

'DEIXA QUE DIGAM, QUE PENSEM, QUE FALEM?':

UMA INTRODUÇÃO AOS FUNDAMENTOS
FILOSÓFICOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

'LET THEM SAY, THINK AND TALK?':

AN INTRODUCTION TO THE PHILOSOPHICAL
BACKGROUNDS OF FREEDOM OF SPEECH

Daniel Vieira Sarapu
Daniel_sarapu@hotmail.com

Recebido: 23-11-2016

Aprovado: 22-3-2018

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Em defesa de uma plena liberdade de expressão. 2.1 O libertarianismo e a propriedade-de-si como fundamento da expressão autônoma da individualidade. 2.2 O caráter público da liberdade de expressão no liberalismo político e o exercício do autogoverno. 2.3 O utilitarismo de regras e a defesa da liberdade de expressão como 'melhor arcabouço institucional' para a organização social. 3 Repensando a primazia da liberdade de expressão. 3.1 O perfeccionismo e o resgate do caráter ético das instituições sociais. 3.2 O republicanismo e a redescoberta do sentido da liberdade. 4 Considerações finais. 5 Referências.

RESUMO:

O artigo faz um balanço dos fundamentos filosóficos da liberdade de expressão, tendo como pano de fundo a discussão sobre qual deve ser o papel do Estado na regulamentação do discurso na sociedade. A pergunta é relevante uma vez que correntes filosóficas como o perfeccionismo e o republicanismo acusam a posição liberal predominante na doutrina e na jurisprudência constitucional nacional e estrangeira de não proporcionar um instrumental teórico adequado para enfrentar questões sensíveis levantadas pelo tema. Por detrás desse debate, encontra-se uma divergência filosófica acerca do que seja

ABSTRACT:

The paper discusses the philosophical backgrounds of freedom of speech, from the perspective of what role the State should play in the regulation of speech. The question is relevant since philosophical positions such as perfectionism and republicanism accuse the prevailing liberal stance in national and foreign constitutional doctrine and jurisprudence of not providing adequate theoretical tools to address sensitive issues raised by the theme. Under this matter, lies a philosophical disagreement about what is the meaning of human freedom itself. To push the discussion further, the paper will

o significado da própria liberdade humana. A fim de aprofundar a discussão, o artigo repassará em tela as diferentes concepções da liberdade de expressão formuladas pela Teoria da Justiça, de modo a evidenciar sob quais argumentos cada corrente sustenta qual deve ser o papel do Estado na regulamentação do discurso. Ao final, será possível apontar as virtudes e defeitos de cada uma das respectivas concepções.

Palavras-chave:

Liberdade. Filosofia. Direito constitucional. Filosofia. Liberdade de expressão.

review the different concepts of freedom of expression formulated by the Theory of Justice, showing under what arguments each position supports what should be the role of the State in the regulation of discourse. In the end, it will be possible to point out virtues and problems of each position.

Keywords:

Freedom. Philosophy. Constitutional Law. Philosophy. Freedom of Speech.

1. INTRODUÇÃO

A principal premissa que sustenta a concepção liberal de justiça para a organização social é a primazia do respeito à liberdade individual pelo Estado. A partir do movimento constitucionalista que se seguiu ao sucesso das revoluções burguesas, diversos princípios liberais foram incorporados aos ordenamentos jurídicos modernos como corolário dessa premissa e formam, até os dias de hoje, o alicerce dos direitos fundamentais reconhecidos pelas sociedades do chamado 'mundo ocidental'.

Dentre esses princípios, encontra-se a liberdade de expressão, que consiste, em linhas gerais, no direito atribuído a indivíduos e a entidades coletivas – como associações da sociedade civil, congregações religiosas, veículos de comunicação, sindicatos e partidos políticos – de expressarem livremente suas opiniões científicas, artísticas e culturais, convicções religiosas, formas de vida, ideais políticos ou ainda visões de mundo acerca daquilo que se denomina uma doutrina moral abrangente, sem ser tolhido pelo Estado ou por terceiros. Reformulada sob o prisma deontológico, a liberdade de expressão é compreendida também como o dever imposto ao Estado de se manter neutro em relação às diferentes concepções acerca do bem.

Todavia, ao se tornar uma garantia constitucional, os tribunais precisam definir o significado e o alcance da proteção jurídica conferida pela liberdade de expressão em situações concretas, o que levanta permanentes debates em torno de posições opostas.

Em um extremo, situam-se aqueles que afirmam que a proteção à liberdade de expressão é absoluta, por conferir plena licença para a livre manifestação do discurso, salvo quando esta for responsável por acarretar um 'perigo real e imediato'. No outro, uma posição mais 'balanceada' (*balanced*), que defende a necessidade de se limitar certos discursos em nome da preservação de outros valores constitucionalmente relevantes, tais como a democracia e as demais liberdades constitucionais (LEWIS, 2007).

As posições assumidas nesse debate derivam da diversidade de significados atribuído à liberdade pelas correntes filosóficas que se debruçam sobre os princípios de justiça que devem reger a organização social – a chamada Teoria da Justiça. Atualmente, o tema tem

sido objeto de renovado debate tanto na Filosofia do Direito, como no Direito Constitucional, em razão do surgimento de questões que apresentam um desafio à tradicional posição liberal de regulamentação mínima do discurso, como a regulamentação das mídias de telecomunicação, o financiamento de campanhas eleitorais, os discursos de ódio, a colisão da liberdade de expressão com outros direitos fundamentais e os discursos simbólicos, apenas para citar alguns exemplos.

O artigo fornece uma visão panorâmica do debate, tomando como fio condutor a elucidação dos fundamentos filosóficos da liberdade de expressão construídos no interior das reflexões da Teoria da Justiça.

Para tanto, o trabalho se inicia com uma recapitulação das principais concepções de justiça contemporâneas que defendem um papel mínimo do Estado na regulamentação do discurso – do libertarianismo ultraliberal, passando pelo liberalismo construtivista até o utilitarismo de preferências racionais. Cada uma dessas concepções dá origem, respectivamente, aos três pilares que, em conjunto, formam a justificativa da liberdade de expressão: a expressão autônoma do indivíduo, o exercício do autogoverno e a busca da verdade a partir de uma competição entre doutrinas e visões de mundo concorrentes.

Em seguida, essas posições serão confrontadas com a crítica ao princípio da neutralidade do Estado formulada pelo perfeccionismo e pelo republicanismo.

A finalidade dessa reconstrução é: 1) identificar, em cada concepção de justiça, o status e o peso ocupado pelo princípio da liberdade na estrutura básica da sociedade; 2) realizar uma análise da coerência interna, virtudes e problemas de cada concepção no que diz respeito ao papel do Estado na regulamentação do discurso.

A discussão se justifica pelo fato de o debate público sobre a regulamentação do discurso sempre invocar o contra-argumento da censura, especialmente no Brasil (ROMÃO, 2010), o que frustra a construção de uma compreensão mais precisa e apurada da proteção constitucional conferida à liberdade de expressão.

A pesquisa que fundamenta a produção do presente artigo é eminentemente bibliográfica. Como fonte, serão utilizados textos que abordam o problema da liberdade de expressão, além das obras filosóficas e bibliografias secundárias que expõem o pensamento central das correntes tratadas. Ocasionalmente, serão feitas referências ao modo como determinada compreensão da liberdade de expressão, à luz de uma específica teoria, se manifesta na jurisprudência das cortes constitucionais brasileiras e estrangeiras sobre o tema.

2. EM DEFESA DE UMA PLENA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

2.1. O libertarianismo e a propriedade-de-si como fundamento da expressão autônoma da individualidade

No extremo dos vários espectros que compõem o pensamento liberal encontra-se o libertarianismo¹, corrente filosófica defensora de um amplo, pleno e radical exercício da liberdade de expressão por todos os atores sociais.

1 As concepções libertarianistas de justiça são herdeiras da tradição liberal clássica de pensadores como Hugo Grócio, John Locke e Adam Smith. Esmaecida e desconfigurada entre a segunda metade do séc. XIX e a primeira metade do séc. XX, os valores centrais do credo liberal foram retomados, em um primeiro momento, após a segunda guerra mundial e, com maior vigor, após a derrocada do Estado Social nos anos 1970-1980.

