

DIREITO À TOLERÂNCIA, AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO ADEQUADO E A RESTRIÇÕES AO DISCURSO DE ÓDIO COMO DIFAMAÇÃO DE GRUPO*

*Martin Magnus Petiz***

Resumo: O discurso de ódio é um problema importante para o debate jurídico brasileiro. A sua reverberação pode ser vista como reflexo do nosso passado, recheado de injustiças contra grupos minoritários. Ocorre que é um argumento famoso na teoria política estadunidense a ideia de que o discurso de ódio estaria abarcado pela liberdade de expressão. Caberia apenas a reparação posterior a eventual dano psíquico, tese que vem sendo recepcionada pela jurisprudência trabalhista no Brasil em casos de discriminação indireta no ambiente de trabalho. Este artigo busca problematizar essa tese a partir dos argumentos de Jeremy Waldron no livro “*The harm in the hate speech*” (2012), para fins de promover uma crítica fundada em princípios de justiça a essa corrente no Brasil. A hipótese deste artigo é a de que a tolerância é um direito difuso integrante do que se chama na doutrina justrabalhista de “direito a um meio ambiente do trabalho adequado.” Isso porque a tolerância assegura as condições para o exercício da autonomia que acompanha o status moral da dignidade. Diferentemente de casos de ofensas, se defenderá que, para os casos de discurso de ódio, caberá não só o ajuizamento de ação coletiva para a defesa de direito difuso, como também a regulação prévia desse tipo de discurso, que, caso circule livremente, poderá ter o efeito de comprometer as condições de exercício da autonomia inerente à dignidade dos agentes de certo grupo minoritário, afetando, por exemplo, as suas chances de obter promoções e estima social pelo seu trabalho.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; Tolerância; Meio ambiente do trabalho; Jeremy Waldron; Direito do trabalho.

RIGHT TO TOLERANCE, TO A PROPER WORK ENVIRONMENT AND TO RESTRICTIONS TO HATE SPEECH AS GROUP LIBEL

Abstract: Hate speech is an important problem for the Brazilian legal debate. Its reverberation can be seen as a reflection of our past, full of injustices against minority groups. It is a famous argument in American political theory that hate speech is covered by freedom of speech. It would only be necessary to repair afterwards any psychic damage, a thesis that has been accepted by the labor jurisprudence in Brazil in cases of indirect discrimination in the workplace. This article seeks to problematize this thesis based on Jeremy Waldron's arguments in the book “*The harm in the hate speech*” (2012), in order to promote a criticism based on principles of justice to this line of thought in Brazil. The hypothesis of this article is that tolerance is a diffuse right that is part of what is called in the labor law doctrine “the right to an adequate work environment.” This is because tolerance ensures the conditions for the exercise of autonomy that accompanies the moral status of dignity. Unlike cases of offenses, it will be argued that, for cases of hate speech, not only the filing of a class action for the defense of a diffuse right, but also the prior regulation of this type of speech, which, if it circulates freely,

* Agradeço pelas orientações e pelos diálogos com o meu orientador, Prof. Dr. José Reinaldo de Lima Lopes (DFD-USP), que me deram importantes ideias para a construção deste artigo, sobretudo quanto a aspectos da relação entre direito e justiça. A responsabilidade por falhas no argumento é exclusivamente minha, não obstante.

** Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito (USP). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito (UFRGS). Bolsista CAPES-Proex nº 88887.696210/2022-00. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4955-3306>. Contato: martin_petiz@usp.br.

may have the effect of compromising the conditions for the exercise of autonomy inherent to the dignity of the agents of a certain minority group, affecting, for example, their chances of obtaining promotions and social esteem for their work.

Keywords: Freedom of expression; Tolerance; Work environment; Jeremy Waldron; Labour law.

DERECHO A LA TOLERANCIA, A UN ENTORNO DE TRABAJO ADECUADO Y A RESTRICCIONES A LA INCITACIÓN AL ODIOS COMO LA DIFAMACIÓN COLECTIVA

Resumen: El discurso odio es un problema importante para el debate jurídico brasileño. Su reverberación puede verse como un reflejo de nuestro pasado, lleno de injusticias contra los grupos minoritarios. Es un famoso argumento de la teoría política estadounidense que el discurso del odio está amparado por la libertad de expresión. Sólo sería necesario reparar posteriormente cualquier daño psíquico, tesis que ha sido aceptada por la jurisprudencia laboral en Brasil en casos de discriminación indirecta en el ambiente de trabajo. Este artículo busca problematizar esta tesis a partir de los argumentos de Jeremy Waldron en el libro "*The harm in the hate speech*" (2012), con el fin de promover una crítica basada en principios de justicia a esta corriente en Brasil. La hipótesis de este artículo es que la tolerancia es un derecho difuso que forma parte de lo que en la doctrina jurídico-laboral se denomina "derecho a un entorno de trabajo adecuado." Esto se debe a que la tolerancia garantiza las condiciones para el ejercicio de la autonomía que acompaña al estatus moral de la dignidad. A diferencia de los casos de ofensas, se argumentará que, en los casos de discursos de odio, no sólo procede la interposición de una acción colectiva para la defensa de un derecho difuso, sino también la regulación previa de este tipo de discursos que, si circulan libremente, pueden tener el efecto de comprometer las condiciones de ejercicio de la autonomía inherente a la dignidad de los agentes de un determinado grupo minoritario, afectando, por ejemplo, a sus posibilidades de obtener ascensos y a la valoración social de su trabajo.

Palabras clave: Libertad de expresión; Tolerancia; Entorno laboral; Jeremy Waldron; Derecho laboral.

Introdução

Em processo trabalhista julgado em 2022, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região considerou improcedente, nos autos do Processo nº 1000390-03.2018.5.02.0046, a demanda de uma trabalhadora negra que alegou discriminação apta a gerar indenização por danos morais por ações da empresa Fleury S.A. Naquele caso, a reclamante alegava que a empresa empregadora produziu um guia de padronização visual para regular internamente a conduta dos seus trabalhadores sem representar adequadamente pessoas negras. Diante disso, entendeu que merecia reparação pecuniária. Enfatiza-se que a ação era individual. A reclamante trouxe provas de que trabalhadores de cabelo liso e comprido não sofriam advertências, mesmo estando fora dos padrões do guia de padronização visual do documento, enquanto que ela seria

constantemente advertida pela sua superior hierárquica a colocar tiara no seu cabelo “Black Power.” O TRT-2 negou procedência à ação com base na alegação de que o assédio moral exige prova de agressão/perturbação psíquica de um trabalhador específico, com algum propósito eticamente reprovável, o que não estaria comprovado no caso por duas razões: primeiro, porque o guia de padronização “se coaduna com a postura que normalmente é exigida para estabelecimentos de saúde”; segundo, porque não há como se exigir da ré uma mudança nos regulamentos, pois a lei não exige “que tais regramentos sejam ilustrados por todas as cores.” A reclamante recorreu ao Tribunal Superior do Trabalho, que reverteu a decisão, concedendo indenização de 10 mil reais para a trabalhadora, com base na conclusão jurídica de que houve “discriminação indireta” nesse caso à reclamante.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América (SCOTUS) julgou caso que guarda algumas semelhanças com o caso “Fleury.” Em *Avis Rent-a-Car System v. Aguilar* (2000), a SCOTUS se negou a revisar julgamento da Suprema Corte do Estado da Califórnia, que decidiu aceitar um pedido de tutela inibitória contra funcionário da empresa que proferia falas depreciativas contra colegas de trabalho de origem latina. Na oportunidade, 16 trabalhadores de origem latina, funcionários da empresa Avis, alegaram que a empresa deveria saber da conduta do colega de trabalho, e que ela deveria ter agido para impedi-lo. Um corpo de jurados julgou haver discriminação nesse caso, a ser indenizada pela empresa, mas, além disso, foi exarada pela corte a sentença mandamental com vistas a impedir tal conduta no futuro. A Suprema Corte estadual afirmou, na oportunidade, que a proibição do uso de “epítetos raciais” no ambiente de trabalho não viola a liberdade de expressão, em função da degradação contínua que tais discursos causam ao ambiente de trabalho.

Os dois casos citados acima parecem diferentes, mas se pretende argumentar de modo contraintuitivo, relacionando esses casos, para mostrar que a jurisprudência trabalhista brasileira sobre o discurso de ódio no ambiente de trabalho pode evoluir com base em princípios de justiça.¹ O presente artigo possui o objetivo de criticar, por razões diferentes, mas relacionadas, as decisões do TRT-2 e do TST no caso Fleury, partindo de uma lógica seguida com sucesso no caso Avis pela Suprema Corte da Califórnia, com o aval da SCOTUS. A hipótese a ser trabalhada é a de que o que se costuma chamar na doutrina trabalhista brasileira de “direito ao meio ambiente do trabalho adequado”, na verdade, constitui um bem comum ou difuso, que gera, entre outras consequências jurídicas, o direito de todos os trabalhadores a um

¹ Como afirma John Finnis, estabelecer princípios de justiça significa buscar os requerimentos para a ação que se aplicam independentemente de arranjos institucionais específicos. FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 163-164.

ambiente de trabalho tolerante e civilizado, com o dever correlativo de manutenção dessas condições de trabalho pela empresa. Em outras palavras, todo trabalhador possui direito a um ambiente de trabalho seguro, e a ter confiança de que essa condição será mantida. Esse direito deriva de uma certa concepção de justiça, que será exposta a partir da obra de Jeremy Waldron, “*The harm in the hate speech*”, com apoio nas teorias da justiça de John Rawls e John Finnis.

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

O presente artigo possui o objetivo central de “afiar” alguns dos conceitos jurídicos utilizados em casos de discurso de ódio no ambiente de trabalho a partir da tese central de Waldron, sobretudo o de “meio ambiente do trabalho.” Tomando como base a conexão entre dignidade e bem comum, se acredita ser possível oferecer maiores subsídios para consolidar a nossa jurisprudência trabalhista. O artigo se estrutura da seguinte forma. Na primeira seção, serão formuladas as proposições (i) e (iii) da obra de Waldron no contexto do seu debate com Ronald Dworkin, um dos seus adversários teóricos. A proposição (ii) é explorada na segunda seção. Nela, se avança a ideia de que a segurança e a confiança são sentimentos morais incluídos no *bem intrinsecamente comum* da tolerância, que produz *direitos difusos*, pois garantem o exercício dos poderes morais que acompanham a dignidade. Para isso, é preciso ingressar um passo adiante no campo da teoria da justiça para compreender a natureza desses bens e os direitos que deles decorrem. Para tanto, John Rawls e John Finnis serão filósofos capazes de oferecer apoio à tese de Waldron. Por fim, na terceira seção, os casos Fleury e Avis serão retomados com mais atenção, com vistas a uma crítica à jurisprudência e à dogmática trabalhista no tratamento de casos envolvendo o discurso de ódio no ambiente de trabalho com base em princípios de justiça.

