileiro o termo racismo envolve a perseguição a quaisquer grupos étnico, religioso, cultural, social ou de gênero. Deste modo, o entendimento do Tribunal foi no sentido de considerar

3. Raça Humana. Subdivisão. Inexistência com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

4. raça e Racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (BRASIL, 2004b, p. 524).

Outro problema enfrentado pelo STF nesse julgamento foi o conflito entre direitos fundamentais, entre liberdade de expressão e dignidade do povo judeu, bem como a proibição da prática do racismo. Assim, o Tribunal entendeu que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, *in verbis*,

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral, que implicam ilicitude penal. (BRASIL, 2004b, p. 525).

Os limites à liberdade de expressão podem advir da moral e das normas jurídicas. Neste sentido impede investigar o potencial ofensivo e discriminatório das ideias ofensivas quando publicadas em um livro. O critério comum mais adotado é o que se encontra na jurisprudência Norte-americana da teoria do “perigo claro e iminente” para o qual os livros não seriam passíveis de gerar ações concretas de discriminação ou racismo. Entretanto, nas cortes Constitucionais Europeias e no Tribunal Europeu. O entendimento é o contrário: o discurso do ódio pode se manifestar de diversas formas, entre elas, a imprensa, o livro. Assim, o entendimento dominante no STF é o de que a ofensividade está na divulgação das ideias e não na edição do livro por si só, pois atinge (ou visa atingir) um número considerável de pessoas.

Tanto o Ministro Marco Aurélio, quando o Ministro Carlos Ayres Britto, defendem que a publicação de livros com conteúdos ideológicos encontra-se no âmbito da proteção da liberdade de expressão, não estaria no plano da conduta,

mas do pensar. Não foram acompanhados pelos demais que consideraram a publicação de livros como um meio para a prática do racismo.

Restou a tentativa de distinguir entre a expressão de ideias por livro ou por panfleto. Pela teoria do perigo “claro e iminente”, considerou-se o panfleto mais suscetível de servir de meio adequado à veiculação de ideias odiosas do que o livro, além do que, depende também do contexto social da publicação. Por exemplo, no Brasil um livro de caráter antissemita não teria o condão de incentivar o preconceito em função da história do país. Entretanto, se se tratar de publicação sobre negro ou nordestino, o entendimento poderia certamente ser outro.

Da doutrina do perigo “claro e iminente”, restou que a restrição à liberdade de expressão só seria permitida se a expressão fosse acompanhada de meios violentos e arbitrários para a sua divulgação. O conteúdo discriminatório por si só, não traz riscos porque pode não receber adesão.

Com relação aos limites à liberdade de expressão, no julgado restou vencida a posição dos Ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres que consideram que

A liberdade de expressão representa um dos pilares do Estado Democrático de Direito, exercendo um papel de extrema relevância, consistindo, portanto, no direito de discurso, de opinião, direito de imprensa, direito à informação e a proibição de censura. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 209).

Para o Ministro Marco Aurélio, a liberdade tem um valor instrumental de “[...] proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular”. (BRASIL, 2004b, p. 873). A liberdade de expressão “É um direito individual que cada cidadão possui de expressar suas ideias sejam elas quais forem, sem sofrer qualquer restrição ou ameaça por parte do Estado ou da sociedade”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 209).

As limitações à liberdade de expressão devem ocorrer nos casos concretos em que reste comprovado que a opinião exarada seja exageradamente discriminatória, fisicamente contundente e que seja capaz de expor pessoas a situações de risco.

Rawls (2011, p. 346) estabelece em seu primeiro princípio de justiça quais são as liberdades³¹⁶ iguais, a saber,

³¹⁶ A compreensão de liberdade elaborada por John Rawls segue a tradição estabelecida nas diversas cartas e declarações dos direitos dos homens. Para Rawls (2011), os princípios da justiça como equidade propiciam a melhor interpretação das exigências da liberdade e da igualdade.

[...] a liberdade de pensamento e a liberdade de consciência, as liberdades políticas e a liberdade de associação, assim como as liberdades especificadas pela liberdade e integridade da pessoa; e, por fim, os direitos e as liberdades abarcados pela noção de Estado de Direito.

Nenhuma prioridade é atribuída à liberdade, mas há uma “[...] pressuposição geral contra a imposição de restrições legais e de outra índole à conduta sem que haja razões suficientes para isso”. (RAWLS, 2011, p. 346).

A primeira característica da liberdade diz respeito à sua prioridade especificada pelo primeiro princípio de justiça e seu peso em relação a considerações de bem público e valores perfeccionistas. Os eventuais conflitos entre as liberdades iguais fundamentais devem ser resolvidos de modo a encaixá-las em um sistema coerente, assim, “[...] uma liberdade só poderá ser limitada ou negada se isto for feito em benefício de uma ou mais de outras liberdades, e nunca, como já sustentei, por considerações de bem público ou de valores perfeccionistas”. (RAWLS, 2011, p. 350). As liberdades podem ser limitadas quando conflitam entre si, pois não há liberdade absoluta³¹⁷. Entretanto, as limitações às liberdades são legítimas desde que todas elas possam ser garantidas igualmente a todos os cidadãos.

Rawls (2011, p. 351) distingue entre regulação e restrição à liberdade³¹⁸. A regulação não afeta a prioridade da liberdade, pois diz respeito ao seu aspecto formal e funcional, ao modo como devem ser exercidas, como por exemplo, não é possível o diálogo livre quando todos falam ao mesmo tempo. As restrições, de modo geral, referem-se ao conteúdo das liberdades, como por exemplo, a proibição do proselitismo em favor de questões gerais e particulares relevantes à justiça social. Rawls (2011, p. 351) considera sensato limitar as liberdades fundamentais

³¹⁷ Entender a liberdade como um valor, é reconhecer que ela não pode ser tratada como absoluta, pois não há valores absolutos e muito menos direitos absolutos. Valores e direitos se constituem na ponderação de outros valores submetidos ao crivo da racionalidade e da *práxis* cultural e política. Um direito considerado absoluto, como por exemplo a liberdade, seria condição de anulação de outros direitos tão importantes para a compreensão da modernidade, como por exemplo a igualdade, ou a dignidade da pessoa humana. Por exemplo, permitir um exercício da liberdade de modo absoluto, seria aviltar o direito à igualdade, do mesmo modo, a igualdade considerada sob a perspectiva de direito absoluto, solaparia a própria liberdade. Assim, cada suposto direito se submete a outros direitos constitutivos da própria modernidade. Quando se dá o conflito entre valores e direitos constitutivos do ser moderno, este embate deve ser resolvido pela ponderação racional. Não havendo valores ou direitos absolutos, é inadmissível se permitir que por meio da liberdade de expressão, exercida pela liberdade de imprensa, se veiculem expressões que tenham por objetivo a mitigação ou anulação de outros direitos, como por exemplo a privacidade. (BELLO FILHO, 2012).