O 'libertarianismo' parte da premissa de que a liberdade individual constitui o valor central de uma organização econômica e social justa. Logo, uma sociedade realmente livre exigirá que o emprego da coerção estatal se limite ao mínimo necessário para a convivência social. Isso exige, por parte do Estado, respeito aos chamados 'direitos de propriedade', já estes que asseguram a manifestação livre e consciente da vontade – a chamada 'propriedade-de-si' – e a preservação daquilo que alguém legitimamente tornou-se dono – a propriedade sobre as coisas. Os direitos de propriedade formam a base da concepção libertária de justiça, pois protegem o indivíduo de coerções injustificadas sobre si próprio ou sobre seu patrimônio.

Os direitos de propriedade são definidos anteriormente às condições, ao contexto e à estrutura da sociedade, criando as 'regras do jogo' que coordenam a interação entre os indivíduos. Sob pena de abandonar a postura de neutralidade em favor de diferentes grupos sociais, ideologias ou modos de conduta individual, é terminantemente proibido ao Estado interferir no campo de ação criado pelos direitos de propriedade, exceto quando, obviamente, alguém limita ou tolhe, de modo coercitivo, o campo de ação alheio. Fora isso, o homem é soberano nas escolhas que faz com sua vontade livre.

Como consequência dessa autonomia radical, os direitos de propriedade garantem a cada indivíduo a capacidade de definir para si próprio os meios e modos de realização da felicidade pessoal. Por isso, uma sociedade libertarianista não admitirá que o Estado possa justificar a violação de direitos de liberdade do indivíduo ou de terceiros para que alguém seja feliz ou viva uma vida moralmente superior. Isso significaria subtrair do homem a faculdade de conduzir sua vida a sua própria maneira. Essa autonomia quanto às escolhas sobre como cada um leva sua vida torna o homem também responsável pelas consequências de suas ações. Isso vale para as questões mais abrangentes, como valores e crenças, projetos de vida ou opção sexual, bem como para escolhas bem mais triviais, como pilotar uma motocicleta sem capacete, se entorpecer com substâncias de abuso ou ainda se divertir com pornografia ou em cassinos e sites de apostas (FRIEDMAN, 1989)².

A visão geral do pensamento libertário reflete sua posição acerca da liberdade de expressão.

Para Rothbard (2010), por exemplo, o que se denomina 'direito à liberdade de expressão', é, na verdade, um desdobramento da teoria da propriedade-de-si trazida para o contexto das relações de comunicação social. Todo aquele que é proprietário de um meio de comunicação público, como um teatro, o salão de uma congregação ou uma emissora de televisão, detém a palavra final sobre o que pode ou não ser falado, exposto ou exibido³. Não

2 "The central idea of libertarianism is that people should be permitted to run their own lives as they wish. We totally reject the idea that people must be forcibly protected from themselves. A libertarian society would have no laws against drugs, gambling, pornography –and no compulsory seat belts in cars. We also reject the idea that people have an enforceable claim on others, for anything more than being left alone. A libertarian society would have no welfare, no Social Security system. People who wished to aid others would do so voluntarily through private charity, instead of using money collected by force from the taxpayers. People who wished to provide for their old age would do so through private insurance" (FRIEDMAN, 1989, p. 5).

3 A postura libertariana seria contrária, por exemplo, ao que foi decidido pela Suprema Corte Norte-Americana em *City of Renton vs. Playtime Theatres Inc*, em que foi reconhecida a constitucionalidade de uma Lei Municipal (*ordinance*) que proibia cinemas 'adultos' de se estabelecerem a pelo menos mil pés qualquer zona residencial, igreja, parque ou escola. A restrição implicaria manifesta violação ao direito de propriedade dos donos de cinemas de veicularem os tipos de filme que bem entenderem. Ao contrário, essa posição se identifica com a decisão proferida em *Pruneyard Shopping Center vs. Robins*, que reconheceu não ferir a liberdade de expressão a ação do proprietário de um *shopping center* privado que removeu de seu estabelecimento grupo sionista que divulgava sua mensagem nas áreas públicas do estabelecimento, em desacordo com suas políticas.

existiria, assim, um 'direito à liberdade de expressão', mas apenas o cumprimento lógico e coerente do direito de propriedade⁴.

Pornografia, obscenidades, violência, degradação humana e cultural, instigação às intolerâncias de toda ordem, mentiras, calúnia e difamação, enfim, nada do que possa vir a ser o teor da comunicação social estaria sujeito ao controle, restrição, limitação ou censura por parte do Estado.

As únicas ressalvas feitas pelos libertários como limites à comunicação pública são as possíveis violações a um outro direito de propriedade – como é o caso da divulgação de uma patente ou a realização de protesto em propriedade de outrem – ou quando o destinatário é forçado a participar da comunicação de modo coercitivo e contra a sua vontade. Como desdobramento, o libertarianismo sustenta também que ninguém será forçado a veicular um discurso com o qual não concorda, sob pena de interferência injusta no seu direito de propriedade-de-si⁵.

Nozick (1991) complementa o argumento libertário em favor da plena liberdade de expressão ao enfatizar, por outro lado, a perspectiva do indivíduo que se encontra sob domínio da intervenção estatal em uma eventual regulamentação do discurso. Segundo ele, há dois graves problemas com o emprego de comandos proibitivos à livre expressão por parte do Estado.

O primeiro ocorre quando o Estado justifica a proibição de um discurso a partir de um objetivo moral qualquer como um "bem" a ser alcançado. Esse "bem" se converte em uma meta de estado-final (*end-state*), isto é, em um determinado estado de coisas a ser produzido a partir da atuação estatal. O objetivo moral somente se realizará quando se verificar, no plano dos fatos, o estado de coisas que corresponde ao desejo moral estatal. Isso leva o Estado a recorrer a seu poder de coerção para impor restrições morais diretas e indiretas com vistas a alcançar a meta estabelecida⁶.

No caso das restrições indiretas, os destinatários da coerção estatal não são necessariamente os afetados pela 'política' desejada, o que leva a uma privação de parcela da liberdade de

4 "(...) uma pessoa não possui um 'direito à liberdade de expressão'; o que ela *possui* é o direito de alugar um salão e discursar para as pessoas que entrarem no espaço. Ela não possui um 'direito à liberdade de imprensa'; o que ela *possui* é o direito de escrever ou publicar um panfleto, e de vender este panfleto para aqueles que desejarem comprar (ou de distribuí-lo para aqueles que desejarem aceitá-lo). Deste modo, o que ela possui em cada um destes casos são direitos de propriedade, incluindo o direito de livre contrato e transferência que constituem uma parte destes direitos de posse. Não existe nenhum direito extra de 'liberdade de expressão' ou 'liberdade de imprensa' além dos direitos de propriedade que uma pessoa pode possuir em qualquer caso concebível" (ROTHBARD, 2010, p. 178).

5 Conforme relata Fiss (1996), foi essa compreensão libertarianista da liberdade de expressão que levou a Suprema Corte norte-americana a derrubar a 'doutrina da imparcialidade' (*Fairness Doctrine*) que durante muito tempo orientou a regulamentação da imprensa daquele país. Tal doutrina impunha aos meios de comunicação o dever de apresentar múltiplas e diferentes visões de um tema de interesse público, como forma de fomentar o 'direito à informação'. A *Fairness Doctrine* se origina na decisão do caso *Red Lion Vs FCC* e foi derrubada após um conjunto de decisões tomadas por uma composição de orientação mais conservadora da Suprema Corte nos anos 1980. Particularmente, o caso *Pacific Gas & Electric Vs Public Utilities Commission* (1986) explicitou a tese de que ninguém é obrigado a suportar um discurso contra a sua vontade ("the choice to speak includes within it the choice of what not to say").

6 Pense-se na hipótese, por exemplo, de um desejo por parte do Estado de desestimular a violência entre os jovens. O estado-final de coisas será alcançado quando se verificar uma redução da taxa de violência entre os jovens. Para tanto, o Estado pode, por exemplo, proibir o acesso de menores a armas de fogo (restrições diretas), como também impedir a circulação de discursos com teor excessivamente violento (restrições indiretas). Nesse último caso, todos os cidadãos sofrem uma redução em sua liberdade de ouvir um determinado tipo de discurso em nome de uma proteção destinada exclusivamente aos jovens.

todos os membros da sociedade em nome da produção de um estado de coisas que diz respeito a um grupo social específico⁷. A restrição a discursos com certos conteúdos, como os discursos de ódio, a pornografia ou a intolerância religiosa, seriam uma restrição desse tipo.