1 Discurso no ambiente de trabalho

O direito do trabalho funciona na base do discurso, assim como o direito como um todo. Qualquer empregador só é capaz de exercer o seu poder diretivo por meio de prescrições que orientem a conduta dos seus empregados, mesmo sem a sua presença em todos os atos destes no exercício de suas funções. Em cadeias mais complexas de produção, as empresas dispõem do poder reconhecido juridicamente de emitir inclusive regulamentos internos que orientem de modo ainda mais detalhado a ação dos empregados.

Ordens diretas também funcionam por meio do discurso. Sua ocorrência tende a ser mais recorrente em espaços de trabalho cooperativo, ou em empresas menores. A questão é que, tanto no caso dos regulamentos, mais “impessoais”, quanto no caso das ordens diretas, a orientação da força de trabalho se dá pelo discurso.

A questão da liberdade de expressão é um dos problemas mais fundamentais e recalcitrantes da teoria política e jurídica desde o advento do liberalismo como um programa teórico da modernidade. A garantia da liberdade de se dizer o que se pensa sempre teve de ser ajustada à liberdade do outro que recebe o discurso. No espaço de trabalho, essa questão também adentra com potencial de gerar polêmicas. E quanto mais a esfera política “externa” ao ambiente de trabalho – tipicamente privado – se encontra polarizada, mais riscos de tensão entre a liberdade de expressão e a dignidade humana ocorrem.²

A tendência da doutrina de direito do trabalho é, no entanto, lidar com o tema da discriminação racial como um problema privado e individual. Mauricio Godinho Delgado, nesse sentido, afirma que a discriminação racial sempre se relacionou com o “dano moral ou à imagem”, esferas que não possuem vinculação com a saúde e a segurança laborativas.³ O autor deve essa perspectiva à “centralidade da pessoa humana na ordem jurídica”, entendida individualmente, é claro, como ser dotado de direitos.⁴

Daí a influência da teoria dos direitos de personalidade para a verificação das *liberdades* dos agentes contra a interferência do poder diretivo do empregador.⁵ O típico método da doutrina para lidar com a justificação da interferência no discurso do empregador e/ou de seus subordinados no ambiente de trabalho está no reenvio direto do intérprete à Constituição,

² Os estudos sobre a interseccionalidade das discriminações mostram bem a relação entre injustiças políticas e relações privadas. Ver como exemplo MOREIRA, Adilson. *Racismo recreativo*. São Paulo: Pólen Produção Editorial LTDA, 2019.

³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. Ed. rev. e ampl. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 703.

⁴ *Ibidem*, p. 725-726.

⁵ Como diz Delgado: “Nessa medida [os direitos de personalidade] estabelecem claro contraponto ao poder empregatício, em qualquer de suas dimensões — poder normativo, diretivo, fiscalizatório e poder disciplinar.” *Ibidem*, p. 726.

para ponderar os igualmente normativos e constitucionais valores da livre iniciativa e do valor social do trabalho. O presente trabalho não foca em uma crítica ao método da ponderação constitucional de valores, nem à doutrina dos direitos de personalidade, mas à ideia de “dignidade da pessoa humana” contida no direito do trabalho brasileiro, que é individualista e não se relaciona em nenhum momento com as condições de trabalho dignas a que todo(a) empregado(a) merece *em função* do seu status de pessoa. Sem esse elemento advindo da teoria da justiça, não há como exigir dos empregadores a restrição de discursos que difamem indiretamente grupos sociais minoritários.

2 O dano indireto do discurso de ódio

Se a concepção individualista de dignidade da pessoa humana não basta para aferir danos coletivos a grupos por meio do discurso no contexto do ambiente de trabalho, é preciso buscar uma alternativa que justifique decisões judiciais que identificam a dignidade em ações relativas ao *bem comum* do meio ambiente de trabalho. Essa proposta realiza dois “saltos argumentativos” que precisam ser elaborados: (1) por que a dignidade se relaciona com “opiniões” gerais e indiretamente ofensivas a grupos sociais minoritários? E (2) o meio ambiente de trabalho realmente é um bem comum? Começemos pela primeira questão.

Jeremy Waldron (1953-) busca responder duas teses conhecidas pelo senso comum quando o assunto é liberdade de expressão: primeiro, a tese de John Stuart Mill sobre o “mercado livre de ideias”; segundo, a de que o Estado é o principal risco às liberdades das pessoas em uma comunidade política.⁶ Com essas teses, Waldron questiona a ausência de nexo entre o valor da dignidade e a manutenção de um espaço político justo e seguro. O discurso de ódio, caso permitido livremente, coloca em xeque certas condições necessárias para a autonomia de todo indivíduo.

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

Eu sei que vocês pensam que são nossos iguais. Mas não tenha tanta certeza. A própria sociedade em que você confia para suas oportunidades e sua igual dignidade é menos do que um apoio total a estas coisas, e nós vamos expor essa ambivalência e construir sobre essa ambivalência toda oportunidade que tivermos. Então: pense sobre isso e tenha medo. O tempo para sua degradação e sua exclusão pela sociedade que atualmente o abriga está se aproximando rapidamente.⁷

⁶ WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 26.

⁷ “I know you think you are our equals. But don’t be so sure. The very society you are relying on for your opportunities and your equal dignity is less than whole-hearted in its support for these things, and we are going to expose that half-heartedness and build on that ambivalence every chance we get. So: think about it and be afraid. The time for your degradation and your exclusion by the society that presently shelters you is fast approaching” (tradução minha). *Ibidem*, p. 96.

Ronald Dworkin, por contraste, se coloca contra a regulação do discurso de ódio com base na ideia de que a liberdade de expressão constitui a autonomia dos indivíduos, por mais que se ache odioso esse tipo de fala. Respeitar essa autonomia seria condição da legitimidade política da coerção do Estado aos cidadãos na aplicação do direito. A sua tese se baseia, primeiro, em uma certa concepção de autonomia, então: os indivíduos são agentes morais responsáveis *se e somente se* puderem formular suas próprias opiniões sobre a verdade e a justiça no ambiente público. Devem poder decidir por si mesmas o que é bom ou mal na vida e na política, e o que é verdadeiro ou falso na justiça e na fé. A tal liberdade de *decisão* se soma a liberdade de *expressão*, pois não só deve poder o agente moral responsável formular convicções, como deve poder expressá-las aos demais e, assim, influir na formação da opinião pública e das decisões coletivas sobre o que é certo e errado na comunidade. Sem respeitar esses dois aspectos da autonomia individual, o Estado não pode ser considerado legítimo.⁸ Uma democracia justa exige não só que todo indivíduo tenha voto, mas também *voz*: toda e qualquer decisão majoritária só pode ser legitimamente aplicada à coletividade se for fruto de um processo justo e equitativo de formação da decisão. A posição de Dworkin se funda no seu argumento sobre o processo justo de formação das decisões políticas (“*fairness*”, ou equidade). É isso que justifica, por exemplo, a aplicação de punições previstas em leis antidiscriminação *depois que ofensas pessoais* foram cometidas.⁹ Em outras palavras:

É muito importante que a Suprema Corte confirme que a Primeira Emenda protege até mesmo essas formas de expressão [discurso de ódio]; que ela protege, como disse Holmes, até mesmo as expressões que odiamos. Isso é importantíssimo pelo motivo sublinhado pela justificação constitutiva da liberdade de expressão: *porque somos uma sociedade liberal comprometida com a responsabilidade moral individual, e nenhuma censura de conteúdo é compatível com esse compromisso*.¹⁰ (grifos no original)

Nada obstante, isso não quer dizer que Dworkin rejeite medidas de reparação *posteriores* ao dano causado pelo discurso, como a indenização em casos de calúnia ou difamação em caso de dano comprovado.¹¹ Nem significa que não possa haver casos de regulação *prévia* a certos discursos quando houver um vínculo causal razoável entre o discurso e certo dano iminente e direto.¹² Com isso, Dworkin faz uma pequena concessão à regulação

⁸ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 319-320.

⁹ WALDRON, *The harm in hate speech*, cit., p. 179.

¹⁰ DWORKIN, *O direito da liberdade*, cit., p. 327.

¹¹ *Ibidem*, p. 336-337.

¹² DWORKIN, *O direito da liberdade*, cit., p. 329.

dos discursos a partir do critério do dano direto e iminente de John Stuart Mill. Mill defendeu de modo notório como princípio prático básico que justifica a obrigação jurídica legítima a prevenção de dano a outrem.¹³ Fora dessa esfera, prevaleceria a liberdade – de associação, de o indivíduo escolher os seus próprios planos de vida e como conduzi-los, e de pensamento e expressão, consideradas a mesma coisa para Mill.¹⁴

Mas o que Mill quer dizer com “dano” nessas proposições? Deve haver, ele diz, uma “instigação positiva” a um ato ilegítimo, com uma causalidade direta entre aquela causa e o efeito.¹⁵ Um discurso como o de alguém que grita “fogo!” em um teatro lotado, ou a incitação ao ataque de uma multidão enfurecida a alguém em frente à sua casa.¹⁶ Mas disso à restrição prévia do discurso de ódio travestido de opinião há um longo caminho que liberais defensores da ampla liberdade de expressão como Dworkin se recusam a seguir.

Waldron mostra, por outro lado, que o discurso de ódio não impõe apenas *ofensas pessoais, mas ataques à dignidade de grupos minoritários*.¹⁷ A maior parte da legislação de discurso de ódio que ele cita de outros países¹⁸ foca nos possíveis efeitos do discurso sobre a dignidade desses grupos, não na motivação psicológica, como ocorre, por exemplo, em crimes de ódio¹⁹ ou, como poderíamos citar do direito penal brasileiro, com o crime de injúria. Diante disso, Waldron prefere, inclusive, o termo “difamação de grupo(s)” (“*group defamation*”) para falar do “discurso de ódio”, pois evita essas confusões.²⁰ A injúria é a forma clássica de discurso que visa *diretamente* a causar um dano ao psicológico do destinatário do discurso; o discurso de ódio, por outro lado, ataca primariamente *um grupo do qual o destinatário participa*. Atacando este grupo, se busca constranger o indivíduo a se sentir “menos humano” em função do fato de ser membro desse grupo. A doutrina dos direitos de personalidade, nesse sentido, lida com casos de “injúria” por meio de mecanismos de reparação civil. No direito do trabalho,

¹³ MILL, John Stuart. *On liberty*. Mineola: Dover Publications Inc., 2002, p. 8.