³¹⁸ A distinção entre regulação e restrição proposta por Rawls (2011, p. 351) tem por base a distinção kantiana entre uso privado e uso público da razão.

àquelas que são verdadeiramente essenciais, pois as demais liberdades serão asseguradas pelos princípios da justiça. Além do mais, as liberdades fundamentais recebem um *status* especial que tornar-se-ia comprometido com a expansão das liberdades fundamentais.

Outra característica sobre a prioridade da liberdade é que ela não é exigida em todas as circunstâncias, mas tão somente nas condições razoavelmente favoráveis. (RAWLS, 2011, p. 352). Em síntese sobre as diversas características do sistema de liberdades fundamentais: há um “âmbito central de aplicação” de cada uma das liberdades e proteger este âmbito é condição essencial para o desenvolvimento e pleno exercício das habilidades dos cidadãos, como pessoas livres e iguais. As liberdades fundamentais são compatíveis umas com as outras, ao menos em seu âmbito central de aplicação e, as liberdades fundamentais não são consideradas igualmente importantes pelas mesmas razões. (RAWLS, 2011, p. 353-354).

As razões pelas quais as partes aceitam e concordam com a prioridade das liberdades fundamentais instituídas pelo primeiro princípio está na compreensão da concepção de pessoa como parte de uma concepção de justiça social e a consideração de que a “[...] cooperação social tem por fundamento as pessoas estarem de acordo com sua noção de termos equitativos”. (RAWLS, 2011, p. 356). Deste modo, Rawls (2011) considera que a especificação e justificação das liberdades fundamentais, é o problema de determinar termos equitativos apropriados de cooperação com base no respeito mútuo.

A concepção de cooperação social com base no respeito mútuo se antes era considerada impossível, com o desenvolvimento da sociedade liberal moderna, tornou-se não apenas possível, como desejável e isto porque

Uma suposição crucial do liberalismo é que cidadãos iguais têm concepções do bem diferentes e até mesmo irreconciliáveis. Em uma sociedade democrática moderna, a existência de modos tão diversos de vida é vista como uma condição normal que só poderia ser abolida pelo uso autocrático do poder estatal. (RAWLS, 2011, p. 360).

A existência de uma pluralidade de concepções do bem como um fato da vida moderna é admissível em uma sociedade democrática. Entretanto, condiciona-se esta existência de pluralidade de teorias abrangentes ao fato de que elas “[...] respeitem os limites especificados pelos princípios apropriados de justiça”. (RAWLS,

2011, p. 360)³¹⁹.

Esta concepção de justiça é modelada pelos cidadãos por meio da escolha de princípios de justiça que possam ser aplicados à estrutura básica da sociedade. A escolha de tais princípios acontece na condição da posição original marcada pelo véu de ignorância. A posição original caracteriza que os cidadãos representativos podem concordar com princípios de justiça escolhidos de modo racional, razoável e autônomo, e o são assim porque os cidadãos podem escolher os princípios de justiça e de se guiarem por eles.

Além do mais, as considerações que motivam as partes na posição original dizem respeito à escolha dos bens primários que podem ser entendidos como as “[...] coisas necessárias como condições sociais e meios polivalentes para capacitar as pessoas a realizar suas concepções determinadas do bem e a desenvolver suas duas faculdades morais”³²⁰. (RAWLS, 2011, p. 364).

Ao deliberar sobre o bem das pessoas que representam na posição original, as partes devem considerar que

Existem considerações relativas ao desenvolvimento e exercício pleno e informado das duas faculdades morais, e cada uma dessas faculdades suscita considerações de índole distinta, além das considerações que dizem respeito à concepção determinada do bem de uma pessoa. (RAWLS, 2011, p. 367).

Quanto à concepção determinada do bem de uma pessoa, na posição original, as partes sabem que elas podem possuir uma determinada concepção de bem, embora não saibam determinar qual o seu conteúdo. Neste sentido, se apenas um dos princípios de justiça disponíveis para as partes garante a liberdade igual de consciência, esse princípio deverá ser escolhido, ou pelo menos, isto será válido se a concepção de justiça da qual esse princípio faz parte for praticável. (RAWLS, 2011, p. 368). Em função do véu de ignorância, as partes desconhecem a extensão social e política das crenças que as pessoas professam, então não podem correr o risco de serem perseguidas nas crenças que possam ter. Assim, a liberdade de

³¹⁹ Como afirma Rawls (2011, p. 360), “A união social já não se funda em uma concepção do bem tal como dada por uma fé religiosa comum ou por uma doutrina filosófica, e sim em uma concepção pública e compartilhada de justiça apropriada à concepção dos cidadãos como pessoas livres e iguais em um Estado democrático”.

³²⁰ As duas faculdades morais correspondem à capacidade de ser racional e à capacidade de ser razoável. O racional corresponde à capacidade de ter uma concepção de bem, enquanto o razoável, corresponde à capacidade de ter um senso de justiça, de respeitar termos equitativos da cooperação social. (RAWLS, 2011, p. 362).

consciência³²¹ receberá a proteção e a prioridade adequadas às liberdades fundamentais. Além do mais, a capacidade de ter uma concepção do bem, está associada ao desenvolvimento adequado da própria pessoa, pois é um exercício da própria racionalidade³²² das pessoas³²³.

Quanto à capacidade de ter um senso de justiça, Rawls (2011, p. 374) enumera três razões que levam as partes a escolher princípios que garantam as liberdades fundamentais e lhes atribuam prioridade.

A primeira razão se baseia em dois pontos: no grande benefício que um sistema estável e justo de cooperação social representa para a concepção do bem de cada pessoa e na concepção da justiça como equidade como a mais estável em razão das liberdades fundamentais e sua prioridade atribuída pelos princípios de justiça. O conhecimento público que cada um pode ter do senso de justiça efetivo, representa um grande benefício para a concepção de bem de cada um, mas também contribui para a efetivação da cooperação social.