Na visão do libertarianismo, esse tipo de restrição representa uma limitação à liberdade geral do cidadão em escolher livremente suas ideologias, visões de mundo religiosas ou formas de lazer e entretenimento em prol da promoção de um estado de coisas desejado para um grupo menor. Isso produziria uma grave injustiça, já que ignoraria a premissa central de que cada indivíduo possui uma existência separada dos demais e que, portanto, nenhum sacrifício se justifica em nome de um bem social global⁸ (NOZICK, 1991).

O segundo e mais profundo questionamento denuncia que a postura paternalista do Estado de definir o certo e o errado sobre o que pode ser visto, ouvido e assistido na comunicação social viola diretamente a autonomia e racionalidade do homem.

A partir da metáfora da 'máquina da experiência', Nozick (1991) mostra que o valor da existência humana não reside tanto nas experiências que alguém possui ao longo da vida, por mais positivas e fascinantes que possam ser, mas sim no fato de que são genuinamente suas e não de alguém que as vive em seu lugar. Por essa razão, ao retirar do indivíduo o poder de escolha sobre como conduz sua vida, o Estado está a espoliá-lo de sua própria vida⁹. Sendo assim, não seria papel do Estado decidir em lugar do indivíduo quais são suas ideologias políticas, suas convicções religiosas, suas doutrinas morais abrangentes ou o que faz com seu tempo livre, por pior ou melhor que sejam aos olhos de outrem¹⁰.

Por ser uma posição filosófica que identifica a justiça com direitos de propriedade que antecedem e condicionam a organização social, não é surpresa constatar que o libertarianismo seja radicalmente contrário a todo e qualquer mecanismo de limitação da liberdade de expressão na sociedade. Trata-se de posição compatível com sua proposta de um Estado que intervenha o mínimo possível na regulação social.

Apesar de impopular no meio acadêmico, a visão proprietarista da liberdade de expressão defendida pelo libertarianismo encontra razoável eco enquanto substrato de fundamentação das decisões constitucionais acerca da liberdade de expressão, especialmente na

7 "Isso ainda exigiria que violássemos os direitos de alguém, quando fazê-lo minimizasse o volume total (ponderado) de violação de direitos na sociedade. Por exemplo, violar os direitos de alguém poderia desviar outros de suas intenções de violar gravemente direitos, ou eliminar seus motivos para assim proceder, ou orientar-lhe a atenção para outra direção e assim por diante" (NOZICK, 1991, p. 44).

8 "As restrições morais indiretas àquilo que podemos fazer reflete, em minha opinião, o fato de termos existências separadas. Ressaltam que nenhum ato de compensação moral pode ocorrer entre nós. Não há uma compensação moral a cargo de outros em nossa vida que leve a um bem social global maior. Nada justifica o sacrifício de um pelos demais" (NOZICK, 1991, p. 48).

9 Ação moral individual, livre-arbítrio e racionalidade são elementos componentes da vida humana que, reunidos constituem "um ser capaz de formular planos a longo prazo para sua vida, de considerar e decidir na base de princípios abstratos ou considerações que formula para si mesmo e, daí, não sendo apenas um brinquedo de estímulos imediatos, um ser que limita sua própria conduta de acordo com alguns princípios ou idéias que tem do que é uma vida correta é para si mesmo e para os demais e assim por diante" (NOZICK, 1991, p. 64).

10 É sob este argumento que em seu voto na ADI 2.404 o Ministro Dias Toffoli nega que a CRFB/88 possa restringir a veiculação de programas televisivos que não respeitam a classificação indicativa: "Não há, sequer, como defender a ideia paternalista de que, no caso da televisão aberta, e diante da dificuldade em se ter a presença dos pais o tempo todo ao lado dos filhos, se justificaria a proibição de transmitir a programação em horário diverso do classificado. **Ora, não é esse o sentido constitucional da classificação indicativa, e não é esse o papel do Estado**, que não deve atuar como **protagonista** na escolha do que deve ou não ser veiculado em determinado horário na televisão. Não deve o Poder Público, no afã de proteger *suposto* bem jurídico maior, intervir, censurar, ou dizer aos pais e aos responsáveis se determinada programação alcança ou não padrões de moralidade" (grifos do autor).

Suprema Corte norte americana (FISS, 1996; SUNSTEIN, 1993). Contudo, no interior do pensamento liberal, é possível verificar outras compreensões da liberdade de expressão que justificam com maior profundidade a defesa de uma ampla e plena manifestação do discurso.

2.2. O caráter público da liberdade de expressão no liberalismo político e o exercício do autogoverno

De um modo geral, todas as vertentes do pensamento liberal simpatizam com a visão moral dos argumentos libertários quando afirmam que a preservação da liberdade promove a autonomia humana. No entanto, a defesa mais consistente da liberdade de expressão no quadro do liberalismo não se dá no campo moral, mas sim no campo político.

Para toda uma linha de pensadores liberais, cujo expoente mais conhecido é John Rawls (2000), os direitos de liberdade tornam a sociedade a um só tempo justa e legítima, pois garantem a todos o igual convívio e participação na vida social e política, independentemente das visões de mundo e convicções que alguém possa ter.

O pensamento liberal parte da premissa de que, no mundo moderno, os centros que aglutinavam a experiência humana e padronizavam de modo universal e totalizante os valores comunitários sobre a ‘vida boa’ desapareceram (GALUPPO, 2001). Em seu lugar, indivíduos com diferentes ‘doutrinas abrangentes sobre o bem’ – isto é, com diferentes crenças religiosas, valores morais e ideologias políticas sobre quais são e como realizar tanto seus projetos pessoais de vida e como aqueles relativos à busca da felicidade – passaram a dividir um mesmo espaço social, inaugurando aquilo que se denomina ‘fato do pluralismo’ (VITA, 2009).

Para o liberalismo político, nesse novo contexto a justiça exigirá que o Estado se mantenha neutro em relação às diferentes concepções sobre o bem, abstendo-se de perseguir ou favorecer uma determinada visão de mundo em relação às demais. Para tanto, a estrutura básica da sociedade deve prever arranjos institucionais político-jurídicos em que se reconhece a todos o igual direito de viver de acordo com suas respectivas convicções sobre a ‘vida boa’, bem como de expressá-las livremente.

Desse modo, ainda que os indivíduos possam divergir em relação a suas concepções de bem, todos serão capazes de reconhecer a legitimidade desse esquema que permite o igual direito a todos de exercerem a sua liberdade (VITA, 2009). É justamente por isso que Rawls (2000) afirma que seres razoáveis e dotados de um senso de justiça elegeriam a liberdade como princípio central da organização social¹¹.

Logo, uma sociedade organizada segundo os ideais do liberalismo político protegerá de modo firme a liberdade de expressão. Segundo Rawls (2000), a proteção à livre manifes-

11 Refere-se aqui ao expediente da ‘posição original’ sustentado por Rawls e seu contratualismo metodológico. Na posição original, pessoas representativas dos diferentes grupos sociais recebem a tarefa de entrar em acordo quanto aos princípios fundamentais para a organização da estrutura básica da sociedade. Contudo, tais seres encontram-se limitados por uma condição denominada de ‘véu da ignorância’, que não lhes permite saber que posição ocuparão na sociedade após a escolha dos princípios. Segundo Rawls, esse estado de incerteza garante que os indivíduos não farão escolhas parciais ou que coloquem em risco o seu futuro particular ou o da sociedade (RAWLS, 2000). Com isso, os representantes reconheceriam que uma sociedade que prive a liberdade de alguns em detrimento do bem-estar dos demais não pode ser considerada uma sociedade justa. Além do princípio da liberdade, os seres representativos também adotariam o princípio da diferença, que estabelece que as desigualdades econômicas e sociais somente se justificam caso: a) mantenham abertas a todos o igual acesso a cargos e oportunidades; b) promovam a melhoria da condição dos menos favorecidos.

tação do pensamento faz parte do núcleo de direitos fundamentais que assegura a manutenção do consenso político por justaposição (*overlapping consensus*) sob o qual a sociedade se funda¹².

Nessa vertente do pensamento liberal, percebe-se claramente uma alteração morfológica na caracterização da liberdade de expressão.