¹⁴ *Ibidem*, p. 10-12.

¹⁵ *Ibidem*, p. 46.

¹⁶ DWORKIN, *O direito da liberdade, cit.*, p. 350-351.

¹⁷ WALDRON, *The harm in hate speech, cit.*, p. 15. Waldron também não está lidando com o controle do pensamento ou das atitudes ou paixões das pessoas. *Ibidem*, p. 34-35.

¹⁸ Waldron dá como exemplos diversas leis de outros países do ocidente que regulam *previamente* o discurso de ódio: na Alemanha, por exemplo, a Seção 130(1) do Código Penal proíbe “ataques à dignidade humana por meio de insultos, afirmações maliciosas ou difamação de segmentos da população”; no Canadá, a a Seção 319(1) do Código Criminal de 1985 proíbe discursos em público que incitem “ódio contra qualquer grupo identificável cujo teor possa abalar a paz social.” *Ibid.*, p. 8, 236. Espera-se que esses dados deixem claro que a discussão empregada aqui está longe de buscar defender uma posição “anti-liberal” ou avessa à relevância dos direitos humanos.

¹⁹ *Ibidem*, p. 35.

²⁰ *Ibidem*, p. 41. Os termos “discurso de ódio” e “difamação de grupo” serão usados de modo intercambiável aqui, em função da força que o uso do primeiro termo ainda possui na discussão brasileira. Cf. MOREIRA, *Racismo recreativo, cit.*, p. 105-109.

especificamente, a diferença é que essa ofensa pessoal ocorre *no ambiente de trabalho* ou em espaço relacionado a ele.

Mas é preciso considerar também como o discurso pode se fixar e se travestir no ambiente de trabalho na forma de “opinião”, que, na verdade, ataca a dignidade de um grupo minoritário, afetando a sua autonomia. Waldron se preocupa muito mais com manifestações visíveis de expressões do que com a palavra dita em voz alta.²¹ Isso porque, com base na história de certo país ou comunidade política, geralmente esse tipo de manifestação busca atacar certos grupos minoritários – isto é, grupos que sofreram alguma repressão no passado e/ou que hoje possuem dificuldades para acessar espaços de poder e de exercitar os seus direitos – por meio de expressões que, por mais que possam parecer expressar opiniões de boa-fé, visam a criar ou aplicar “regras sociais” que estigmatizam esses grupos.²² Há signos que convencionalmente são reconhecidos como ofensivos a certo grupo, como uma cruz queimando é para pessoas negras no sul dos EUA, em função da atuação da Ku Klux Klan naquele local. Por isso, diz Waldron, a regulação da difamação de grupos não lida com “palavras de ordem gritadas no calor do momento”, embora nada impeça a reparação de ofensas pessoais causadas por tais atos. Trata-se de lidar com o fato de que certas expressões se tornam parte do nosso “ambiente visível”, como se pudéssemos tocar e sentir essas expressões.²³ É importante não limitar o escopo do argumento de Waldron ao visual: podem haver “ditados”, piadas, locuções, etc. que, repetidas com o tempo, mesmo que apenas oralmente, também adquirem esse status.²⁴

O “ambiente” que vai se formando com a proliferação do discurso de ódio “lícito” não parece causar um dano direto e iminente a ninguém, pois não há um ataque ao âmago pessoal de um agente, como exige a doutrina dos direitos da personalidade. Waldron busca responder esse argumento por outro caminho que não o da “tese do dano” de Mill, portanto. O que o ambiente intolerante ataca é a dignidade das pessoas:

Singularmente ou em conjunto, esses ataques à reputação equivalem a atentados à dignidade das pessoas afetadas – “dignidade”, no sentido de sua posição social básica, base de seu reconhecimento como iguais sociais e portadores de direitos humanos e de direitos constitucionais.²⁵

²¹ WALDRON, *The harm in hate speech, cit.*, p. 37-38.

²² *Ibidem*, p. 57. WALDRON, Jeremy. Commentary on Mary Kate McGowan’s ‘Just Words: on speech and hidden harm: an overview and an application.’ *Australasian Philosophical Review*, v. 5, n. 22, 2021, p. 170-178.

²³ WALDRON, *The harm in hate speech, cit.*, p. 45.

²⁴ Nesse sentido, Adilson Moreira defende a injustiça por trás da replicação do “racismo recreativo”, discursos aparentemente humorísticos, mas que reforçam a falta de capacidade moral das populações negras. A injustiça desses discursos está não só na sua associação à defesa da ausência de dignidade de um grupo minoritário no nosso contexto histórico-social brasileiro, mas também na repetição do discurso, que produz com o tempo essa associação. MOREIRA, *Racismo recreativo, cit.*, p. 107-108.

²⁵ “Singly or together, these reputational attacks amount to assaults upon the dignity of the persons affected — ‘dignity’, in the sense of their basic social standing, the basis of their recognition as social equals and as bearers

O status de pessoa produz normatividade, pois nos obriga, no mínimo, a não atacar a dignidade alheia, uma vez que reconhecemos o caráter de pessoa do outro.²⁶ Trata-se de uma formulação tipicamente kantiana, que nós podemos encontrar na obra de John Rawls na sua melhor versão contemporânea. Para este, toda pessoa deve ser vista como dotada igualmente de capacidade moral, o que implica em dois poderes morais: o poder de ter um senso de justiça, que é a capacidade de contribuir com a cooperação social e garantir os acordos da comunidade, bem como as restrições que derivam de tal cooperação; e de ter uma concepção de bem, que é a possibilidade de formular os fins que o agente racional deseja para a sua vida.²⁷ Disso decorre uma exigência de imparcialidade entre aqueles que são ou podem ser participantes dos bens básicos que a cooperação social produz, pois há uma conexão entre autodeterminação e formação, realização e alteração de planos de vida.²⁸

Um trabalhador pode escolher se associar *ou não* ao seu sindicato, por exemplo, em função da sua liberdade de associação, mas não pode, por esse fato, se ver exposto a chacotas ou a opiniões negativas constantes sobre a sindicalização no ambiente de trabalho. Tais discursos podem ser emitidos de modo indireto e ainda assim oprimi-lo. A Convenção nº 151 da Organização Internacional do Trabalho é explícita quanto à vedação de atitudes diretas *ou indiretas* dos empregadores de subordinarem os trabalhadores à condição de que não se filiem ao seu sindicato.²⁹ Fazer parte de um grupo não é um problema para o reconhecimento da dignidade; dentre os poderes morais dos indivíduos, está incluído o de determinar como seguir a sua vida a despeito do pertencimento a grupos, conforme o segundo poder moral ditado por Rawls. É o discurso de ódio que tenta minar a ideia de que todos possuem esse poder, atribuindo aos membros de certo grupo características que desprezam, diminuem ou simplesmente negam a sua dignidade pura e simplesmente.³⁰ A difamação de grupo é o *meio* para o *fim* de “negar

of human rights and constitutional entitlements.” (tradução minha). WALDRON, *The harm in hate speech, cit.*, p. 59.

²⁶ *Ibidem*, p. 60.

²⁷ RAWLS, John. Social unity and primary goods. In: FREEMAN, Samuel (Ed.). *John Rawls: Collected papers*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 365.

²⁸ FINNIS, *Natural law and natural rights, cit.*, p. 107.

²⁹ “Art. 4 — 1. Os empregados públicos gozarão de proteção adequada contra todo ato de discriminação sindical em relação com seu emprego.

2. A referida proteção será exercida especialmente contra todo ato que tenha por objetivo:

a) subordinar o emprego de funcionário público à condição de que não se filie a uma organização de empregados públicos ou a que deixe de ser membro dela;

b) despedir um empregado público, ou prejudicá-lo de qualquer outra forma, devido a sua filiação a uma organização de empregados públicos ou de sua participação nas atividades normais de tal organização.” Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 7.944, de 6 de março de 2013.

³⁰ WALDRON, *The harm in hate speech, cit.*, p. 60-61.

dignidade ao(s) membro(s) Y, Z, W... do grupo X.” Isso pode se dar por meio de uma ofensa direcionada a um indivíduo do grupo – Y, por exemplo – causando-lhe “danos psíquicos” diretos ou não.³¹ É plenamente possível imaginar que nem todo membro do grupo se sinta realmente ofendido, ou que esse sentimento varie em grau. Há membros de grupos minoritários que não se aceitam como tais, ou que reproduzem estereótipos danosos ao grupo, ativa ou passivamente. Portanto, há uma relação entre o valor da dignidade da pessoa humana e o efeito indireto de difamações de grupo sobre o exercício da autonomia embutida naquele valor, presente na vida de todo trabalhador.

O que resta é o segundo argumento liberal: a ideia de que a liberdade de expressão deve sempre ser garantida *contra o Estado, a favor do indivíduo*, pois é aquele que possui poder suficiente para oprimir, e a liberdade de expressão é uma das proteções que os indivíduos têm contra a “tirania da maioria.”³² Waldron mostra como esse argumento possuiu apelo no debate estadunidense para a formação da sua jurisprudência pró-liberdade ampla de expressão, expondo como ela foi sendo vista cada vez mais como um instrumento de controle contramajoritário nos tribunais após a consolidação do Estado, sobretudo no começo do século XX.³³ Dworkin reproduz essa visão ao separar questões de “princípio” de questões de “política”, por exemplo, vendo as primeiras como trunfos em prol dos indivíduos contra o Estado, sempre.³⁴ É o governo que possui o dever de mostrar igual consideração e respeito pelos cidadãos, mas não os cidadãos entre si.³⁵

Contudo, em uma sociedade real, onde impera o fato do “altruísmo limitado”³⁶, o direito precisa direcionar a ação dos recalcitrantes em prol de alguma ideia de “bem” que ele busca efetivar – no caso da difamação de grupo, estamos pensando na dignidade como poder moral de se autodeterminar em um ambiente seguro. E como efetivar esse bem sem contar com a colaboração voluntária de pelo menos alguns indivíduos em algumas situações? O Estado não

³¹ Como diz Adilson Moreira: “As normas jurídicas que restringem discurso de ódio não pretendem apenas proteger os sentimentos das pessoas, mas a possibilidade delas terem condições de existência digna dentro de uma sociedade. As pessoas devem ter o direito de viverem livres de estigmas porque elas não devem ser moralmente degradadas, nem devem ser impedidas de serem reconhecidas como seres capazes de atuar da esfera pública, porque isso impede que elas possam exercer a cidadania de forma plena.” MOREIRA, *Racismo recreativo*, cit., p. 108-109.