Uma segunda razão associada ao senso de justiça e às liberdades fundamentais, diz respeito à fundamental importância do autorrespeito, que segundo Rawls, é mais efetivamente encorajado e apoiado pelos dois princípios de justiça e à prioridade das liberdades fundamentais. Para Rawls (2011, p. 377), o autorrespeito “[...] pressupõe o desenvolvimento e o exercício de ambas as faculdades morais e, por isso, um senso efetivo de justiça”. Ele proporciona o desenvolvimento da autonomia da pessoa³²⁴.

Os dois princípios de justiça correlacionam-se ao autorrespeito pelos componentes da confiança, que se apoia nas liberdades fundamentais e, pelo sentido do próprio valor pessoal, apoiado na natureza pública de garantia das liberdades em conjunção com o princípio da diferença. Assim, “[...] o sentido que

³²¹ A liberdade de consciência é um meio para a realização do bem de uma pessoa e, enquanto tal, não poderá se dissociar da liberdade de associação, “pois, a menos que sejamos livres para nos associar a outros cidadãos que pensam como nós, o exercício da liberdade de consciência nos será negado”. (RAWLS, 2011, p. 370-371).

³²² Se não é possível a formulação e a proposição de juízos e pensamentos sem racionalidade, não é concebível a ideia de pessoas morais, livres e iguais, vivendo democraticamente sem o senso de justiça. É deste modo que “[...] a ‘justiça como equidade’ procura desvelar as ideias básicas de liberdade e de igualdade latentes no senso comum”. (OLIVEIRA, 2003, p.13).

³²³ Afirma Rawls (2011, p. 370), “[...] o exercício pleno e adequado da capacidade de ter uma concepção de bem é um meio para o bem de uma pessoa”.

³²⁴ Para Rawls (2011, p. 377-378), o autorrespeito “[...] depende de, é fomentado por certos traços públicos das instituições sociais básicas, de como elas funcionam em conjunto e de como se espera que pessoas que aceitam esses arranjos irão considerar e tratar umas às outras (e normalmente o fazem)”.

temos de nosso valor, assim como nossa autoconfiança, depende do respeito e da reciprocidade que os outros demonstram ter por nós”. (RAWLS, 2011, p. 378).

A terceira razão associada ao senso de justiça diz respeito à concepção de sociedade bem-ordenada. Esta ideia pressupõe a cooperação ativa de todos os membros da sociedade marcada pela complementaridade dos talentos individuais, pela capacidade de se possuir um senso efetivo de justiça. Assim, os princípios de justiça disponíveis às partes na posição original³²⁵ devem considerar as pessoas como livres e iguais e devem ser aplicados à estrutura básica da sociedade, possibilitando o desenvolvimento da cultura pública marcada pela noção de reciprocidade e de autonomia. (RAWLS, 2011, p. 382).

Quanto à questão de as liberdades fundamentais revelarem-se mera formalidade, Rawls (2011) a enfrenta afirmando que a falta ou carência de recursos materiais afetam efetivamente o valor da liberdade. Assim, a estrutura básica da sociedade deve estabelecer os bens primários regulados pelo segundo princípio da justiça. Por isto mesmo, é a liberdade política³²⁶ que deve ser tratada de modo igual. Assim,

Essa garantia significa que o valor das liberdades políticas para todos os cidadãos, seja qual for sua posição social ou econômica, deve ser aproximadamente igual ou pelo menos suficientemente igual, a fim de que todos tenham uma oportunidade equitativa de ocupar um cargo político e influenciar o resultado das decisões políticas. Essa noção de oportunidade equitativa tem correspondência com a de igualdade equitativa de oportunidades, que é parte do segundo princípio de justiça. (RAWLS, 2011, p. 387).

O sistema de liberdades não é concebido para maximizar as liberdades e muito menos as faculdades morais em particular, de modo que, a todos os cidadãos devem ser garantidas igualmente “as condições sociais essenciais para o desenvolvimento apropriado e o exercício pleno e informado dessas faculdades” no que Rawls (2011, p. 394) denominou de “os dois casos fundamentais”, a saber, a capacidade de ter um senso de justiça e de ter uma concepção de bem.

As liberdades fundamentais são ordenadas de modo que estejam relacionadas a estes dois casos fundamentais e às faculdades morais. Assim, “[...]”

³²⁵ Na posição original, as partes representativas não precisam conhecer especificamente qual concepção de bem defenderão, mas tão somente conhecer os princípios que protegem as liberdades fundamentais.

³²⁶ A liberdade política deve ser garantida pelo primeiro princípio de justiça, enquanto as demais liberdades pelo segundo princípio.

as liberdades políticas iguais e a liberdade de pensamento devem assegurar a aplicação livre e informada dos princípios de justiça, por meio do exercício pleno e efetivo do senso de justiça dos cidadãos à estrutura básica da sociedade”. (RAWLS, 2011, p. 396). Elas requerem um regime político democrático com a devida proteção das liberdades fundamentais. Deste modo, a importância da liberdade terá um valor maior ou menor segundo esteja essencialmente mais implicada e segundo seja um meio institucional mais ou menos necessário para um dos casos fundamentais ou os dois.

Este é o critério para avaliação do peso de demandas específicas à liberdade de expressão. Por isto, nem toda forma de liberdade de expressão deve ser protegida, ao contrário, algumas podem constituir verdadeiros defeitos, por exemplo, “[...] a calúnia e a difamação de indivíduos, o discurso de ódio (em certas circunstâncias) e até a expressão política³²⁷, quando se converte em incitamento ao uso iminente e ilegal da força”. (RAWLS, 2011, p. 398).

A liberdade no pensamento político de John Rawls, está associada à estrutura básica da sociedade e seus princípios dois princípios aplicados à sua organização. O primeiro princípio de justiça deverá ser aplicado no estágio da convenção constitucional. Isto quer dizer que as possíveis restrições à liberdade devem ser estabelecidas como princípios constitucionais de maneira explícita, pois, “[...] a Constituição especifica um procedimento justo e incorpora as restrições que tanto protegem as liberdades fundamentais como asseguram a sua prioridade”. (RAWLS, 2011, p. 402).

As liberdades fundamentais se limitam umas às outras e são também autolimitantes. A noção de importância mostra que “[...] o requisito de que as liberdades fundamentais não de ser as mesmas para todos implica que só podemos obter uma maior liberdade para nós se uma liberdade maior for concedida aos outros”. (RAWLS, 2011, p. 404). Neste sentido, regulamentações razoáveis são admitidas na convenção constitucional, pois visam preservar o âmbito central das próprias liberdades.