Em primeiro lugar, ela deixa de ser tratada sob a perspectiva privatística de um direito de propriedade, que o indivíduo pode usar, gozar e dispor segundo sua vontade. Ao contrário, a liberdade de expressão assume o caráter de um direito de natureza tipicamente público. Sua razão de ser está em seu valor político de preservar a neutralidade do Estado em relação às diferentes formas de vida – e não em uma forma de vida moral superior às demais. Com isso a liberdade de expressão se torna, ainda, o alicerce do reconhecimento mútuo entre indivíduos com diferentes concepções abrangentes sobre o bem, o que possibilita que estes possam tolerar suas diferenças – vale frisar, de passagem, que a tolerância é uma das principais virtudes políticas a ser cultivada pelo cidadão de uma sociedade liberal.

Em segundo lugar, e por consequência, a liberdade de expressão deixa de ser um direito potestativo e absoluto, passível de ser imposto por um indivíduo aos demais cidadãos sob quaisquer circunstâncias. No liberalismo político, a liberdade de expressão se integra a um 'sistema plenamente adequado de liberdades' (RAWLS, 2000), igualmente desfrutado por todos os indivíduos e que está diretamente relacionado ao desenvolvimento das capacidades morais do senso de justiça e da formulação de uma concepção de bem.

Logo, o exercício da liberdade de expressão passa a ser analisado à luz de sua importância dentro do sistema de liberdades a ser igualmente desfrutado por todos os membros da sociedade¹³.

Portanto, se é certo que 'um sistema plenamente adequado de direitos de liberdade' assegura a indivíduos, associações civis e imprensa o direito à livre manifestação de discursos que expressam suas convicções sobre as formas mais adequadas de se buscar a felicidade e sobre concepções particulares de bem, isso não significa que essa liberdade seja absoluta. Especialmente quando o discurso conflita com direitos de liberdade alheios. Nesse caso, a solução passa por uma ponderação do peso e da importância de uma determinada liberdade para o desenvolvimento das capacidades morais do senso de justiça e da formulação de uma concepção de bem do indivíduo.

Isso pode fazer com que uma liberdade: a) deixe de contar com uma proteção especial em determinados contextos; b) sofra uma regulamentação relativa a tempo, lugar, meio e modo do seu exercício; c) seja, em situações extremas, interdita (RAWLS, 2000).

Sendo assim, mesmo no quadro de uma sociedade liberal, há uma clara abertura interpretativa para que a legislação e a jurisprudência das cortes constitucionais venham

12 "As liberdades políticas iguais e a liberdade de pensamento devem assegurar a aplicação livre e bem informada dos princípios de justiça, por meio do exercício pleno e efetivo do senso de justiça dos cidadãos, à estrutura básica da sociedade. Essas liberdades fundamentais requerem uma dada forma de regime democrático representativo e as necessárias proteções à liberdade de expressão política, de imprensa, liberdade de reunião e congêneres. A liberdade de consciência e a liberdade de associação devem assegurar a aplicação plena, bem-informada e efetiva das faculdades da razão deliberativa dos cidadãos para a formação, revisão e busca racional da realização de uma concepção do bem ao longo de toda a vida." (RAWLS, 2000, p. 392)

13 Dada essa organização das liberdades fundamentais, a noção de importância de uma determinada liberdade (...) pode ser explicada da seguinte forma: uma liberdade tem importância maior ou menor dependendo de seu envolvimento, num grau maior ou menor, no exercício pleno, bem-informado e efetivo das capacidades morais em um dos dois (ou em ambos) casos fundamentais, ou na medida em que é um meio institucional mais ou menos necessário para protegê-las. Assim, o peso de reivindicações específicas de liberdade de expressão, de imprensa e discussão deve ser avaliado de acordo com esse critério (RAWLS, 2000, p. 392).

a regulamentar, restringir ou até mesmo proibir certas formas de discurso. Trata-se, como diz Dworkin (1996), de uma reflexão acerca do melhor papel a ser desempenhado por tais instâncias políticas à luz de suas atribuições constitucionais.

O fio condutor dessa resposta será, nas palavras de Meiklejohn (1961), se o discurso decorrente do exercício da liberdade de expressão se presta a trazer para o debate público visões de mundo que auxiliarão o ideal do autogoverno (*self-government*), materializado por meio do fomento à democracia ou, ao contrário, não passa de um discurso que se vale da proteção constitucional para obliterar outras liberdades igualmente relevantes para a vida pública.

2.3. O utilitarismo de regras e a defesa da liberdade de expressão como 'melhor arcabouço institucional' para a organização social

Ao contrário do que se poderia esperar, uma das mais contundentes defesas da liberdade de expressão não é feita no quadro conceitual do pensamento liberal em sentido estrito. Em verdade, é na concepção utilitarista de justiça que ela encontrará uma de suas mais bem formuladas justificativas.

O utilitarismo é uma concepção moral e de justiça decorrente de uma visão radicalmente empirista sobre o mundo. Dessa premissa decorrem duas consequências.

Primeiro, o utilitarismo sustenta que nenhuma entidade metafísica – como o 'bem comum' ou os 'direitos naturais' – pode ser invocada como guia para a ação moral humana. De modo oposto, o utilitarismo defende que somente o aumento ou a diminuição nos níveis de felicidade – inicialmente entendida como prazer sensível, na formulação original de Jeremy Bentham, ou como bem-estar (*welfare*) em sua versão política moderna – serve de referência para ações consideradas como certas ou erradas, justas ou injustas.

Em segundo lugar, a abordagem empirista 'despersonaliza' a sociedade, isto é, nega que entes sociais ou coletivos possuam existência, identidade e autonomia próprias, distinta dos membros que a compõem. O utilitarismo rechaça, assim, a premissa aristotélica de que indivíduos possuem um vínculo orgânico ou natural entre si enquanto membros da sociedade. Ao contrário, para o utilitarismo, a 'sociedade' não passa de um 'corpo fictício', construído de modo abstrato pela imaginação humana e correspondente à somatória dos indivíduos que a integram (BENTHAM, 1970).

Seguindo essa lógica, o utilitarismo desenvolve o princípio da utilidade para apurar tanto a moralidade de ações individuais, como a justiça de leis e medidas governamentais. Esse princípio afirma que uma lei ou medida de governo será justa conforme sua capacidade de promover a maior quantidade de felicidade para o maior número de indivíduos da sociedade.

Evidencia-se, assim, uma das principais características da concepção utilitarista de justiça: juízos morais retiram sua correção das consequências ou resultados que produzem no mundo. O critério que afixa a moralidade das ações é a quantidade de prazer / dor que produzem / evitam. O utilitarismo não enxerga, portanto, nenhum elemento moral intrínseco nas ações humanas.

Com John Stuart Mill (2000), o pensamento utilitarista ganhou uma nova feição ao substituir a versão clássica do utilitarismo de prazer de J. Bentham pelo utilitarismo de preferências racionais. Essa versão mais refinada do utilitarismo elege como morais / justas as regras que melhor realizam os objetivos superiores de uma sociedade, em substituição ao critério da vontade psicológica ou do sentimento de felicidade produzido por uma lei

ou política governamental (MILL, 2000). Por 'objetivos superiores', Mill (2000) concebe aqueles que seres racionais reconhecem como capazes de produzir a maior quantidade de felicidade para o maior número de indivíduos no longo prazo. O critério da moralidade não é mais, portanto, a felicidade apurada a partir daquilo que os indivíduos de fato desejam, mas sim o que racionalmente desejariam.

Esse pano de fundo filosófico permitiu ao jurista e Ministro da Suprema Corte norte-americana Oliver Wendell Holmes desenvolver uma teoria que justifica a liberdade de expressão a partir da metáfora do mercado. Para Holmes, a utilidade da liberdade de expressão está em submeter as variadas ideologias políticas, concepções sobre o bem e visões de mundo a um amplo escrutínio, a fim de testar sua coerência, popularidade, força e validade no debate público.

A livre circulação de ideias teria um papel fundamental nas sociedades contemporâneas, já que submeteria toda sorte de crenças e convicções a um permanente confronto e possível revisão. Esse debate recorrente seria de extremo valor para a sociedade, pois não negaria voz a um discurso hoje considerado perigoso, subversivo ou radical, já que, no futuro, ele pode se tornar aceito e endossado pela maioria. Ou ainda, que as crenças e convicções hoje sustentadas serão ratificadas e fortalecidas ao superarem argumentos que lhe são contrários¹⁴.

O 'livre mercado de ideias' proporcionaria 'conquistas evolutivas' à sociedade por meio da circulação, intercâmbio e confronto de discursos, pois permite a busca pela verdade a longo prazo. Trata-se de uma defesa instrumental da liberdade de expressão cujo valor se encontra no resultado proporcionado – a possibilidade da permanente busca da verdade – e não em um valor social intrínseco que possa¹⁵.