³² MILL, *On liberty*, cit., p. 4.

³³ WALDRON, *The harm in hate speech*, cit., p. 26.

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 129-132.

³⁵ WALDRON, *The harm in hate speech*, cit., p. 100.

³⁶ O altruísmo limitado é um dos fatos gerais sobre a natureza humana que Hart afirma para que todo sistema jurídico possa ser efetivo. Essa característica permite e, ao mesmo tempo, exige que vivamos sob regras gerais para que a coordenação social seja possível. HART, H.L.A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 253.

pode estar em todos os locais com o seu aparato social para coagir as ações.³⁷ Em um ambiente de trabalho, de modo análogo, há a relação entre colegas de trabalho e/ou entre diferentes níveis de subordinação. O Estado e as agências e instituições que lhe auxiliam não podem controlar todas essas relações a todo instante. É preciso exigir uma certa educação moral de todos os cidadãos, nesse sentido. Desse modo, temos que a regulação da difamação de grupo é um *bem comum*, pela sua associação à dignidade em espaços de relações intersubjetivas. E a dignidade, não é demais lembrar, é uma qualidade de *indivíduos*, e não do Estado.³⁸

3 O bem comum, os bens intrinsecamente comuns e o direito difuso à tolerância³⁹

A tese de Waldron pela regulação prévia do discurso de ódio parte da ideia de que a dignidade só pode ser exercida em um *ambiente* seguro para o exercício da autonomia dos agentes racionais. A existência de discursos de ódio livremente proferidos tolhe tal qualidade do ambiente em função de atacar a dignidade dos membros de certo grupo estigmatizado. A doutrina trabalhista, no entanto, não costuma incluir a *tolerância* dentre os bens a serem protegidos no espaço de trabalho. Veja-se, nesse sentido, a visão restrita sobre o meio ambiente do trabalho proposta por Guilherme Feliciano⁴⁰:

A jurisprudência apresenta extensa casuística de ações civis públicas tendentes a normalizar as condições físicas, químicas e ergonômicas do meio ambiente do trabalho, ora ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho (tendência mais recente), ora ajuizadas pelos Ministérios Públicos estaduais. Perquiria-se, ali, ora a tutela de um interesse difuso (assim, e. g., na cessação de atividade poluente que afetava os trabalhadores e a própria comunidade do entorno), ora um interesse coletivo (e. g., na tutela da higidez dos trabalhadores, atuais e futuros, em uma dada fase do processo produtivo), ora, ainda, um interesse individual homogêneo (p. ex., na ação plúrima movida por grupo certo de trabalhadores que, críticos da política de segurança e de salários da empresa, foram relegados à atividade insalubre).

³⁷ WALDRON, *The harm in hate speech, cit.*, p. 79-81.

³⁸ *Ibidem*, p. 47. O Estado e suas autoridades oficiais pode ter “pele grossa” para suportar as críticas, o que não se aplica a grupos minoritários historicamente oprimidos por grupos dominantes. Como afirma Waldron de modo um tanto ácido: a questão não é sobre a capacidade de tolerância dos “advogados brancos da ACLU” – organização que advoga por direitos humanos nos EUA –, como poderiam dar a entender os liberais que demandam “que nos acostumemos com o discurso de ódio”, mas, sim, com a capacidade dos grupos a quem o discurso de ódio ataca a dignidade de suportar um ambiente no qual essas “ideias” circulam livremente. *Ibidem*, p. 31-33.

³⁹ Desenvolvi de modo mais completo a minha crítica ao argumento Milliano-Dworkiniano de defesa ampla da liberdade de expressão em PETIZ, Martin Magnus. O direito à tolerância como limite ao discurso de ódio. *No prelo*.

⁴⁰ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho (aspectos gerais e propedêuticos). *Síntese Trabalhista*, v. 14, p. 122-153, 2002, p. 131. Há outros autores que associam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a condições puramente físicas, biológicas ou químicas ligadas ao espaço de trabalho. Ver, v.g., GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Coronavírus e direito à saúde: repercussões trabalhistas, previdenciárias e na assistência social*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 16-17, 46.

Acerta o jurista quando afirma que o direito ao meio ambiente do trabalho adequado é difuso, pois advém de um “*bem de uso comum*.”⁴¹ Apesar disso, nota-se a tendência da doutrina em reduzir a normatividade do meio ambiente do trabalho às suas características físicas, químicas e biológicas, ainda que reconhecendo a importância da qualidade das relações interpessoais para a garantia da dignidade dos trabalhadores.⁴² É como se a doutrina do trabalho dissesse que os empregadores podem ter sua livre iniciativa restringida na consecução dos fins da empresa apenas quando as condições de trabalho causam dano direto ao empregador tomado individualmente, como prega o princípio do dano de Mill. Discursos de ódio travestidos de opinião no ambiente de trabalho, por outro lado, seriam meros “inconveniente.”⁴³

Todavia, o art. 5º da Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho (1981)⁴⁴ indica que o componente das relações humanas no ambiente de trabalho compõe o direito ao meio ambiente de trabalho equilibrado:

Art. 5 — A política à qual se faz referência no artigo 4 da presente Convenção deverá levar em consideração as grandes esferas de ação que se seguem, na medida em que possam afetar a segurança e a saúde dos trabalhadores e o *meio-ambiente de trabalho*: [...] b) *relações existentes entre os componentes materiais do trabalho e as pessoas que o executam ou supervisionam*, e adaptação do maquinário, dos equipamentos, do tempo de trabalho, da organização do trabalho e das operações e processos às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores. (grifo meu)

Mesmo quando se assume a importância das relações interpessoais para a definição de tal direito, fundando-se em uma ideia de dignidade, associa-se dignidade no trabalho com “ausência de riscos ergonômicos e psicossociais.”⁴⁵ Tal posição dogmática justifica o enquadramento dos casos de discurso de ódio no ambiente de trabalho a ofensas pessoais como discriminação direta, e não à percepção de tais discursos como ataque ao meio ambiente não-hostil. Mantém-se, assim, o direito trabalhista antidiscriminatório na esfera da justiça comutativa, típica das relações cíveis, em que se indeniza na exata medida de um dano ao indivíduo lesado.⁴⁶ É preciso rever, portanto, a concepção de “bem comum” que a doutrina justaltrabalhista parece incorporar a partir da sua tendência privatista e individualista.

⁴¹ FELICIANO, Meio ambiente do trabalho, *cit.*, p. 133.

⁴² MARANHÃO, Ney. Meio ambiente do trabalho: descrição jurídico-conceitual. *Revista de Direitos, Trabalho e Política Social*, Cuiabá, v. 2, n. 3, p. 80-117, Jul./dez. 2016, p. 90.

⁴³ A separação entre “inconveniente” e “dano” é uma forma de traduzir a separação entre “*hurt*” e “*harm*” na teoria Milliana da liberdade, *cf.* COHEN, Andrew Jason. The harm principle and corporations. In: DRERUP, Johannes; SCHWEIGER, Gottfried (eds.). *Toleration and the challenges to liberalism*. New York/London: Routledge, 2021, p. 203. Uma pessoa que tropeça em uma pedra e cai sofre um “inconveniente” (“*hurt*”), pois isso pode afetar os seus interesses, se ele quebra o braço na queda e tem que arcar com o tratamento, por exemplo. Mas disso não se retira uma justificativa para se interferir na liberdade de ninguém mais.

⁴⁴ Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 2, de 1992.

⁴⁵ MARANHÃO, Meio ambiente do trabalho, *cit.*, p. 105-109.

⁴⁶ Há uma longa tradição na história do pensamento jurídico brasileiro de se colocar os bens comuns – que exigem produção e manutenção cooperativa e, muitas vezes, o estabelecimento de critérios de distribuição, no caso de

A partir do que foi dito na seção anterior, tem-se que o argumento liberal contra a regulação prévia do discurso de ódio comete dois equívocos. Primeiro, compreende o “dano” do discurso de ódio em termos de ofensa pessoal, quando, na verdade, há algum bem mais fundamental sendo atacado. O segundo equívoco, mais fácil de ser demonstrado, é o de que não é só do Estado que se deve proteger as minorias nesse caso do discurso de ódio. O objetivo da presente seção é definir o “bem” que é atingido pelo discurso de ódio, o qual defenderei ser o bem comum da comunidade política, de modo mediato. Isso se dá porque, de modo *imediato*, o discurso de ódio ataca o bem da *tolerância*, constituído pela garantia de segurança e confiança de que o respeito a que merecem por serem pessoas será preservado. Esse ambiente pode ser resumido como sendo o “bem comum da tolerância”, e é uma parte das condições sociais que permitem o desenvolvimento dos dois poderes morais dos indivíduos que compõem a sua dignidade. Isso gera um direito difuso e uma obrigação geral correlativa de não-interferência por parte de terceiros. A ofensa à honra subjetiva de um membro do grupo social afetado pelo discurso é uma violação diferente, reparada em termos individuais, e não comuns.

Waldron recorre ao conceito de “sociedade bem-ordenada” de John Rawls⁴⁷ para fazer a sua crítica de princípio ao discurso de ódio, pois essa concepção parte do pressuposto de que pode haver uma sociedade onde as pessoas em geral levam a ideia de justiça à sério. Waldron queria cogitar se, nesse contexto, o discurso de ódio seria admissível.⁴⁸ Ele parte da hipótese de que uma sociedade que permite publicações como suásticas, pôsteres de “voltem para a África!”, e outros símbolos que intimidam minorias vai “parecer” diferente que outras que não as permitem.⁴⁹

O conceito de Rawls aparece em seu “*Political liberalism*” da seguinte forma: dizer que uma sociedade é bem-ordenada implica em (1) reconhecer que, nela, todos aceitam e sabem que todos aceitam os mesmos princípios de justiça; (2) que há uma crença bem-fundada de que

bens não intrinsecamente comuns, como é não o caso da tolerância – na esfera da *política discricionária* da Administração Pública, fora do alcance da racionalidade jurídica. V. LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Madamu, 2021, p. 269-294.