³²⁷ Rawls (2011, p. 398) entende que não deve haver restrições quanto ao conteúdo do discurso político, mas apenas regulamentação de seu funcionamento: “na medida em que o direito de defender em público doutrinas revolucionárias e mesmo sediciosas seja, como deve ser, plenamente protegido, não há restrições ao conteúdo do discurso político, mas apenas regulamentações que dizem respeito a horários e locais, bem como aos meios utilizados para expressá-los”.

Quanto à liberdade de expressão três aspectos se destacam segundo Rawls (2011, p. 445)³²⁸: “não existe coisa tal como o crime de libelo sedioso”; não há restrições prévias à liberdade de imprensa³²⁹, exceto em casos especiais; e, por fim, a campanha em prol de doutrinas revolucionárias e subversivas é plenamente protegida.

Permitir que o libelo sedioso seja considerado como um crime, enfraqueceria “[...] as possibilidades mais amplas de autogoverno e as diversas liberdades necessárias à sua proteção”. (RAWLS, 2011, p. 408). A tradição Norte-americana³³⁰ estabeleceu “o consenso de que a discussão de doutrinas políticas, religiosas e filosóficas gerais nunca pode ser censurada”, mas concentrou-se na questão do incitamento à subversão. Por esta tradição³³¹, o limite da liberdade de expressão está no ponto de “[...] incitamento ou a realização de ações ilegais iminentes e seja provável que incite ou cause tais ações”. (RAWLS, 2011, p. 408).

³²⁸ Conferir a análise jurisprudencial realizada por Rawls (2011) no § 10 da obra *Liberalismo Político*.

³²⁹ A imposição de limites à liberdade de imprensa não deve ser confundida como “tentativa de cerceamento da liberdade democrática e como um retorno do fascismo”. É necessário que se faça uma análise da liberdade de imprensa partindo-se do pressuposto de que este não é um direito absoluto, como nenhum outro direito o é. Negar-se a discussão quanto à possibilidade de limitação da liberdade de imprensa, aí sim, é correr o risco do ranço autoritário. Assim, segundo Bello Filho (2012, p. 133): “É legítimo, oportuno e viável o debate sobre até onde vai a legítima permissão democrática à divulgação de dados, fatos e informações através da imprensa. É necessária para que não se termine por estabelecer um fetiche em torno de tudo o que diz respeito à divulgação de informações. Não podem existir superpoderes, nem valores absolutos, nem direitos indiscutíveis, sob pena de substituir o governo de todos para todos – como também a República – pelo poderio dos empresários do ramo das comunicações”.

³³⁰ Na tradição política e jurídica norte-americana há uma forte desconfiança em relação ao Estado, que quase sempre é visto como um grande adversário dos direitos e não como uma instituição necessária para protegê-los e até promovê-los, principalmente no quadro de desigualdade social e econômica. Assim, a jurisprudência firmada pela Corte Suprema dos EUA tem sido a de que “como as restrições ao *hate speech* envolvem limitações ao discurso baseadas no ponto de vista do manifestante elas são, em regra, inconstitucionais.” Por isto, mesmo o discurso de ódio é amparado pela liberdade de expressão, pois entende-se que o papel do Estado é o de adotar uma postura de neutralidade em relação às diferentes ideias presentes na sociedade. As exceções admitidas são somente aquelas que pudessem provocar atos de violência de caráter imediato, as chamadas “*fighting words*”, que tem como razão a garantia da ordem e da paz públicas e não a proteção aos direitos das vítimas. Entretanto, as diversas decisões da Corte Americana sobre o *hate speech* silenciaram-se sobre “a igualdade racial ou à necessidade de combate aos preconceitos”. Assim, na jurisprudência deste país aponta-se para uma maior valorização da liberdade em relação à igualdade. (SARMENTO, 2009, pp. 47-50). Também é muito comum no constitucionalismo norte-americano, a ideia de que “os direitos e princípios constitucionais só vinculam ao Estado, não criando nenhuma obrigação para os particulares”. Esta ideia está expressa por meio da doutrina “*State Action*” e traz consigo a ideia de que “[...] o racismo, o preconceito e a intolerância do Estado e das autoridades públicas violam a Constituição, mas os mesmos comportamentos, quando praticados por agentes privados, tornam-se indiferentes constitucionais”. (SARMENTO, 2009, pp. 50-51).

³³¹ Conclusão obtida da análise dos casos *Gilton* e, especialmente, *Brandenburg* em conjunto com *New York Times vs. United States*. (RAWLS, 2011, p. 408-409).

Rawls (2011, p. 410) defende que esta tradição Norte-americana que estabelece legitimidade à restrição das campanhas subversivas contraria o princípio da liberdade de expressão aplicado no primeiro caso, pois se o discurso revolucionário ganha corpo de ação social é porque há “[...] um sintoma de uma crise iminente, que tem raízes na percepção de grupos importantes de que a estrutura básica é injusta e opressiva”. Deste modo,

Reprimir a campanha em favor da revolução significa suprimir a discussão dessas razões, e fazer isso significa restringir o uso público livre e informado de nossa razão para julgar a justiça da estrutura básica e de suas políticas sociais. Por conseguinte, assim se viola a liberdade fundamental³³² de pensamento. (RAWLS, 2011, p. 410).

Além do mais, “[...] se a livre expressão política é garantida, problemas graves não passam despercebidos nem se tornam extremamente perigosos de um momento para o outro”. (RAWLS, 2011, p. 411). Quando os problemas são expressos publicamente, em um regime democrático são levados em conta.

A proibição de campanhas subversivas faz referência, portanto, à teoria da norma do perigo claro e iminente. Para ele, “[...] o pressuposto dessa norma é aplicar-se à expressão política e, em particular, à campanha pela subversão, para decidir quando essa expressão e essa defesa podem sofrer restrições”. (RAWLS, 2011, p. 413). Outro pressuposto é o de que ela se refere ao conteúdo e não à regulação apenas, pois, em linhas gerais, esta teoria admite que, em cada caso, determinadas expressões criam verdadeiras situações de perigo claro e iminente de causar males substantivos³³³. Neste caso, as restrições seriam legítimas. Aplicada nestes termos à livre expressão, tolera-se a expressão inócua, entretanto, a teoria “[...] oferece uma base insatisfatória para a proteção constitucional da expressão política, pois nos leva a examinar quão perigosa a livre expressão é, como se, por representar certo perigo ela se convertesse em crime comum”. (RAWLS, 2011, p. 414).