14 Em *Abrams vs. United States* (1919), o próprio Holmes assim se manifestou: "If you have no doubt of your premises or your power and want a certain result with all your heart you naturally express your wishes in law and sweep away all opposition. To allow opposition by speech seems to indicate that you think the speech impotent, as when a man says that he has squared the circle, or that you do not care whole heartedly for the result, or that you doubt either your power or your premises. But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas—that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year if not every day we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system, I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country."

15 Essa tese é referendada em nossa jurisprudência constitucional nos argumentos extraídos do voto condutor da ADPF 130, do Min. Carlos Ayres Britto: "Nessa toada de inteligência constitucional da matéria, quem quer que seja pode dizer o que quer que seja, ao menos na linha de partida das coisas, pois a verdade, a beleza, a justiça e a bondade – só para citar os quatro valores por excelência da filosofia grega – podem depender dessa total apriorística liberdade de pensamento e de expressão para poder vir a lume. O possível conteúdo socialmente útil da obra a compensar eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. Não é de René Descartes a máxima de que não lhe impressionava o argumento de autoridade, mas, isto sim, a autoridade do argumento? Não é de Voltaire a sentença de que "não concordo com uma só das palavras que dizeis, mas defenderei até à morte o vosso direito de dize-las"? Sobremais, é no desfrute da total liberdade de manifestação do pensamento e de expressão lato sensu que se pode fazer de qualquer dogma um problema. Um objeto de reflexão e de intuição, para ver até que ponto o conhecimento tido por assente consubstancia, ou não, um valor em si mesmo. Para se perquirir, como o fizeram Galileu Galilei e Giordano Bruno, se determinado experimento ou uma dada teoria não passam de condicionamentos mentais, ou sociais, que nada têm a ver com as leis da natureza ou com a evolução espiritual da humanidade" (BRASIL, 2009).

Se, por um lado, as três concepções de justiça favoráveis à ampla liberdade de expressão apresentam divergências quanto à fundamentação filosófica fornecida, por outro, todas reconhecem a relevância, o destaque e a supremacia desse direito na organização social. Como mostra Fiss (1996), a imagem da liberdade de expressão construída por essas três teorias se ajusta bem às situações em que a atuação do Estado sufoca a liberdade de expressão em nome de interesses coletivos morais superiores¹⁶. Nesse caso, o ente político é caricaturado como o vilão que busca tolher o caráter plural e o potencial criativo da sociedade.

Todavia, ainda segundo Fiss (1996), há uma série de questões envolvendo a liberdade de expressão que não se limitam apenas a esse viés. Situações como o discurso de ódio, em que o discurso acarreta violência a outrem em sua condição racial, social e de gênero, ou a interferência do poder econômico nas eleições, em que a disparidade de recursos promove um desequilíbrio na capacidade dos candidatos de se fazerem ouvir no debate político, não são resolvidas simplesmente pelo apelo à resposta tradicional de que o problema da liberdade de expressão se resolve com mais liberdade. Em tais temáticas, e em muitas outras, o excesso de discurso pode ser nocivo e corrosivo à sociedade, por violar de modo contundente e irreversível direitos tão fundamentais como a própria liberdade. É o que se verá a seguir.

3. REPENSANDO A PRIMAZIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O predomínio do discurso liberal no pensamento e na prática política ao longo dos anos 1970 deu origem a um frutífero debate em que diferentes perspectivas teóricas teceram críticas aos postulados defendidos pelo liberalismo como base para a organização social¹⁷.

Desse debate, duas concepções de justiça particularmente se destacaram por apresentarem sérios desafios ao projeto liberal. Ao atacar o núcleo central das concepções liberais de justiça, tanto o republicanismo como o perfeccionismo lançaram também uma profunda reflexão sobre os problemas levantados pelo exercício irrestrito e ilimitado da liberdade de expressão. Como consequência, essas concepções se posicionam como favoráveis à regulamentação do discurso pelo Estado quando a liberdade de expressão se torna nociva à sociedade.

3.1. O perfeccionismo e o resgate do caráter ético das instituições sociais

O ponto de partida do perfeccionismo é o questionamento ao postulado liberal de que o justo precede o bem, isto é, que os direitos que asseguram o desenvolvimento da

16 Nos primórdios da jurisprudência americana sobre a liberdade de expressão, prevalecia a doutrina da 'tendência negativa' (*bad tendency*), segundo a qual todo discurso que contrariasse os interesses do estado ou os valores morais da coletividade não gozaria da proteção conferida pela primeira emenda. Toda jurisprudência favorável à desregulamentação do discurso construída a partir de Holmes e Brandeis nasce como reação à doutrina da *bad tendency*, a fim de retirar do Estado o poder de deter a palavra final sobre o que pode e o que não pode ser dito (WERHAM, 2004).

17 Ao final dos anos 1980, os debates sobre a teoria da justiça foram polarizados por um conjunto de reações à hegemonia do pensamento liberal que, à época, convencionou-se chamar 'crítica comunitarista'. No bojo dessa denominação, se encontram os pensadores referidos tanto no perfeccionismo, como no republicanismo, além dos comunitaristas propriamente ditos. Todavia, uma reflexão mais profunda sobre a intitulada 'crítica comunitarista' revelou que as correntes merecem ser distinguidas entre si, cada uma com sua própria peculiaridade quanto aos fundamentos filosóficos e, portanto, merecedora de uma denominação mais precisa. Esse esclarecimento se encontra em Sandel (2010).

personalidade do indivíduo não podem ser estabelecidos levando-se em conta uma determinada concepção do que seria a vida boa.

Como visto, para o liberalismo a sociedade deve contar com um conjunto de liberdades que permita a cada um desenvolver a sua própria noção de bem. E para que isso seja possível, o Estado não deve promover, nem banir uma concepção específica de vida boa. Isso exige que ele se mantenha neutro em relação a como cada indivíduo concebe o que é a felicidade e aos modos como vive e realiza seus projetos pessoais. Justamente nesse ponto reside a crítica perfeccionista à concepção liberal de sociedade justa.

O perfeccionismo demonstra que o primado da liberdade que hoje se verifica nas sociedades modernas não é fruto de uma fundamentação lógico-racional com validade universal, como quer o liberalismo em suas diferentes vertentes. Ao contrário, a hipervalorização da liberdade é decorrência de uma visão filosófica de um determinado momento histórico – o denominado ‘projeto do iluminismo’ – que deixou de pressupor que a natureza humana possui uma essência final ou um *telos* (MACINTYRE, 2007).

Segundo o perfeccionismo, esse projeto está inevitavelmente fadado ao fracasso. Isso se manifesta, particularmente, nas narrativas construídas para fundamentar a justiça da organização social a partir da premissa da neutralidade do Estado em relação às concepções de vida boa, pois aquilo que faz com que a sociedade seja justa da perspectiva liberal, acaba tendo o potencial de promover e perpetuar instituições sociais profundamente injustas.

Para o perfeccionismo, o debate moderno sobre a justiça se limitou a uma análise do melhor arranjo institucional entre o respeito à liberdade e a promoção do bem-estar (SANDEL, 2011). Isso fez com que considerações sobre a virtude moral das formas de vida permitidas ou promovidas por leis e políticas públicas deixassem de fazer parte do debate público sobre a justiça – afinal o Estado deveria manter uma postura de neutralidade face a estas questões. Por conseguinte, ficou em segundo plano a própria ideia de que a conformação das instituições sociais devesse ser orientada para realizar formas de vida éticas.

Segundo o liberalismo, apenas os princípios de justiça estabelecem os limites do convívio social. Logo, desde que uma determinada forma de vida respeite os direitos de liberdade alheios, ela é, por si só, permitida e aceita. Isso basta em uma sociedade em que não há consensos sobre a superioridade moral de uma forma de vida sobre outra. Entretanto, para o perfeccionismo, essa perspectiva empobrece e mascara o debate sobre a justiça.

A ausência de reflexão sobre a existência de formas de vida moralmente (in)desejáveis leva à permissividade quanto a comportamentos manifestamente detratores da dignidade humana. Com isso, o perfeccionismo afirma que uma sociedade cujas instituições sociais ou não cultivam ou são, ao menos, indiferentes, a um senso mínimo de ética, não pode ser chamada de justa.