⁴⁷ Waldron deixa claro por mais de uma vez no livro que a sua intenção não era discutir tecnicamente o conceito, mas usá-lo para mostrar como lidar com o discurso de ódio quando ele toma a forma da difamação de grupo. WALDRON, *The harm in hate speech, cit.*, p. 66. Afinal, Rawls defendeu fortemente a prioridade das liberdades básicas em face de valores comuns ou perfeccionistas. Para ele, só seria cabível na sua teoria da justiça a *regulação* de uma liberdade como a liberdade de expressão por autorrestrrição – limitações formais de espaço e tempo, por exemplo, seriam cabíveis, para permitir que todos possam exercer tal liberdade – ou por compatibilização com outras liberdades básicas, mas jamais a sua *restrição*, como a sua proibição em função de determinado conteúdo. RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 1993, p. 295-297. Embora eu acredite que uma “teoria Rawlsiana anti-discurso de ódio” seja viável, ao contrário do que pensa Waldron, esse empreendimento demandaria muito mais tempo e esforço do que posso levar a cabo nesse artigo.

⁴⁸ WALDRON, *The harm in hate speech, cit.*, p. 65.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 66.

a sua estrutura básica⁵⁰ respeita esses princípios; e (3) os seus cidadãos possuem um senso de justiça⁵¹ normalmente efetivo e, por isso, eles normalmente aceitam as diretivas das instituições básicas que compõem a estrutura básica da sociedade. Os princípios de justiça que Rawls propõe como uma concepção política de justiça serviriam como um “ponto de vista compartilhado” por todos sobre como as alegações das pessoas na comunidade são avaliadas.⁵² Waldron postula em sua tese que a legislação antidiscurso de ódio – que regula a sua emissão previamente – apoia a ideia de sociedade bem-ordenada de Rawls. Isso porque é apenas em um tal contexto em que os cidadãos podem ter *confiança* em que os ideais de justiça estão realmente gerando razões para a ação pelos demais.⁵³

A estética política, entendida como o conjunto de percepções que podemos ter sobre o senso de justiça dos integrantes da sociedade⁵⁴, diz muito para um agente sobre o quão bem-vindo ele é na sociedade.⁵⁵ Portanto, a estética política importa para a dignidade e para a segurança das pessoas.⁵⁶ A existência de discursos de ódio em uma sociedade vai contra o tipo de confiança que as pessoas esperam ter no respeito aos fundamentos da justiça, que ditam que todos somos humanos, dotados de dignidade e, portanto, de poderes morais para participar da cooperação social e ditar nossos próprios planos de vida sem exclusão, violência, indignidade ou subordinação.⁵⁷ Waldron usa os termos “confiança” e “segurança” de modo impreciso ao longo do texto. Mas pode-se dizer que a confiança seria o elemento psicológico gerado por um tipo de qualidade da vida pública, nesse sentido, advindo da *segurança* para levarem adiante as suas ações que efetivam os seus próprios planos de vida que a estrutura básica da sociedade ajuda a garantir. Esses dois elementos – um subjetivo e outro objetivo – estariam embutidos no bem da *tolerância*, compreendido como a possibilidade de se ter uma vida pública boa com a grande maioria ou totalidade dos agentes na comunidade. Por contraste, uma sociedade

⁵⁰ RAWLS, *Political liberalism*, cit., p. 35. A estrutura básica envolve o conjunto das instituições sociais e políticas básicas que formam o grande sistema político de definição da cooperação social. A estrutura básica lida com o modo como as principais instituições sociais distribuem direitos e deveres, e determinam a divisão das vantagens da cooperação social. Instituições básicas ou “primárias” são aqueles que incluem a constituição política e os principais arranjos econômicos e sociais RAWLS, John. *A theory of justice*. Revised edition. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, p. 6. Em “*A theory of justice*”, Rawls é claro em afirmar que sua teoria da justiça lida apenas com a estrutura básica diretamente. *Ibidem*, p. 50.

⁵¹ O primeiro poder moral dos indivíduos.

⁵² É claro que esse é um ideal normativo altamente abstrato, mas ele serve de “padrão” diante do qual uma organização social injusta pode ser criticada e rechaçada RAWLS, *Political liberalism*, cit., p. 35.

⁵³ WALDRON, *The harm in hate speech*, cit., p. 69.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 74.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 82.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 77.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 82-83.

“poluída” por sinais antissemitas, cruzeiros queimando em vizinhanças de pessoas negras, etc., os cidadãos não sentirão segurança *pela ausência de um ambiente de tolerância*.⁵⁸

O uso que Waldron faz dos termos “confiança” e “segurança” pode parecer confuso se não for conectado com uma teoria dos bens. Há bens que demandam apenas omissões do Estado, há bens que demandam prestações do Estado, mas esses dois tipos podem ser incluídos entre bens individuais, pois realizam interesses individuais – como a segurança física e a saúde.⁵⁹ Mas há certos bens que são “intrinsecamente comuns”, pois não podem ser oportunizados aos indivíduos se não forem oportunizados a todos os demais que integram o círculo em que se produzem, e se não houver uma *compreensão comum* sobre o seu valor. Não podemos ter amizade na nossa vida privada, ou boa-fé na vida pública, sem uma compreensão e cooperação mútuas dos agentes sobre o valor desses bens para as associações humanas.⁶⁰ Não podemos nem mesmo pensar em uma empresa bem-sucedida sem uma compreensão de que o seu sucesso é um bem comum que beneficia todos os envolvidos na sua realização.⁶¹ Pode-se dizer que a “confiança” de que Waldron fala, aqui integrada à noção de tolerância, é um “bem público” *nesse sentido*.⁶² A confiança não é uma mera questão de estética, mas de afirmação da valorização da *tolerância* entre a grande maioria ou totalidade dos agentes na comunidade. Waldron leva adiante essa definição quando afirma que a “confiança” é “como o bem de uma sociedade tolerante ou culta”: ela gera vantagens para todos, mas, ao mesmo tempo, depende de todos para ser fruída. Por contraste, em uma sociedade “poluída” por sinais antissemitas, cruzeiros queimando em vizinhanças de pessoas negras, etc., os cidadãos não sentirão segurança *pela ausência de um ambiente de tolerância*.⁶³

O bem que é gerado é difuso, porque atinge todos os indivíduos da comunidade ao mesmo tempo⁶⁴, e a obrigação correlativa também é difusa, pois depende de muitas pessoas,

⁵⁸ *Ibidem*, p. 85.

⁵⁹ WALDRON, Jeremy. Can communal goods be human rights? *European Journal of Sociology*, v. 28, issue 02, November 1987, p. 296-322, p. 298-300.

⁶⁰ TAYLOR, Charles. *Philosophical arguments*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 139. A tolerância é um bem intrinsecamente comum, portanto, que é necessário para a realização *do bem comum*, entendido como o conjunto de condições que habilita os membros da comunidade a formular e buscar alcançar por si mesmos certos objetivos razoáveis que sejam valiosos para si e, a partir dos quais, possuem razão para colaborar com os demais. FINNIS, *Natural law and natural rights*, *cit.*, p. 155. Para uma análise do tema no contexto brasileiro, ver LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de filosofia do direito: o direito como prática*. 2ª ed. rev. e atual. Barueri: Atlas, 2022, p. 378 e ss.

⁶¹ V. COHEN, The harm principle and corporations, *cit.*, p. 209-210.

⁶² WALDRON, *The harm in hate speech*, *cit.*, p. 16.

⁶³ *Ibidem*, p. 85.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 81.

sem definição.⁶⁵ Um bem intrinsecamente comum não se resume a um bem coletivo que tenha as características clássicas da não-exclusividade entre os detentores do direito ao bem e a necessidade de cooperação para a produção dele. Ele tem como terceiro critério a *reciprocidade entre todos ou quase todos os membros da sociedade na sua fruição*.⁶⁶ Para que uma pessoa possa fruir do bem comum da tolerância, isso depende em parte do seu conhecimento de que outras pessoas estão contribuindo para esse ambiente e fruindo dele igualmente. Sem o cumprimento da tolerância *por muitos indivíduos*, não pode haver confiança nem segurança para que os agentes levem adiante as ações que efetivam os seus próprios planos de vida. A garantia da tolerância evita a parcialidade do direito quanto a quais pessoas podem exercer o seu poder moral de autodeterminação.⁶⁷

A apropriação do bem da tolerância não depende da experiência de uma individualidade, portanto.⁶⁸ O bem é produzido coletivamente, mas é apropriado individualmente por todos e, por isso, constitui um direito de todos. Isso gera a obrigação de *todos* de se omitirem de agir para dificultar ou atrapalhar a realização da confiança. É essa a obrigação jurídica que as leis antidiscurso de ódio efetivam.⁶⁹ Há um interesse comum a todos na comunidade – o desejo de poder guiar a sua vida autonomamente – que depende de uma ação coordenada – o respeito mútuo à autonomia de cada um –, o que gera a ideia de bem comum e a sua normatividade.⁷⁰ Podemos dizer, portanto, que a tolerância, sendo um bem intrinsecamente comum conectado à dignidade, gera um direito comum ou difuso “natural” ou “humano”, exigível a despeito do conteúdo do direito positivo.⁷¹

Em um sentido negativo, o discurso de ódio é injusto porque ataca o ambiente de confiança que o indivíduo possui legitimidade para demandar da comunidade. O discurso de ódio não é mera forma de “expressão autônoma” de algum indivíduo na esfera das relações sociais. Seu foco é primariamente negar o ambiente de confiança, interferir na sua constituição,

⁶⁵ Nesse caso, a tolerância se aproxima do caso da iluminação pública, em que não se pode “excluir” alguém que passa na rua iluminada da fruição do bem gerado, o bem é apropriado por todos que passam. FINNIS, *Natural law and natural rights*, cit., p. 167.

⁶⁶ WALDRON, *Can communal goods be human rights?*, cit., p. 304.

⁶⁷ Cf. FINNIS, *Natural law and natural rights*, cit., p. 107.

⁶⁸ WALDRON, *The harm in hate speech*, cit., p. 310. Dois comentários adicionais: primeiro, a apropriação de um bem comum é como a fruição do bem da convivialidade em uma festa: todos participam nesse bem ao mesmo tempo, todos ajudam a produzi-lo, mas uma pessoa sozinha pode atrapalhar a sua realização com a sua inconveniência. No entanto, isso não quer dizer que haja algum “espírito coletivo metafísico” que se regozije da fruição desse bem: cada parte da festa está realmente vivenciando a fruição daquele bem, mas isso depende de uma percepção mais ampla de cada um sobre o grupo e sobre como cada um se insere em uma atividade do grupo. WALDRON, *Can communal goods be human rights?*, cit., p. 310-311.

⁶⁹ WALDRON, *The harm in hate speech*, cit., p. 94-95.