³³² Diz Felipe (2000, p. 142) que a liberdade fundamental “[...] é a faculdade de ir e vir, de pensar e de julgar, de comunicar seu projeto e de discuti-lo, de participar da discussão política pública sobre o destino do dinheiro coletado pelos impostos, de escolher representantes e de se candidatar a representar os demais, para o exercício do poder legislativo, executivo, judiciário”.

³³³ Norma elaborada pelo Juiz Holmes no caso *Schenck vs. United States* e foi formulada da seguinte forma: “A questão em cada caso é quando são utilizadas palavras em tais circunstâncias e se são de tal natureza que chegam a criar um perigo claro e iminente de causar males substantivos que o Congresso tem o direito de impedir. É uma questão de proximidade e de grau”. (RAWLS, 2011, p. 413).

Rawls (2011, p. 419) se contrapõe à teoria do perigo claro e iminente por algumas razões: pela vagueza dos termos definidores do critério de limitação, assim, as expressões que exprimem teorias com as quais não se concorda, tendem a ser consideradas perigosas e provavelmente silenciadas; ele defende a ideia de que uma sociedade bem-ordenada e democrática possui (ou deveria possuir) as instituições necessárias para o enfrentamento e superação das eventuais crises, a não ser que tais crises impeçam o funcionamento das instituições democráticas.

A ideia defendida por Rawls (2011, p. 421-422) pode ser resumida nos seguintes pontos: a) a restrição ou supressão da liberdade de expressão política, sempre implica uma suspensão, ao menos parcial, da democracia e o reconhecimento de que a crise constitucional impede o funcionamento das instituições democráticas; b) uma Constituição democrática inclui procedimentos democráticos para lidar com as eventuais crises ou situações de emergências; c) a restrição somente é legítima diante de uma situação de inoperância efetiva das instituições democráticas; d) o caráter perigoso da expressão requer que ela seja debatida e não suprimida; e) em uma sociedade democrática “o uso público e livre de nossa razão política e social, parece um valor absoluto”; e, f) embora as liberdades não sejam absolutas, elas somente poderão ser restringidas em seu conteúdo, “se for necessário para evitar uma perda maior e mais significativa, seja direta ou indiretamente, dessas mesmas liberdades”.

Se a restrição à liberdade requer critérios bem mais aprofundados exigentes, a liberdade política pode legitimamente ser regulada com a finalidade de preservar o valor equitativo das liberdades políticas por critérios menos exigentes. Segundo Rawls (2011, p. 423-424), três são as condições fundamentais para a regulação da liberdade de expressão: a) que não haja restrições ao conteúdo da expressão; b) que não haja imposição de “ônus excessivo aos diferentes grupos políticos da sociedade e deve afetar a todos de maneira equitativa”; e, c) “as diversas regulações da expressão política devem ser racionalmente definidas, a fim de assegurar o valor equitativo das liberdades políticas” e devem ser as mínimas possíveis³³⁴.

³³⁴ Segundo Rawls (2011, p. 428), “[...] o fundamental é um procedimento político que garanta a todos os cidadãos uma voz plena e igualmente efetiva em um sistema equitativo de representação. Tal sistema resulta fundamental, porque disso depende a proteção adequada de outros direitos fundamentais. Não basta a igualdade formal”.

Com relação às liberdades associadas ao segundo princípio de justiça, elas também podem ser reguladas pelas mesmas razões apresentadas para a regulação das liberdades fundamentais. Assim, por exemplo, anúncios de empregos e cargos que contenham formulações excludentes de determinados candidatos por sua origem étnica ou racial, ou sexual, podem ser proibidos quando contrárias à igualdade de oportunidades. (RAWLS, 2011, p. 430). Do modo semelhante, anúncios de produtos que intencionalmente levem o consumidor ao erro ou a prejuízos, podem ser proibidos. O direito de fazer propaganda não é um direito inalienável, como o são as liberdades fundamentais³³⁵.

³³⁵ Na teoria política de Rawls (2011, p. 432), afirmar que “[...] as liberdades fundamentais são inalienáveis significa dizer que qualquer acordo feito pelos cidadãos que envolva abrir mão de uma liberdade fundamental ou que a viole, por mais racional e voluntário que seja, é nulo *ab initio*, isto é, não tem força legal nem afeta as liberdades fundamentais de nenhum cidadão”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perpassando pela contextualização e conceitualização da liberdade de expressão, entende-se que sua polissemia semântica revela uma multiplicidade de sentidos, mas efetivamente um único objeto: o ser humano em suas múltiplas facetas e condições existenciais. Por outro lado, se reconhece que o tema nem sempre foi abordado sob as mesmas condições, enquanto para os antigos a liberdade era considerada uma condição de participação no governo da cidade, enquanto para os modernos é a liberdade a condição de o indivíduo não ser afetado em sua esfera pessoal e de interesse individuais, principalmente pelo Estado. Tal distinção, foi muito bem explicada por diversos pensadores, em destaque Benjamin Constant, Isaiah Berlin e Norberto Bobbio.

Também não se pode esquecer que, principalmente depois dos horrores oriundos das duas grandes guerras mundiais, especialmente a segunda, a liberdade alçou à condição de direito fundamental e, como tal, além de garantia contra as arbitrariedades do Estado, passou a merecer proteção por parte dele na forma de direito, tanto no âmbito nacional, quanto no âmbito internacional, como se depreende da rápida leitura do art. 19 da Declaração dos Direitos do Homem de 1948, segundo o qual “Todo homem tem direito à liberdade de informação e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. (OEA, 1948, s/p).

A liberdade adquire diversas facetas, sobretudo em virtude da complexidade das relações interpessoais proporcionadas pelo pluralismo moderno, em que novas questões e preocupações passam a ser cogitadas, aumentando o risco de dissenso. Os conflitos atingem elevado grau em parte pelo avanço das tecnologias de comunicação e, diante de questões antes não antevistas surge o discurso do ódio.

O discurso do ódio aparece como problemático, pois as pessoas são portadoras de direitos fundamentais que se encontram envolvidos em uma sociedade democrática, marcada pela existência e convivência (nem sempre pacífica) com diversas doutrinas de caráter abrangente que demandam a autonomia das pessoas uma dupla dimensão do direito: a liberdade de expressão e o direito à não-incriminação. Neste sentido, imperioso é defender a liberdade de expressão,

evitando-se a censura governamental aos discursos e à imprensa. Ao mesmo tempo, é imprescindível a defesa da igualdade política, mediante a proibição de discriminação ou de exclusão de qualquer tipo que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política³³⁶.