O perfeccionismo resgata a teleologia do pensamento ético-político de Aristóteles e sua ideia de que a essência da justiça e das instituições sociais é revelada a partir de uma investigação sobre o seu *telos* ou ‘causa final’. Isso significa que indagar pela mais adequada configuração normativa de uma determinada instituição social depende de um debate público que discute o *telos*, isto é, a função, o propósito ou a finalidade dessa instituição na sociedade. Por essa razão, a melhor organização social não é necessariamente aquela que sobrepõe os direitos de liberdade em relação a outros bens primários igualmente relevantes, como o bem-estar ou a virtude.

Por mais relevante que a liberdade seja nas sociedades contemporâneas, o perfeccionismo recusa a resposta pronta do liberalismo de que os direitos de liberdade devem prevalecer na organização social sob quaisquer condições (SANDEL, 2011). Um compromisso sincero com a justiça exigirá que a conformação das instituições sociais depende de uma

investigação sobre o seu potencial em promover os três bens sociais acima citados – liberdade, bem-estar e virtude – de modo a se contribuir com a constituição de uma sociedade de fato digna de se viver.

Acima, chamou-se atenção para o fato de que as concepções liberais de justiça ignoram a relação entre a ética e a justiça. Isso somente se corrige à medida que as instituições sociais sejam capazes de reconhecer o mérito de comportamentos considerados virtuosos, isto é, bons para a comunidade. Somente assim elas criam condições para o desenvolvimento de um senso de vida ética na comunidade.

Tem-se, com isso, um duplo efeito: de um lado, ao fazer uma distinção entre comportamentos moralmente sadios e degradantes, o Estado cumpre seu papel de estimular formas de vida responsáveis por produzir uma comunidade digna de se viver e preocupada com a realização de determinados fins sociais que direta ou indiretamente afetam positivamente o destino de cada um¹⁸. De outro, os cidadãos são ensinados a desenvolver um senso de dever cívico, no qual valorizam antes as conquistas desfrutadas coletivamente do que a felicidade da realização de interesses egoístas (TAYLOR, 2000).

Forma-se, assim, um círculo virtuoso em que o desenvolvimento de instituições éticas promove cidadãos mais preocupados com os destinos da coletividade, o que, por sua vez, reforça essas próprias instituições, por meio de um engajamento dos cidadãos nas questões de interesse comum.

Por tudo isso, fica evidente como o perfeccionismo questiona a premissa de que o Estado deve manter uma postura de neutralidade em relação às diferentes formas de vida, considerando todas como igualmente aceitas diante do fato do pluralismo.

De modo radicalmente diverso, o perfeccionismo defende que valores morais sustentados em razão das diferentes concepções de vida boa devem ser levados em consideração na hora de identificar comportamentos manifestamente detratores de uma vida ética. Ao invés de recusar o debate sobre a superioridade moral de uma concepção sobre outra, em razão da postura de neutralidade, o perfeccionismo sugere que o Estado deve fomentar um debate público que testa a racionalidade das diferentes pretensões. Uma vez que cada concepção de vida boa levanta argumentos morais que defendem sua postura sobre um determinado tema, é possível confrontá-las a partir de seus fundamentos. Ao final, estaremos aptos a reconhecer quais formas de vida são ou não injustas¹⁹.

Vale frisar que isso não significa necessariamente que o Estado deva assumir uma postura moralista ou paternalista, que elege certos projetos éticos e define o que é melhor para o indivíduo em seu lugar. Apenas que certos comportamentos que não se justificam à luz do *telos* de uma determinada instituição social – que, repita-se, encontra-se aberto a um permanente debate público – não serão tolerados.

18 É preciso frisar aqui que o perfeccionismo não recorre à regra da escolha majoritária para definir o que seriam os comportamentos moralmente desejados pela comunidade, como propõe o utilitarismo de preferências. Trata-se, antes, de uma reflexão que se situa no campo das preferências racionais daquilo que é bom para a comunidade e não para um grupo específico de indivíduos que, majoritariamente, compartilha um mesmo ideal de vida.

19 Sandel (2012), em especial, mostra como as sociedades contemporâneas possuem instituições sociais altamente injustas por se assentarem na ideia de que o Estado deve se manter neutro em relação às diferentes formas de vida levadas por cada um dos indivíduos. Dentro de um quadro de organização social que privilegia a liberdade individual e o livre-mercado como modo mais adequado de se distribuir e alocar recursos a fim de se produzir bem-estar, a sociedade permite uma série de comportamentos degradantes de uma vida ética a partir do poder altamente corrosivo do dinheiro.

Esse debate ilustra como liberalismo e perfeccionismo se posicionam em relação ao problema da liberdade de expressão. O liberalismo, por exemplo, rejeita a ideia de que mesmo discursos profundamente degradantes e detratores de uma vida ética – como os discursos de ódio, por exemplo – possam sofrer qualquer tipo de restrição, salvo nos casos extremos de produzirem um 'perigo real e imediato'²⁰. Fora isso, são expressão da autonomia do sujeito, um valor que, por si só, deve ser preservado. Não cabe, portanto, ao Estado promover ou censurar tais discursos, sob pena de ofensa à premissa da neutralidade.

Da perspectiva perfeccionista, ao contrário, antes de se formular uma resposta apresada ao problema a partir do cânone da liberdade, é preciso submeter a questão ao escrutínio de um debate público que indagará pela relevância moral do bem constituído pela própria liberdade de expressão, instituição social em questão. Isso implicará, inevitavelmente, que se recorra a juízos morais substantivos que ponderam a importância geral do discurso professado, a fim de se atribuir a ele, de modo justificado, a proteção própria da liberdade de expressão²¹.

Note-se, portanto, que o perfeccionismo não é de modo algum contrário a uma organização social construída em torno de direitos de liberdade, como é o caso da liberdade de expressão. Prega apenas que esses direitos não gozam de relevância absoluta a ponto de se autorizar que o debate público não seja permeado por juízos morais substantivos que avaliam se os discursos merecem ou não a proteção própria da liberdade de expressão.

Desse modo, ao invés de sustentar uma organização social construída *a priori* por sujeitos abstratos, condicionados por um 'véu da ignorância', o perfeccionismo afirma que a conformação de instituições sociais será mais justa se incorporar as visões de indivíduos e grupos sociais que as vivenciarão e se submeterão às suas diretrizes normativas.

A ausência de um eventual acordo em relação ao debate moral levantado não é necessariamente um problema. Ao menos a discussão estimulará as partes a justificarem suas pretensões sobre bases racionais, permitindo o reconhecimento recíproco da força de cada um dos argumentos. Aí reside, justamente, a força do perfeccionismo: de um lado permite que questões sensíveis da sociedade, relacionadas à moralidade das instituições, sejam de fato discutidas e debatidas em uma arena pública; de outro, que as deliberações e conclusões a que chegam possuem maior densidade do ponto de vista filosófico, já que são aceitas

20 A doutrina do 'perigo real e imediato' foi formulada por Oliver Wendell Holmes em seus votos do início do século XX que definiram a configuração da liberdade de expressão na jurisprudência constitucional norte americana. No caso *Schenck vs. United States* (1919), Holmes argumentou que a restrição à liberdade de expressão somente se justifica em situações em que o uso do discurso se presta a impelir um 'mal substantivo', verificado a partir das circunstâncias concretas em que o mesmo foi proferido: "The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. It does not even protect a man from an injunction against uttering words that may have all the effect of force. The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree".

21 É como Sandel (2010, p. 17) explica ao tratar a diferença de proteção merecida pelos discursos neonazistas e antissegregacionistas: "O fundamento mais óbvio da distinção entre estes dois casos prende-se com o facto de os neonazis promoverem o genocídio e o ódio, enquanto que Martin Luther King Jr. procurava direitos civis para os negros. A diferença entre ambos reside no conteúdo do discurso, na natureza da causa que promovem. Existe ainda uma diferença relativamente ao valor moral das comunidades cuja integridade se encontra em causa. As memórias partilhadas pelos sobreviventes do Holocausto merecem uma deferência moral, o que não se verifica relativamente à solidariedade entre os segregacionistas. Distinções morais como estas correspondem ao bom senso, mas não à versão do liberalismo que afirma a prioridade do justo sobre o bom, nem à versão do comunitarismo que baseia o argumento quanto a direitos apenas nos valores comuns".

por seu conteúdo racional e não pela simples ideia de que sobre elas não se deve discutir (SANDEL, 2010).