⁷⁰ FINNIS, *Natural law and natural rights*, cit., p. 140.

⁷¹ *Ibidem*, p. 194.

e, com isso, abalar os sentimentos morais de confiança e segurança dos membros de certo grupo.⁷² Fica claro, assim, que o dano causado pelo discurso de ódio, embora não seja direto, é mais vasto ainda do que o dano de uma ofensa direta, pelo seu caráter difuso e geral, que vai se diluindo em “ações isoladas.”⁷³ Mesmo quando se diz que uma injúria racial é gravíssima por atacar diretamente uma pessoa negra, a verdadeira gravidade da ofensa está no ataque à dignidade do grupo racial. O discurso de ódio que identificamos no caso Avis, por exemplo, poderia ser explicitado na proposição “todo latino é um mal trabalhador”, ou “nenhum latino merece direito ao trabalho digno.” Isso está presente também no caso Fleury. A legislação antidiscurso de ódio, nesse sentido, protege o que o direito penal costuma chamar de “honra objetiva”, que consiste na percepção que os outros têm sobre os atributos morais, éticos, culturais, intelectuais, físicos ou profissionais dos sujeitos.⁷⁴ Não é preciso provar, nesses casos, o dano psicológico efetivo da pessoa que é visada pelo discurso de ódio para que se reconheça a sua injustiça.

Com isso, temos o fundamento normativo da legislação proibitiva do discurso de ódio. O discurso de ódio é incompatível com o ideal de justiça da sociedade bem-ordenada porque busca primariamente violar a dignidade de membros de grupos minoritários, minando o ambiente de tolerância pelo ataque à honra objetiva dos seus membros *em função* de associá-los ao grupo atacado. O discurso de ódio viola o bem comum, que é o conjunto de condições para o exercício do poder moral de cada um guiar a própria vida. *Não há outra intenção por trás desse discurso.* O tipo de dano que se visa impedir não é direto, mas é mais fundamental, porque abala a própria razão de ser da justiça.⁷⁵

⁷² WALDRON, *The harm in hate speech, cit.*, p. 88.

⁷³ *Ibidem*, p. 94. Charles R. Lawrence III analisou casos de discurso de ódio em *campi* universitários dos EUA no período pós-*Brown v. Board of Education* (1954) para avaliar possíveis impactos da decisão e reações de grupos intolerantes no contexto de desmantelamento da segregação racial. Lawrence narra um caso real em que um certo *campus* amanheceu com um campo de futebol pintado com inúmeros slogans antissemitas, frases de apoio à Ku Klux Klan, suásticas nazistas e uma cruz queimando. A análise de Lawrence expõe, em primeiro lugar, o choque real que esse fato teve na família de sua irmã, que trabalhava na universidade. Em segundo lugar, mostra como “[m]uitas pessoas chamaram o incidente de ‘isolado’. Mas os negros sabem que nenhum incidente racial é ‘isolado’ nos Estados Unidos. Isso é o que torna os incidentes tão horríveis, tão assustadores. É o conhecimento de que eles não são o discurso isolado e impopular de uns poucos dissidentes que os torna tão assustadores. Estes incidentes são manifestações de um sistema de crenças culturais ubíquo e profundamente enraizado, um estilo de vida americano.” LAWRENCE III, Charles R. If he hollers let him go: regulating racist speech on campus. In: MATSUDA, Mari J. *et al* (Eds). *Words that wound: critical race theory, assaultive speech, and the First Amendment*. New York: Routledge, 1993, p. 73-74. (tradução minha).

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 856-857.

⁷⁵ Reside nesse ponto a maior dificuldade de Waldron para convencer os liberais de que o discurso de ódio intoxica os ambientes sociais em que ele se instala. WALDRON, Commentary on Mary Kate McGowan’s ‘Just Words, *cit.*, p. 172.

4 Protegendo a dignidade em casos de discurso de ódio no ambiente de trabalho

Uma outra razão importante para não se formular aqui uma “teoria compreensiva da liberdade de expressão” diretamente Rawlsiana está na limitação da sua teoria da justiça ao espaço da estrutura básica da sociedade. Transplantar a sua teoria diretamente para outros espaços exige um importante esforço de compreensão da obra completa de Rawls, ao que não me proponho, pois sequer era essa a intenção de Waldron. O ambiente de trabalho, nesse sentido, não deixa de ser, na minha visão, um objeto da concepção de “sociedade bem-ordenada” como parâmetro normativo para a legitimidade do direito. Como já foi dito, as diversas associações humanas partem da necessidade de cooperação. E elas se voltam a fins comuns compartilhados pelos agentes. Para Finnis, o elemento fundamental da “comunidade” está na unidade da ação humana direcionada a esses fins.⁷⁶ A comunidade de trabalho tende a ser uma comunidade de negócios, entre parceiros de trabalho, empregadores, clientes, etc, voltada para um fim escolhido pelos membros da empresa.⁷⁷ Esse fim é fechado e específico, portanto, ao contrário do fim da comunidade política, que é aberto, abrangente a todos presentes no território, e não tem fim. Por isso mesmo, é inegável que o espaço de trabalho constitui uma parte da comunidade política em sentido mais restrito, pois o direito possui como elemento necessário a reivindicação de *abrangência* sobre todas as relações sociais, isto é, o direito reivindica autoridade sobre todas as formas de comportamento humano, o que inclui a recepção de normas de outras associações.⁷⁸ Por isso é que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) dispõe limites de validade aos regulamentos internos das empresas⁷⁹, mas, em geral, o direito do trabalho brasileiro os admite como fontes do direito.

A partir de uma concepção de dignidade como poder moral de guiar a própria vida em um ambiente de tolerância, torna-se fundamental compreender as condições em que os/as trabalhadores/as podem exercer a sua capacidade de cooperar na realização da justiça da comunidade, associando-se por meio de contratos de trabalho. Mas não só isso: sob quais condições possuirão suficiente autorrespeito para acreditarem que podem contribuir efetivamente para o esquema social mais geral da comunidade política, *com o conseqüente reconhecimento da sua contribuição*. Sem isso, haverá rancor, desestímulo e exclusão social

⁷⁶ WALDRON, *The harm in hate speech*, cit., p. 138.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 141.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 149.

⁷⁹ Um exemplo de como a CLT incorpora os regulamentos internos de empresas como fonte válida de direito é o art. 144: “O abono de férias de que trata o artigo anterior, bem como o concedido em virtude de cláusula do contrato de trabalho, do regulamento da empresa, de convenção ou acordo coletivo, desde que não excedente de vinte dias do salário, não integrarão a remuneração do empregado para os efeitos da legislação do trabalho.” (grifo meu)

injusta de parte da população economicamente ativa. Portanto, há, no mínimo, uma conexão entre a exigência de respeito ao valor da dignidade no espaço de trabalho, entendida como direito à não-interferência na autonomia dos colegas de trabalho e/ou empregados subordinados, e a exigência positiva de um espaço de trabalho tolerante. Caso a conexão se sustente, poder-se-á justificar contra o discurso de ódio no ambiente de trabalho tanto medidas preventivas, exigíveis dos empregadores, quanto medidas reparatórias posteriores a danos à dignidade de grupos sociais atingidos pela difamação de grupo por opiniões ofensivas ao bem comum da tolerância.

3.1 O direito ao meio ambiente do trabalho adequado na doutrina trabalhista brasileira

É importante reconhecer que, a partir da compreensão das exigências do bem comum, haverá um certo número de arranjos políticos, leis e instituições que serão excluídos como injustos e/ou irracionais por qualquer agente racional.⁸⁰ Uma das mais importantes limitações desse tipo reconhecidas pela doutrina trabalhista brasileira é o princípio do direito ao meio ambiente do trabalho adequado. Tal direito é tido como reconhecido pela nossa Constituição da República (CRFB), a partir de uma leitura conjunta dos arts. 7º, XXII⁸¹, 200, VIII⁸², e 225.⁸³ É característico do direito do trabalho brasileiro a busca de fundamentos normativos para a legislação trabalhista nos princípios da encíclica *Rerum Novarum* (1891), na qual a Igreja Católica rogava às empresas o respeito universal à dignidade humana dos trabalhadores. Dentre as suas condições, estava a exigência de que não se impusesse a eles condições degradantes de trabalho. Ao vermos a empresa como um tipo de associação humana, percebe-se que essas exigências vão além da proteção individual, pois “*o trabalhar é um trabalhar com os outros*”, o que vai além de um “*trabalhar para os outros*.”⁸⁴ O meio ambiente do trabalho, nesse sentido, congrega todas as condições que interferem na qualidade de vida do trabalhador, e é um bem comum, pois exige cooperação constante para a sua produção e manutenção. Mas a locução “qualidade de vida”, no contexto do ambiente de trabalho, precisa ser interpretada de acordo

⁸⁰ FINNIS, *Natural law and natural rights*, cit., p. 155.

⁸¹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

⁸² Art. 200, CRFB/88. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

[...] VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

⁸³ Art. 225, CRFB/88. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁸⁴ FELICIANO, *Meio ambiente do trabalho*, cit., p. 125.

com a noção de dignidade formulada a partir dos dois poderes morais.⁸⁵ Não são só ofensas biologicamente perceptíveis que afetam esse aspecto da pessoa humana, mas também a limitação à autonomia que o ambiente permeado pelo discurso de ódio produz. Assim conclui Ney Maranhão: “a qualidade das relações interpessoais travadas no contexto laborativo se afigura como fator de riscos no meio ambiente do trabalho.”⁸⁶

Uma das injustiças clássicas que acontecem em associações privadas é vê-las como fins em si mesmas, e não como meios para o bem dos indivíduos. As empresas são associações humanas para a apropriação de certos bens naturais advindos de um “estoque comum”, que pode ser transformado, moldado e, posteriormente, apropriado individualmente por indivíduos na forma de produtos, serviços, etc.⁸⁷ Mas tal atividade não pode buscar absorver o indivíduo na sua realização⁸⁸, ignorando a sua dignidade, a sua autodeterminação para além das funções que exerce sob comando do empregador. Por isso, as empresas não podem se constituir em espaços de intolerância aberta, debaixo da proteção da liberdade de expressão ou de outras liberdades, como a livre-iniciativa.⁸⁹ Cynthia Estlund defende, nesse sentido, que o ambiente de trabalho se insere na comunidade política como uma “instituição satélite” no sistema de tolerância e civilidade que se exige para a realização da dignidade humana.⁹⁰ Tal espaço envolve indivíduos de diferentes contextos, voltados para um fim comum em cooperação, de modo análogo ao que acontece na sociedade. Garantir a tolerância no espaço de trabalho reforça a confiança no espaço público, assim como, por contraste, a “tolerância” com o discurso de ódio e a sua replicação pelas empresas no ambiente de trabalho produz um ambiente hostil que pode ser levado para a esfera pública.