Neste sentido, o pensamento político de John Rawls e sua concepção de justiça como equidade, aponta para uma democracia deliberativa e igualitária³³⁷, estruturada na inviolabilidade do ser humano, bem como na promoção do desenvolvimento integral de cada indivíduo como pessoa capaz de viver em um sistema de cooperação social mútua e no benefício de todos.

O principal escopo do pensamento de Rawls e sua maior riqueza, está na compreensão da justiça como equidade e em seus princípios fundamentais. A partir de tais princípios percebe-se que é possível, não apenas justificar teoricamente uma sociedade de homens livres, mas também iguais, sustentados em um pluralismo, mas como se pode vislumbrar a sua efetivação, pois os instrumentos procedimentais para tanto estão disponíveis aos sujeitos racionais.

A cidadania não é, portanto, uma condição apenas de ter o direito de participar das decisões relativas à escolha dos princípios basilares da organização do sistema político e social, mas é, acima de tudo, uma tarefa a ser desempenhada pelos próprios indivíduos na medida em que se sentem compelidos à satisfação livre de seus projetos pessoais de vida. Como fundadores dos princípios fundamentais da justiça, cabe aos cidadãos repensá-los, reformulá-los e até eliminá-los quando não eficazes em seu propósito.

Neste sentido, para a condição de liberdade própria ao ser humano, não se pretende defender a censura de ideias, mas admitir que a liberdade pode (e em alguns casos como em alguns discursos do ódio) deve receber limitações e até restrições. Entretanto, com os devidos cuidados para que não se venha a corromper o princípio democrático. Assim, as balizas para as limitações à liberdade de expressão devem ser retiradas do debate público que promova a fundamentação

³³⁶ Ponderando sobre a obrigação da participação política dos cidadãos na constituição da unidade social, Felipe (2000, p. 135) considera que “[...] a unidade social se mantém através do acordo de cooperação equitativa para produzir bens, pagar impostos, constituir o governo, preservar o Estado e suas instituições mais relevantes, e reaplicar em favor da qualidade de vida dos cidadãos os impostos coletados”.

³³⁷ A tradição igualitária entende que “[...] os direitos funcionariam como limites destinados a impedir que alguma minoria sofra desvantagens na distribuição dos bens e oportunidades pelo fato de uma maioria de indivíduos pensar que aqueles poucos são merecedores de benefícios menores que os recebidos pela maioria”. (GARGARELLA, 2008, p. 10).

constitucional das garantias fundamentais. Também deve servir para este fim, os diversos tratados e convenções do direito internacional. Na possibilidade de regulamentações ou limitações à liberdade de expressão, devem ser respeitados valores como a igualdade, a reciprocidade, a tolerância e a convivência pacífica.

O respeito pelo reconhecimento está intimamente relacionado à ideia de tolerância, assim, o discurso do ódio aparece como um limite para a tolerância, pois não possibilita o diálogo na medida em que despreza o ponto de vista do afetado, significando a anulação do outro. Ademais, o discurso do ódio vai contra o universo de princípios e valores das democracias contemporâneas, sobretudo o pluralismo e a tolerância. Este tipo de discurso discriminatório impede os indivíduos e grupos de se verem respeitados, impossibilitando a busca pelo reconhecimento recíproco.

Assim, conclui-se que a hipótese de trabalho se confirma ao final considerando que o discurso do ódio expõe os indivíduos a um aspecto de humilhação, provocando um efeito silenciador do discurso. O reconhecimento recusado caracteriza um comportamento lesivo pelo qual as pessoas são feridas numa compreensão positiva de si mesmas, prejudicando a participação no debate democrático dos grupos desfavorecidos. As vítimas do discurso sentem que não podem contribuir para o debate, uma vez que a sua confiança é abalada, o que pode levar conseqüentemente a calar a voz dos menos favorecidos.

Atuando no sentido de restringir o discurso do ódio silenciador, O Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua jurisdição constitucional, agiu de forma legítima e de acordo com as premissas democráticas. A decisão no caso *Ellwanger* configura-se como uma decisão paradigmática em matéria de direitos humanos contribuindo para uma amadurecida reflexão sobre o racismo e a liberdade de expressão no Brasil, ansioso que está por justiça social e respeito à dignidade da pessoa humana. Além do mais, revela a interação entre o direito constitucional interno e o direito internacional.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- BALDWIN, Thomas. Rawls. In: CHRISTOPHER, Belshaw; KEMP, Gary e colaboradores. **Filósofos modernos**. Consultoria, tradução e supervisão de José Alexandre Durry Guerzoni. Porto Alegre: Artmed, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Liberdade**. Tradução de Silvana Perrella Brito. Santo André, SP: Academia Cristã, 2014.
- BAZARIAN, Jacob. **O problema da verdade**: teoria do conhecimento. 4. ed. São Paulo: Editora Alfa-ômega, 1994.
- BELLO FILHO, Ney. **Interlúdio**: pós-modernidade, direito e sociedade. São Luís: Edições AML, 2012.
- BENTO, Leonardo Valles. **Acesso a informações públicas**: princípios internacionais e o direito brasileiro. Curitiba: Juruá, 2015.
- _____. Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 53, n. 210, p. 93-115, abr./jun. 2016. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/522900/001073192.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2016.
- BERLIN, Isaiah. **A força das ideias**. Organização Henry Hardy; tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das letras, 2005.
- BIRD, Colin. **Introdução à Filosofia Política**. Tradução de Saulo Alencastre. São Paulo: Madras, 2011.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica**: ética geral e profissional. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. v. 1. 11. ed. Tradução Carmem C. Varriale et al.; coord. Trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. 6. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O futuro da Democracia**. 10. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

_____. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2011.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Liberdade de expressão e direito à honra: uma nova abordagem no direito brasileiro**. Joinville, SC: Bildung, 2010.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. Mantém a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil (1967). 1967a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. 1967b. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 maio 2017.