3.2. O republicanismo e a redescoberta do sentido da liberdade

Enquanto o perfeccionismo critica as teorias liberais por colocarem a liberdade acima do bem-estar e, principalmente, da virtude na construção dos princípios de justiça para a organização social, o republicanismo adota um caminho diverso. Seu questionamento se dirige à própria noção de liberdade sustentada pelas concepções ditas ‘liberais’, sejam elas o liberalismo rawlsiano, o libertarianismo ou o utilitarismo liberal de Mill.

Segundo o republicanismo, todas essas concepções entendem a liberdade a partir de sua dimensão ‘negativa’, isto é, como ausência de interferência na manifestação da vontade individual. Da perspectiva liberal, indivíduos seriam livres quando a expressão de seu desejo fosse respeitada pelo Estado ou por terceiros. Portanto, somente haverá ausência de liberdade quando uma ação coercitiva impedir, proibir ou limitar o exercício da autonomia.

Fruto de uma visão mecanicista própria dos séculos XVI e XVII, o conceito ‘negativo’ de liberdade imprime-lhe um caráter naturalístico, volitivo, privatístico, proprietarista e individualista (HONNETH, 2014). Para o republicanismo, entretanto, o significado original e correto da liberdade remonta à noção de *libertas* forjada no período da República de Roma. Trata-se do indivíduo que não se submete ao *dominus* de outrem e que, portanto, participa de modo livre na vida política da cidade²² (*civitas*) (PETTIT, 2014).

Segundo o republicanismo, o verdadeiro sentido da liberdade é representado pela imagem de alguém que é senhor do seu próprio destino. Philip Pettit (2014, p.260) o descreve a partir da expressão ‘*free reins*’:

A common metaphor suggests that you are free insofar as you are given free rein in your choices. If you have all the leeway or latitude you could wish for, if you enjoy carte blanche in determining how the act, then by this suggestion you enjoy freedom in the fullest measure. The phrase “free rein” is drawn from horse-riding. When a rider lets the rein hang loose, the horse enjoys free rein: it can go in whatever direction it wishes. When you are given free rein, so the metaphor suggests, you too can take whatever path you choose: you are under no else’s operative control.

Essa concepção de liberdade não se realiza na chamada ‘liberdade natural’, pois nessa seara os indivíduos são radicalmente desiguais e, portanto, sujeitos ao domínio por outrem.

O republicanismo desmistifica a ideia de que quanto mais ausente o Estado, mais haverá liberdade, já que a omissão estatal permite a reintrodução do desequilíbrio natural que desnivela os homens. Apenas no interior de uma sociedade política a lei torna as pessoas iguais na condição de cidadãos, tão soberanos como os mais fortes, mais habilidosos ou mais ricos. Consequentemente, a liberdade não é um lugar privado em que se evita a presença do Estado, nem um trunfo contra a regulamentação política da sociedade. Toda vida social, pública ou privada, é regida pelas leis do Estado e os arranjos institucionais que estabelecem os direitos de liberdade são opções de um tipo de organização desejado pelo

22 Essa noção de que a liberdade se relaciona à participação ativa nas questões políticas da cidade e na ideia que os cidadãos somente são livres a partir da lei encontra eco também na reflexão de Maquiavel e no pensamento dos puritanos ingleses e norte-americanos dos séculos XVII e XVIII.

Estado para perfazer a liberdade política. A liberdade natural simplesmente desaparece na vida política (SUNSTEIN, 1993). Quanto mais as diferenças naturais forem niveladas, mais os cidadãos terão liberdade irrestrita (*free reins*) para realizar escolhas políticas dentre alternativas reais de expressão de suas opiniões e interesses.

O republicanismo também associa o ideal de liberdade ao ideal democrático, a partir da ideia do autogoverno²³ (*self-government*). Haverá liberdade se todos forem considerados iguais no processo de deliberação política, tanto no momento de formação da vontade coletiva, como no momento de realização das escolhas.

Isso implica, de um lado, que as instituições assegurem aos diferentes grupos sociais que suas opiniões e visões de mundo façam parte do debate público que antecede às deliberações políticas. De outro, que a lei regulamente o processo político de modo que cada cidadão se reconheça como tendo igual poder ao outro (*'one man, one vote'*) e não que o resultado da política seja controlado por determinados grupos de poder.

Nesse sentido, a conformação da liberdade de expressão adquire uma particular relevância para a justiça segundo o republicanismo. A lógica do 'livre mercado de ideias' que inspira a regulamentação da liberdade de expressão nas principais democracias contemporâneas ainda se assenta na distinção entre liberdade natural e liberdade política.

Com isso, o Estado é visto como inimigo da liberdade, na medida em que toda tentativa de regulamentação do discurso para se promover o ideal democrático de uma sociedade livre acaba sendo rejeitada sob o rótulo de limitação da autonomia privada, manipulação política ou censura ideológica. Mais ainda, distorções quanto ao poder dos grupos sociais para exporem suas ideias – pela propriedade privada das mídias de comunicação em massa ou pela riqueza em geral – são compatíveis com a liberdade de expressão por serem o reflexo da chamada liberdade natural. Desse modo, amplia-se o risco de permitir que certos grupos sociais determinem o processo de deliberação política, já que terão condições mais favoráveis de imporem suas ideias perante a opinião pública, ferindo, assim, a equidade necessária à preservação da democracia (FISS, 1996; SUNSTEIN, 1993).

Se um 'livre mercado de ideias' não é o caminho mais adequado para o exercício de uma liberdade de expressão que favorece a equidade política, a correção dessa distorção passa justamente pela regulamentação jurídica estatal – à semelhança da regulamentação do mercado pelo *New Deal* após o esfacelamento da economia sob os cânones do *laissez-faire* (SUNSTEIN, 1993). Isso não implica necessariamente tolher o discurso de alguém. Trata-se, antes de dar ouvidos aos discursos silenciados em razão da desigualdade econômica, política e social. Somente assim, o ideal do autogoverno no qual todos, de fato, contam no processo político, terá condições de se realizar.

O contraste entre a perspectiva liberal e republicana fica evidente ao se analisar como ambas tratam os processos de formação da opinião pública – especialmente em temas como o financiamento privado de campanhas eleitorais ou o acesso à diversidade de informação nos editoriais dos meios de comunicação. Dentro da lógica do livre mercado de ideias, o poder econômico não sofrerá nenhum tipo de restrição em direcionar aquilo que se torna o discurso disponível para a opinião pública. Seja por interesse direto daqueles que formulam o discurso, seja por interesse indireto de patrocinadores que se beneficiam da audiência, os

23 Tanto o republicanismo, como o liberalismo político recorrem ao ideal do autogoverno para expressarem o significado de uma sociedade livre. A diferença está no fato de que, para o liberalismo político, o autogoverno se realiza com a igual possibilidade de todos contribuírem na arena pública para a formação da vontade política (MEIKLEJOHN, 1961). Já o republicanismo vai além, e sustenta que o ideal do autogoverno exige também que a equidade política esteja presente nos processos de tomada de decisão, assegurando a todos uma igual oportunidade de se fazerem ouvir (SUNSTEIN, 1993).

meios de comunicação não são, de fato, ‘livres’ para escolher aquilo que transmitirão em sua programação, já que subordinados a tais interesses.

Coloca-se em risco, assim, o processo democrático que culmina no exercício do autogoverno, já que a opinião pública está sujeita a não ter acesso a uma visão plural e diversificada sobre os temas de interesse geral²⁴.

Por outro lado, ao se eliminar a oposição entre liberdade natural e intervenção estatal e se adotar a premissa de que toda liberdade somente é possível no interior da sociedade política, torna-se claro que são os modelos de regulamentação das instituições sociais – por meio da legislação, das políticas públicas e das decisões dos tribunais – que expandem ou limitam a liberdade de expressão dos diferentes grupos sociais.

Quando, por exemplo, o modelo proprietarista do livre mercado de ideias exclui o direito de manifestação de grupos ou economicamente vulneráveis, ou cujo discurso não agrada à audiência das mídias de telecomunicação, não se está diante da ampla liberdade de expressão pregada pelo liberalismo. Grupos minoritários da sociedade não têm condições de exprimirem suas opiniões no debate público e, portanto, não contribuem para o processo de formação da opinião pública.

O que o republicanismo defende é justamente uma reflexão sobre o modelo de regulamentação da liberdade de expressão que, de fato, proporciona a equidade política exigida pelo ideal democrático, ainda que isso implique a interferência em certos direitos de propriedade²⁵.