3.2 Comparação entre os casos Avis e Fleury

Voltemos agora aos casos Avis e Fleury. No caso Fleury, a alegação da parte reclamante era de ofensa pessoal desde o começo, mas baseada em um contexto mais amplo de

⁸⁵ Aqui, o foco está claramente no exercício do segundo poder moral, isto é, da capacidade de os indivíduos poderem formular planos de vida pessoais e persegui-los, inclusive no plano profissional, do livre exercício de profissão. Nada obstante, o ambiente de trabalho tem o potencial de intensificar – ou tolhir – o primeiro poder moral, que é a capacidade de ter um senso de justiça, se permitir a devida recompensa dos indivíduos pela sua cooperação com o esquema social e a escolha livre de perspectivas e posições políticas sobre o esquema ideal de cooperação para a comunidade. Podemos pensar, nesse sentido, como exemplo de reflexo da livre circulação dos discursos de ódio nesse ambiente o desincentivo à promoção de trabalhadores de grupos ofendidos.

⁸⁶ MARANHÃO, Meio ambiente do trabalho, *cit.*, p. 85.

⁸⁷ FINNIS, *Natural law and natural rights*, *cit.*, p. 166-168.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 169.

⁸⁹ ESTLUND, Cynthia L. Freedom of expression in the workplace and the problem of discriminatory harassment. *Texas Law Review*, v. 75, n. 4, 1996-1997, p. 687-778, p. 730.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 735.

discriminação, que não foi corrigido pelo Tribunal, senão muito indiretamente. A estratégia da vítima foi ingressar com ação de indenização por danos morais, e o TRT-2 exigiu que a reclamante comprovasse ofensa psíquica para deferir o pedido. A reclamante trouxe provas de que trabalhadores de cabelo liso e comprido não sofriam advertências, mesmo estando fora dos padrões do guia de padronização visual; e que era constantemente advertida pela sua superior hierárquica a colocar uma tiara no seu cabelo “Black Power.” Como o assédio moral exige prova de agressão/perturbação psíquica de um trabalhador específico, o TRT-2 entendeu que não houve discriminação capaz de gerar direito à indenização, pois o guia de padronização “*se coaduna com a postura que normalmente é exigida para estabelecimentos de saúde.*” Como o uso de tiaras era exigido de todos, em geral, não só da reclamante, não haveria de se exigir da ré uma mudança nos regulamentos, pois a lei não exige “*que tais regramentos sejam ilustrados por todas as cores.*”

A argumentação do TRT-2 está adequada a uma concepção individualista do meio ambiente do trabalho: há apenas um dever de não ofender a honra subjetiva de uma pessoa específica, mas opiniões, discursos e imagens visuais gerais podem ser exaradas, ainda que sejam discurso de ódio indiretamente voltados a um grupo social minoritário. Suponhamos que as advertências sofridas pela autora em função do seu cabelo tenham sido exercidas sem nenhuma ofensa adicional fora o próprio conteúdo da prescrição contida no regulamento. E suponhamos que a cartilha tenha sido aplicada de modo genérico a todos os empregados. O que ocorreu foi *uma difamação de grupo*, primariamente. No caso Fleury, mesmo sendo composta por trabalhadores negros, com características culturais e fisionômicas específicas, a empresa buscou cultivar uma “estética” que não abarca tais trabalhadores. Reafirmou-se, com isso, um ambiente que não vê trabalhadores(as) negros(as) como capazes de cooperar com a sua atividade empresarial em mesmo nível que os demais trabalhadores. O guia de padronização visual tinha o efeito indireto de reforçar a ideia de que trabalhadores dotados de uma “identidade racial branca” seriam o ideal de produtividade para a empresa, o que exclui cabelos “Black Power.”⁹¹

A atitude da empresa no caso Fleury viola um direito *difuso*, primariamente. Mas a ação versou sobre direito individual. A escolha processual da reclamante foi a que lhe cabia enquanto agente individual; mas não foi a mais correta do ponto de vista *conceitual*, dada a

⁹¹ Adilson Moreira definiria esse caso como uma forma de “discriminação estética”, pois toca em um aspecto da identidade visual de membros de um grupo unido por aspectos sociais e fenotípicos reconhecidos por todos. MOREIRA, Adilson. *Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica*. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 85-86.

natureza do bem afetado, muito embora *seja possível*, como já dito, haver a concomitância de (a) danos morais vivenciados apenas por membros A, B e C de um grupo social Z composto por A, B, C, ..., X, diante de (b) um discurso que difama o grupo social Z como um todo, pois afeta o bem comum da tolerância para este grupo.

A 2ª Turma do TST, por unanimidade, acolheu o argumento da reclamante de que haveria uma violação ao princípio da igualdade em função da exigência de alisamento de cabelo, ou à obrigação de prender o cabelo no exercício das atividades laborais. Segundo a Relatora, Min. Delaide Arantes, “*qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada exclusivamente na cor da pele, raça, nacionalidade ou origem étnica pode ser considerada discriminação racial*”, argumento vazio de sentido.⁹² No final do acórdão, entretanto, a Relatora classifica o caso a partir da ideia de que, no termo “qualquer”, cabem também as formas de discriminação “*mais sutis de ser detectada em sua natureza*”, que seriam causadas pela “*falta de diversidade racial no guia de padronização visual da reclamada é uma forma de discriminação.*”

O problema do caso Fleury não é que existam tratamentos diferenciados na empresa – como a diferença de salários com base no mérito –, nem que não exista uma diversidade cultural completa. A questão em jogo era mais complexa, e não foi abordada, em função dos mecanismos processuais acionados para lidar com direitos individuais, que era a estética política produzida no ambiente de trabalho da empresa, que difamava indiretamente a população negra, atacando a sua confiança em que sua capacidade laboral seria valorizada de modo igualitário com os demais trabalhadores. A decisão do TST no caso Fleury não lida com a correção da conduta da empresa que permitiu a instauração de um ambiente de ataque à dignidade de um grupo social minoritário. O que violou a integridade psíquica de uma trabalhadora particular foi *justamente* o ataque ao grupo. Os efeitos da manutenção de um espaço de trabalho desse tipo são mais amplos, contudo. Entre eles, está a reprodução de uma hierarquia social injusta, que deixe as melhores oportunidades para os/as trabalhadores/as brancos/as. Como diz Adilson Moreira sobre a relação entre discurso de ódio e mercado de trabalho: “[*r*]epresentações de negros e de indígenas como pessoas indolentes reforçam um imaginário que reduz as chances de eles terem aceitação no mercado de trabalho ou de serem promovidos”, por serem vistos como agentes menos capazes do que pessoas brancas.⁹³

⁹² Esse argumento não nos diz nada ainda: não entendo que as ações afirmativas ensejam qualquer injustiça, embora “discriminem” com base em um desses fatores.

⁹³ MOREIRA, *Racismo recreativo*, cit., p. 108.

A categoria de discriminação “indireta” não dá conta de explicar a injustiça da prática; ela fundamenta, no máximo, a reparação de uma ofensa a um indivíduo específico, o que não chega a ser um problema, *desde que* o uso do conceito “discriminação” se alie a uma concepção robusta do que seja a “dignidade humana.” Ações individuais, com reparações individuais, são meros paliativos – sem contar que não há garantia de emprego para ingressantes de ações contra a sua empresa, o que torna paradoxal exigir dos membros do grupo social oprimido que se deem conta e reajam ao tolhimento da própria autonomia, do próprio autorrespeito.

O art. 7º, XXVIII, CRFB/88 define a responsabilidade dos empregadores para acidentes de trabalho quando incorrerem em dolo ou culpa, mas esse é um caso de concretização individualizada de um dano *a partir de* um ambiente desequilibrado. Ora, no campo do direito ambiental, há dois princípios importantes que fundamentam a restrição do discurso de ódio *previamente* ao dano individual: o princípio do poluidor-pagador e o da prevenção. Sarlet e Fensterseifer defendem medidas de controle e fiscalização de ações poluidoras do ambiente, campanhas públicas de educação, etc., como medidas de políticas públicas que garantam a sua efetividade. O princípio da prevenção pode justificar desde medidas gerais políticas, até medidas judiciais concretas que previnam certas catástrofes quando houver prova suficiente da probabilidade de dano.⁹⁴ *No campo do direito do trabalho*, é preciso lembrar que Ministério Público do Trabalho e sindicatos possuem a legitimidade ativa para ajuizar ações em defesa de direitos difusos dos trabalhadores. Nenhum argumento desse tipo foi levantado no caso Fleury, todavia; tampouco houve iniciativa dos órgãos judicantes de intimar os potenciais interessados.

No caso Avis, os trabalhadores que ingressaram com a ação judicial pediram indenização por danos morais, para o que um Júri conferiu 25 mil dólares em indenização para cada um. Mas houve pedido de “*remedial injunction*”, comparável à instituição brasileira da tutela inibitória, para obrigar a empresa reclamada a proibir e fiscalizar os discursos de ódio proferidos no ambiente de trabalho, que foi apreciado pela Suprema Corte da Califórnia. A Corte aprovou o pedido, inclusive listando certas palavras que não poderiam ser ditas no ambiente de trabalho:

uma medida cautelar proibindo o uso continuado de epítetos raciais no local de trabalho não viola o direito à liberdade de expressão se houver uma determinação judicial de que o uso de tais epítetos contribuirá para a continuação de um ambiente de trabalho hostil ou abusivo.⁹⁵

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O direito constitucional-ambiental brasileiro e a governança judicial ecológica: estudo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, 2019, v. 11, n. 20, p. 42-110, jan-jul, 2019, p. 53-54.