_____. Decreto no 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF, 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. Decreto no 3.597, de 12 de setembro de 2000. Promulga Convenção 182 e a Recomendação 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação, concluídas em Genebra, em 17 de junho de 1999. Brasília, DF, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3597.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 15.155/RS. Relator originário e acórdão: DIPP, Gilson. Publicado no DJ de 18-03-2002, LEXSTJ vol. 157, p. 260. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=23937&num_registro=200001313517&data=20020318&formato=PDF>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. Decreto nº 5.006, de 8 de março de 2004. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados. Brasília, DF, 2004a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5006.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. Relator originário: ALVES, Moreira. Relator para o acórdão: CORRÊA, Maurício. Publicado no DJ de 19-03-2004 p. 524-1010. Brasília, DF, 2004b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

BRITO, Ari R. Tank. Introdução. In: MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução e organização de Ari R. Tank. São Paulo: Hedra, 2010.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 1, n. 15. p. 117-136, 2009. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewArticle/521>>. Acesso em: 05 set. 2014.

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites**: um olhar latino-americano sobre a diversidade. São Paulo: Ed. UNESP, 2003.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 14. ed. 1. imp. São Paulo: Ática, 2010.

CHAVES, Denisson Gonçalves; ANDRADE, José Rogério de Pinho; BELLO FILHO, Ney de Barros. **Anatomia argumentativa do Caso *Ellwanger***: uma análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a partir do *layout* de Stephen Toulmin. São Luís: [s.n.], 2015. (Não publicado).

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima face**: análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. 2. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950)**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2016.

_____. Comitê de Ministros do Conselho da Europa. **Declaração sobre Liberdade de Expressão e Informação**. Disponível em: <<http://artigo19.org/centro/esferas/detail/43>>. Acesso em: 5 dez. 2016.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos (1819)**. Tradução de Loura Silveira. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 1819. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

CONVENÇÃO para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/genocidio.htm>> Acesso em: 20 dez. 2016.

DANNER, Leno Francisco. **Democracia e Justiça Social**: um argumento a partir da utopia realista de John Rawls. Porto Alegre: [s.n.], 2006. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/13/TDE-2007-01-17T153340Z-321/Publico/386356.pdf> Acesso em: 20 dez. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração de Direitos do bom Povo de Virgínia, de 12 de junho de 1776**. Estados Unidos da América, 1776. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores->

%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em: 05 dez. 2016.

FELIPE, Sônia T. Rawls: uma teoria ético-política da justiça. In: OLIVEIRA, Manfredo A (Org.). **Correntes fundamentais da ética contemporânea**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

FISS, Owen m. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Tradução e prefácio Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?** Tradução de Ana Cunha Curry. São Paulo: [s.n.], 2003.

FRANÇA. Assembleia Nacional. **Declaração do Direitos do Homem e do Cidadão (1789)**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

GARCIA MORENTE, Manuel. **Fundamentos de filosofia**. Tradução e prólogo Guillermo de la Cruz Coronado. 8. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980.

GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução de Alonso Reis Freire; revisão tradução Elza Maria Gasparotto; revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GHIRALDELLI JUNIOR, Paulo. **Caminhos da Filosofia**. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais: releitura de uma Constituição dirigente**. Curitiba: Juruá, 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GONDIM, Elnora. John Rawls: a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos – pressupostos da justificação coerentista. **Discusiones Filosóficas**, año 11, n. 17, p. 151-165, jul./dic. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/difil/v11n17/v11n17a08.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2017.

GONDIM, Larissa Cristine Daniel. **A política da tolerância e o reconhecimento da diferença**. 2011. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2011.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. (Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda).

HUISMAN, Denis. **Dicionário dos filósofos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

JOHNSON, Allan G. **Dicionário de sociologia: guia prático da linguagem sociológica**. Tradução de Ruy Jungmann, consultoria Renato Lessa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martins Claret, 2003.

_____. Que significa orientar-se no pensamento?. In: _____. **Textos seletos**. Introdução de Emanuel Carneiro Leão. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

_____. Resposta à pergunta; Que é “Esclarecimento”? (*Aufklärung*). In: _____. **Textos seletos**. Introdução de Emanuel Carneiro Leão. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o governo**. Tradução Júlio Fischer; rev. téc. Renato Janine Ribeiro; rev. trad. Eunice Ostrensky. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Carta sobre a Tolerância**. Tradução e organização de Ari Ricardo Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2010.

LOIS, Cecília Caballero; LEITE, Roberto Basilone. **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição da Rawls, Dworkin, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça**. São Paulo: Landy Editora, 2005.

LOVETT, Francis. **Uma teoria da justiça, de John Rawls: guia de leitura**. Tradução de Vinícius Figueira; revisão técnica Maria Carolina dos Santos Rocha. Porto Alegre: Penso, 2013.

MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. **A ideia de justiça de Platão a Rawls**. Tradução Karina Jannini; revisão da tradução Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MALISKA, Marcos Augusto; WOLOCHN, Regina Fátima. Reflexões sobre o princípio da Tolerância. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 58, p. 37-52, 2013. Disponível em: <www.revistas.ufpr.br/direito/article/view/34864>. Acesso em: 17 ago. 2016.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 6. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. 16 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo antigo e moderno**. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita. 3. ed. ampl. São Paulo: É Realizações Editora, 2014.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. Prefácio Ives Gandra da Silva Martins; apresentação Ney Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução e organização Ari R. Tank. São Paulo: Hedra, 2010.

_____. **Sobre a liberdade**. Tradução de Pedro Madeira. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. (Ebook Lev-Saraiva).

MIRANDA, Henrique Savinotti. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed., rev., ampl. e atual. Brasília: Senado Federal, 2007. p. 789.

MONDIN, Battista. **O homem**: quem é ele? Elementos de antropologia filosófica. Tradução R. Leal Ferreira e M.A.S. Ferrari. São Paulo: Paulus, 1980.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gilson Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução de Fernando Santos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão de tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, André Gualtieri de. Justiça, direito e democracia na Teoria de John Rawls. In: NOVELINO, Marcelo. (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**: teoria da Constituição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2009.

OLIVEIRA, Izabella dos Santos Jansen Ferreira de; CHAI, Cássius Guimarães. Rawls e o Direito Tributário Brasileiro: influências e perspectivas. In: CHAI, Cássius Guimarães (Org.). **Republicanism entre ativismos judiciais e proibição do retrocesso**: da proteção às mulheres à saúde pública. 1. ed. Campos dos Goytacazes, RJ: Brasil Multicultural, 2016. Disponível em: <http://www.brasilmulticultural.com.br/_imagens/Republicanism.pdf>. Acesso em: 10 maio 2017.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética, direito e democracia**. São Paulo: Paulus, 2010.

OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 2003.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 13 nov. 2016.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San Jose da Costa Rica (1969)**. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 13 nov. 2016.

_____. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994**. Espanha: CIDH, 1995. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/indice.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

_____. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1998**. Espanha: CIDH, 1999. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/indice.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração de Princípios Sobre Liberdade de Expressão (2000)**. 2000. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

_____. Relatoria Especial Para a Liberdade de Expressão. **Princípios de Lima (2000)**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=158&>> Acesso em: 5 dez. 2016.

_____. **Carta Democrática Interamericana**: (Aprovada na primeira sessão plenária, realizada em 11 de setembro de 2001). 2001. Disponível em: <http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm>. Acesso em: 13 nov. 2016.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Marco Jurídico Interamericano Sobre El Derecho a La Libertad de Expresión (2010)**. 2010. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>> Acesso em: 13 nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Resolucion 59 (I) (1946)**. Convocación de una conferencia internacional de libertad de información. 1ª Session. dezembro de 1946. Disponível em <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/59\(I\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/59(I))>. Acesso em: 13 nov. 2016.

_____. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2016.

_____. Assembleia Geral. **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965)**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriminaci.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

_____. Assembleia Geral. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 13 nov. 2016.

_____. Conferência Geral da UNESCO. **Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (1978)**. Disponível em: <http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Igualdade_Racial/1978DeclRaca.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2016.

_____. Conferência Geral da UNESCO. **Declaração de Princípio sobre a Tolerância (1995)**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/paz/dec95.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

PASCAL, Georges. **Compreender Kant**. Introdução e tradução de Raimundo Veir. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

PETRUCCIANI, Stefano. **Modelos de Filosofia**. Tradução de José Raimundo Vidigal. São Paulo: Paulus, 2014.

PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. **Às margens do caso Ellwanger: visão conspiracionista da história. Ecos tardios do integralismo e judicialização do passado**. 2013. 281 p. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, UNB, Brasília, 2013. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13810/1/2013_DouglasAnt%C3%B4nioRochaPinheiro.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

PINHEIRO, Rossana Barros; MARÓN, Manuel Fondevila. **O tratamento dos delitos de ódio na Europa: aspectos legislativos e jurisprudenciais**. São Luís: [s.n.], 2017. (Submetido à publicação).

POPPER, Karl R. Tolerância e responsabilidade intelectual (Roubado de Xenófanes e Voltaire). In: _____. **Em busca de um mundo melhor**. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RAMALHO, Ana Luiza Nuñez. **Igual consideração e respeito, independência ética e liberdade de expressão em Dworkin: uma reconciliação entre igualdade e liberdade e a possibilidade do discurso do ódio em um ordenamento coerente de princípios**. 2016. 184 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, UNB, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/20739>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (Livro digital – E-pub).

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Organizado por Erin Kelly; tradução Cláudia Berliner; revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. ed. ampl. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot; apresentação e glossário Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O direito dos povos**. Tradução de Luís Carlos Borges; revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: do Humanismo a Kant. São Paulo: Paulinas, 1990. (v. 2).

_____. **História da Filosofia, v 4**: de Spinoza a Kant. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2005.

_____. **História da Filosofia, v 6**: de Nietzsche à Escola de Frankfurt. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2006a.

_____. **História da Filosofia, v 7**: de Freud à atualidade. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2006b.

RIBEIRO FILHO, Jorge Luís; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Posição original e contrato hipotético: expedientes propulsores da teoria da justiça rawlsiana. In: RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; RAMOS, Edith Maria Barbosa; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. **O direito no século XXI, estudos em homenagem ao ministro Edson Vidigal**. Florianópolis: Ed. Obra Jurídica, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. **Liberdade de expressão e liberdade de informação**: limites e formas de controle. Curitiba: Juruá, 2009.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens (vol. II)**. Tradução Lourdes Santos Machado; introdução e notas Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

RUIZ, João Álvaro. **Metodologia Científica**: guia para eficiência nos estudos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SÁ, Alexandre Franco de. O problema da tolerância na Filosofia Política de John Rawls. **Philosophica**, Lisboa, Departamento de Filosofia da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, n. 10, 1997, p. 107-120. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/sa_alexandre_o_problema_tolerancia_filosofia_politica_john_rawls.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 2. ed. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

_____; VALE, André Rufino do. Direito Geral de Liberdade. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “*Hate speech*”. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; et al. **Leituras complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto**. 2. ed. rev. Salvador: Ed. Juspodivm, 2009.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, Zairo José de Albuquerque. **Uma crítica à crise de acesso a UTIs em Fortaleza à luz dos conceitos de justiça social em John Rawls**. 2007. Dissertação (Mestrado), Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2007. Disponível em: <http://srvweb.uece.br/cmef/dmdocuments/Dissertacoes2007_Critica_UTIs_jutica_social_Rawls.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2016.

SILVEIRA, Renata Machado. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. 2007. 128. p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SilveiraRM_1.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

SIMÕES, Mauro Cardoso. **John Stuart Mill & a liberdade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

SOCIEDADE INTERAMERICANA DE IMPRENSA. **Declaração de Chapultepec (1994)**. Disponível em: <<http://www.sipiapa.org/contenidos/acerca-de-la-declaracion.html>> Acesso em: 05 dez. 2016.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático**. Tradução de Eduardo Brandão; prefácio, bibliografia e cronologia François Furet. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014a.

_____. **A democracia na América: sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos.** Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014b.

TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e Estado Democrático de Direito.** São Paulo: Landy Editora, 2003.

UNIÃO AFRICANA. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1982).** Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 5 dez. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu, Comissão das Comunidades Europeias e Conselho da União Europeia. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).** Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2016.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância:** por ocasião da morte de Jean Calas (1763). Tradução de William Lagos. Porto Alegre: LP&M, 2008.

WALZER, Michael. **Da Tolerância.** Tradução de Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WARBURTON, Nigel. **Liberdade de expressão:** uma breve introdução. Tradução Vitor Guerreiro; revisão científica Aires Almeida. Lisboa: Gradiva Publicações, 2015.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo.** Tradução de José Marcos Mariani de Macedo, rev. téc., ed. texto, apres., glossário, correspondência vocabular e índice remissivo Antônio Flávio Pierucci. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ZILLES, Urbano. **Teoria do conhecimento e teoria da ciência.** São Paulo: Editora Paulus, 2005.