⁹⁵ No original: “a remedial injunction prohibiting the continued use of racial epithets in the workplace does not violate the right to freedom of speech if there has been a judicial determination that the use of such epithets will contribute to the continuation of a hostile or abusive work environment” (tradução minha). HUDSON JR., David

O curioso é que, na Suprema Corte dos EUA, apenas o *Justice* Clarence Thomas, grande defensor da liberdade de expressão ampla, divergiu da negação do *certiorari* – ou seja, do pedido de recepção do caso pela SCOTUS para julgar o caso –, criticando a “restrição prévia” a uma forma de discurso.⁹⁶ O *Justice* Thomas argumentou na linha do critério Milliano de liberdade: sem a incitação direta de dano a uma pessoa específica, não haveria porque limitar a liberdade de expressão. Eis o seu voto divergente:

Mesmo assumindo que algum discurso puro no local de trabalho possa ser proscrito de acordo com a Primeira Emenda quando ela viola uma lei de assédio no local de trabalho, problemas especiais da Primeira Emenda [envolvendo a liberdade de expressão] são apresentados quando, como aqui, a proscricção assume a forma de uma restrição prévia.⁹⁷

A lógica seguida pela Suprema Corte da Califórnia, e aceita pela SCOTUS, no entanto, foi a de que a emissão de discursos de ódio é tão grave que merece ser rechaçada de antemão. Foi reconhecida a obrigação da empresa de garantir um ambiente de trabalho tolerante a grupos minoritários como um direito difuso de todos – pois a restrição do discurso de ódio do funcionário Lawrence não ataca apenas aos reclamantes, mas a todos os demais trabalhadores da empresa que se identificam com o grupo social destinatário do seu discurso de ódio. Com isso, se reforçou a proteção do bem intrinsecamente comum da tolerância no interior de uma associação humana, o que não foi feito no caso *Fleury*, por mais que se tenha reconhecido a injustiça da prática da empresa. A diferença estava na concepção sobre *o bem afetado*, visto como individual e restrito à esfera psicológica da trabalhadora específica, no caso *Fleury*, e *como bem comum e difuso*, no caso *Avis*. Não devem ser desconsiderados, ademais, os efeitos que a permissividade para com esses discursos na esfera do ambiente de trabalho pode ter para a esfera pública como um todo. Nesse sentido, a Justiça do Trabalho possui um dever para com a garantia da tolerância *também na comunidade política*.

Para esquematizar o argumento, retomemos a discussão com a teoria liberal da liberdade de expressão a partir dos casos. Digamos que a opinião do trabalhador do caso *Avis* tenha exposto a opinião de que os latinos deveriam ser todos deportados dos EUA, pois são

L. *Avis Rent-a-Car System v. Aguilar* (2000). *The First Amendment Encyclopedia*, 2009. Disponível em: <<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/36/avis-rent-a-car-system-v-aguilar>>, acesso 04 dez. 2022.

⁹⁶ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Thomas J., Dissenting. Avis Rent-a-Car System v. Aguilar*, 529 U.S. 1138 (2000). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/99-781.ZD.html>>, acesso 04 dez. 2022.

⁹⁷ No original: “even assuming that some pure speech in the workplace may be proscribed consistent with the First Amendment when it violates a workplace harassment law, special First Amendment problems are presented when, as here, the proscription takes the form of a prior restraint” (tradução minha). *Ibidem*.

maus trabalhadores em comparação às pessoas brancas por meio do compartilhamento por email de trabalho de um panfleto. A superior hierárquica no caso Fleury, no Brasil, aplicou uma ideia contida em regulamento interno da empresa sobre a inadequação do uso de cabelo “Black Power” no ambiente de trabalho, pregando uma estética sabidamente “branca”, sem necessariamente incorrer em outras formas de ofensa, como abuso verbal. Pode ser que, do grupo de latinos e negros das respectivas empresas, formados por “Y1, X1, W1” e “Y2, X2, W2”, apenas Y1 e Y2 se sintam ofendidos e ingressem com ações judiciais tentando mostrar a causalidade entre os fatos e certo sofrimento psicológico – como a ocorrência de depressão derivada das ofensas. Tal fato demonstra que não houve difamação de grupo? O que há, nesses casos, é tanto (a) a difamação *aos grupos das pessoas* (a.1) latinas e (a.2) negras, quanto a possibilidade de (b) ofensa pessoal aos membros individuais dos grupos. Talvez um liberal mais otimista quanto ao valor intrínseco da liberdade de expressão diria que “sim, isso é verdade; mas não devemos nos opor à difamação de grupo *previamente*, pois isso impediria a formação da opinião pública; apenas deve-se propor a reparação por meio de indenização *se comprovado* o vínculo causal entre discurso e dano pessoal a algum dos membros dos grupos. E, nesse caso, se apenas Y1 e Y2 se sentiram ofendidos, tudo bem.” Esse foi o argumento do TRT-2 no caso Fleury: sem provas do abalo psíquico, não deve haver indenização. O problema é que a difamação de grupo – e os seus efeitos para o ambiente de tolerância da comunidade política – passaria ilesa do ponto de vista jurídico. Mesmo que esse tipo de discurso possa reforçar a ideia de que pessoas latinas ou negras não são tão capazes de contribuir socialmente com o seu trabalho quanto pessoas brancas.

Conclusão

O presente artigo partiu da comparação entre dois casos sobre meio ambiente de trabalho para problematizar a compreensão que certos juízes e doutrinadores possuem no Brasil sobre as consequências jurídicas do discurso de ódio. Buscou-se mostrar, com isso, que o discurso de ódio não pode ser visto como um fenômeno que apenas atinge a estrutura psíquica das pessoas. Isso pode acontecer, e, de fato, merece resposta por meio da devida reparação, inclusive via ações individuais, como ocorreu no caso Fleury, e também no caso Avis. No entanto, acredito que pude expor que o discurso de ódio possui efeitos mais profundos, caso seja permitido antes da ofensa pessoal ocorrer.

Propus tomar a obra de Jeremy Waldron, “*The harm in the hate speech*” como ponto de partida, pois, nela, o autor esboça e problematiza os principais pilares da “teoria liberal” da liberdade de expressão, que conecta tal direito à legitimidade política e à autonomia do

indivíduo. Primeiro, o conceito de dano direto e iminente é defendido como o único critério capaz de ensejar restrições à liberdade de expressão. Ocorre que o discurso de ódio busca, por meio do uso da forma sintática de uma opinião ou asserção, atacar a dignidade dos membros de certo grupo minoritário, e não simplesmente ofender. Caso permitido, o discurso de ódio coloca em questão a capacidade desses cidadãos atacados de contribuírem com a sociedade, e de terem os seus próprios planos de vida. Em segundo lugar, a teoria liberal se funda na falsa afirmação de que é do Estado que se deve proteger o indivíduo sempre. No entanto, o Estado se apoia na colaboração dos indivíduos para realizar a justiça. E o discurso de ódio parte *de outros grupos* da sociedade civil. A desconstrução desses dois pilares foi o objetivo da primeira seção.

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

Na terceira seção, ficou evidente como parte da doutrina e da jurisprudência trabalhista do Brasil compreende o discurso de ódio como uma ofensa pessoal. Nesse sentido, o tratamento jurídico dado a esse problema é individual, focado em ações individuais de indenização por danos morais. Embora não sejam ilegítimas, tais ações não lidam com o problema central por trás do discurso de ódio, que é o ataque à tolerância. Embora o ambiente de trabalho seja um espaço relativamente “privado”, faz parte também da atmosfera política de civilidade, pois congrega cidadãos de diferentes contextos em prol de um fim comum. Por isso, a proposta final é a de que se atente para a confiança e a tolerância como aspectos normativos embutidos no conceito de “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, como fundamento a restrições prévias ao discurso de ódio nos ambientes de trabalho, bem como para ações judiciais que exijam omissões por parte dos empregados ofensores e ações por parte dos empregadores para assegurarem um ambiente de trabalho tolerante.

Referências Bibliográficas

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 10^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- COHEN, Andrew Jason. The harm principle and corporations. In: DRERUP, Johannes; SCHWEIGER, Gottfried (eds.). *Toleration and the challenges to liberalism*. New York/London: Routledge, 2021.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. Ed. rev. e ampl. 16^a ed. São Paulo: LTr, 2017.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.
- ESTLUND, Cynthia L. Freedom of expression in the workplace and the problem of discriminatory harassment. *Texas Law Review*, v. 75, n. 4, 1996-1997, p. 687-778.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho (aspectos gerais e propedêuticos). *Síntese Trabalhista*, v. 14, p. 122-153, 2002.
- FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Coronavírus e direito à saúde: repercussões trabalhistas, previdenciárias e na assistência social*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- HART, H.L.A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HUDSON JR., David L. Avis Rent-a-Car System v. Aguilar (2000). *The First Amendment Encyclopedia*, 2009. Disponível em: <<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/36/avis-rent-a-car-system-v-aguilar>>, acesso 04 dez. 2022.
- LAWRENCE III, Charles R. If he hollers let him go: regulating racist speech on campus. In: MATSUDA, Mari J. et al (Eds.). *Words that wound: critical race theory, assaultive speech, and the First Amendment*. New York: Routledge, 1993.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. 2^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Madamu, 2021.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de filosofia do direito: o direito como prática*. 2^a ed. rev. e atual. Barueri: Atlas, 2022.
- MARANHÃO, Ney. Meio ambiente do trabalho: descrição jurídico-conceitual. *Revista de Direitos, Trabalho e Política Social*, Cuiabá, V. 2, n. 3, p. 80-117, Jul./dez. 2016.
- MILL, John Stuart. *On liberty*. Mineola: Dover Publications Inc., 2002.
- MOREIRA, Adilson. *Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica*. São Paulo: Contracorrente, 2019.
- MOREIRA, Adilson. *Racismo recreativo*. Pólen Produção Editorial LTDA, 2019.
- PETIZ, Martin Magnus. O direito à tolerância como limite ao discurso de ódio. *No prelo*.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Revised edition. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.
- RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 1993.
- RAWLS, John. Social unity and primary goods. In: FREEMAN, Samuel (Ed.). *John Rawls: Collected papers*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O direito constitucional-ambiental brasileiro e a governança judicial ecológica: estudo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, 2019, v. 11, n. 20, p. 42-110, jan-jul, 2019.

- SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Thomas J., Dissenting*. *Avis Rent-a-Car System v. Aguilar*, 529 U.S. 1138 (2000). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/99-781.ZD.html>>, acesso 04 dez. 2022.
- TAYLOR, Charles. *Philosophical arguments*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- WALDRON, Jeremy. Can communal goods be human rights? *European Journal of Sociology*, v. 28, issue 02, November 1987, p. 296-322.
- WALDRON, Jeremy. Commentary on Mary Kate McGowan's 'Just Words: on speech and hidden harm: an overview and an application.' *Australasian Philosophical Review*, v. 5, n. 22, 2021, p. 170-178.
- WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

Como citar este artigo: PETIZ, Martin Magnus. Direito à tolerância, ao meio ambiente de trabalho adequado e a restrições ao discurso de ódio como difamação de grupo. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 8, n. 2, p. 1–30, 2023.

Recebido em 18.01.2023

Publicado em 12.09.2023