Isso não significa impedir que os indivíduos expressem livremente suas opiniões, a partir dos meios de comunicação que lhe estão disponíveis. Exige apenas que o instituto da liberdade de expressão seja regulamentado de tal modo que discursos contrários ou diferentes da opinião majoritária tenham também a oportunidade de expor suas razões, argumentos e pontos-de-vista²⁶. A diversidade no acesso à informação permite ao cidadão construir melhor suas ideias e posições sobre as questões de interesse público, fortalecendo, assim, o ideal do autogoverno associado à liberdade de expressão.

24 If anything like this is so, a large part of the problem for the system of free expression is the governmental grant of legal protection – rights of exclusive use – to large institutions that dominate speech processes. The government licenses television channels, and it confers rights of exclusion. Under plausible factual assumptions, both political deliberation and political equality are thereby compromised. There is not enough in the way of political deliberation, for there is too little attention to public issues and too little diversity of view. There cannot be political equality, because access to popular channels of communication is made a function of the amount of resources that people have and the amount of resources are willing to pay for time featuring the speech in question (SUNSTEIN, 1993, p. 40).

25 "What I want to suggest here is, first and foremost, that legal rules designed to promote freedom of speech should not be invalidated if their purposes and effects are constitutionally valid, even if they conspicuously intrude on the rights of some property owners and even some speakers. The issue of constitutional validity should be assessed in Madisonian terms: Do the rules promote greater attention to public issues? Do they ensure greater diversity of views?" (SUNSTEIN, 1993, p. 37)

26 Sunstein (1993) defende, por exemplo, que regulamentações que limitam o financiamento privado de campanha ou que impõe às empresas de telecomunicação reservarem tempo de programação para tratar temas de interesse público de modo honesto equitativo e equilibrado não ferem a Primeira Emenda à Constituição norte-americana que trata da liberdade de expressão. Ao contrário, tais regulamentações promovem o sentido ‘madisoniano’ da liberdade de expressão, segundo o qual uma verdadeira democracia se constrói a partir da premissa de que a função da liberdade de expressão é, antes de mais nada, permitir que o cidadão possa examinar livremente as diferentes visões de mundo existentes e, então, fazer escolhas plenamente conscientes nos processos deliberativos instituídos na sociedade. Desse modo, realizar-se-á o ideal de autogoverno que culmina em uma verdadeira soberania popular.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se percebe desse panorama traçado sobre a postura do Estado diante da liberdade de expressão a partir das diferentes concepções de justiça para a organização social é que há muito mais sobre a temática do que um olhar superficial é capaz de capturar.

As posições favoráveis a uma ampla e irrestrita liberdade de expressão o fazem a partir de diferentes fundamentos filosóficos e têm em comum apenas o resultado, isto é, o fato de defenderem uma regulamentação nula ou mínima do discurso pelo Estado.

Como visto, os argumentos empregados pelas correntes como alicerce para sustentarem suas posições partem de premissas e fundamentos completamente distintos entre si. São incomensuráveis, por exemplo, a concepção de liberdade defendida pelo libertarianismo e a posição assumida pelo liberalismo político rawlsiano. Enquanto aquela pressupõe uma liberdade de feição individualista e proprietarista, que se presta a consagrar a expressão autonomia humana, esta afirma que os direitos de liberdade têm um caráter público e são indispensáveis para a justificação política do Estado, por criar as condições que permitem o autogoverno por meio de uma opinião pública plural.

Do mesmo modo, quando se debruça sobre a doutrina do 'livre mercado de ideias' defendido por Holmes, torna-se evidente o caráter consequencialista dessa posição. O fundamento da liberdade de expressão reside exclusivamente no benefício social desfrutado pela possibilidade de se manter aberta a busca pela verdade a longo prazo. Ao contrário, o libertarianismo e o liberalismo político assumem posições ditas 'deontológicas' sobre o papel da liberdade. É de se indagar se essa postura consequencialista do 'livre mercado de ideias' seria forte o suficiente para resistir a um chamado de regulamentação do discurso quando o benefício social deixar de se mostrar superior aos olhos do legislador ou dos tribunais.

Por outro lado, do confronto entre as concepções liberais com aquelas favoráveis à regulamentação do discurso pelo Estado, não se evidencia um argumento filosófico decisivo, capaz de sobrepor uma perante as demais. É possível igualmente reconhecer o peso do argumento libertarianista – baseado no fato de termos 'existências separadas' – que o Estado não está justificado a cercear o discurso de alguém em nome da promoção de objetivos sociais e, ao mesmo tempo, a posição que invoca a intervenção estatal sobre a propriedade como forma de promover a diversidade do discurso, como mostra a crítica do republicanismo.

De maneira semelhante, se a crítica comunitarista identificou corretamente que o princípio da neutralidade fragiliza o argumento liberal de que a postura de abstenção do Estado lhe confere legitimidade, também não é livre de questionamentos sua afirmação alternativa de que um debate público seria capaz de distinguir os discursos dignos de proteção daqueles que merecem ser proibidos.

Nem mesmo a consagrada doutrina do 'livre mercado de ideias', que funciona há praticamente um século como o parâmetro de compreensão da liberdade de expressão, pode ser considerada um porto seguro para o debate. Ao contrário, tanto o republicanismo, como o comunitarismo questionam-na em seu próprio campo. Se o fundamento do livre mercado de ideias é proporcionar uma sociedade melhor '*in the long run*', a permissividade em relação a discursos perniciosos à dinâmica social, como os discursos de ódio, não justificaria o respeito imaculado à liberdade de expressão que ela prega.

Sendo assim, ao se repassar em tela os fundamentos filosóficos que amparam as diferentes compreensões sobre o sentido da proteção constitucional à liberdade de expressão, pretendeu-se aprofundar a reflexão sobre a temática e promover um debate que supere a visão simplista de que toda e qualquer discussão que aponte para uma possível regulamentação do discurso pelo Estado se confunda pura e simplesmente com a censura.

Afinal, da perspectiva filosófica, para que se possa defender criticamente uma postura intervencionista ou não intervencionista em questões como os discursos de ódio, o financiamento de campanhas, a regulamentação das mídias ou a colisão com outros direitos fundamentais, antes de interditar ou liberar o discurso a partir de cânones e dogmas, é preciso defender a posição que se sustenta a partir de bons argumentos, seja ela qual for.

REFERÊNCIAS

- BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to The Principles of Morals and Legislation**. Darien: Hafner, 1970. 378p.
- DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University, 1996.
- FISS, Owen M. **The Irony of Free Speech**. Cambridge: Harvard University, 1996.
- FRIEDMAN, David. **The Machinery of Freedom: guide to a radical capitalism**. 2.ed. New York: Open Court, 1989.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica Constitucional e Pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional: estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 47-65.
- HONNETH, Axel. **Freedom's Right: The Social Foundation of Democratic Life**. Cambridge: Polity, 2014.
- LEWIS, Anthony. **Freedom for the Thought That We Hate: A Biography of the First Amendment**. New York: Basic, 2007.
- MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue: A Study in Moral Theory**. 3.ed. Notre Dame: University of Notre Dame, 2007.
- MEIKLEJOHN, Alexander. The First Amendment is an absolute. **The Supreme Court Review**. University of Chicago, Chicago, Vol. 1961, p. 245-266. 1961. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3108719>>. Acesso em: 10 out. 2016.
- MILL, John Stuart. **A Liberdade / Utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.
- PETTIT, Philip. **Just Freedom: A moral compass for a complex world**. New York: Norton & Company, 2014.
- RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2.ed. São Paulo: Ática, 2000.
- ROMÃO, José Eduardo Elias. **Pedra na funda: classificação indicativa contra a ditadura da indústria da comunicação**. 2010. 310f. Tese (doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2010.
- ROTHBARD, Murray N. **A ética da liberdade**. São Paulo: Mises Brasil, 2010.
- SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa?** 4.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

- SANDEL, Michael J. **O liberalismo e os limites da justiça**. 2.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010.
- SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SUNSTEIN, Cass R. **Democracy and the problem of free speech**. New York: Free Press, 1993.
- TAYLOR, Charles. Propósitos entrelaçados: o debate liberal-comunitário. In: TAYLOR, Charles. **Argumentos Filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000. p. 197-220.
- VITA, Álvaro de. Sociedade democrática e tolerância liberal. **Revista Novos Estudos**, CEBRAP, São Paulo, nº 84, p. 61-81. jul. 2009.
- WERHAN, Keith. **Freedom of Speech**. A Reference Guide do the United States Constitution. Praeger: Westport, 2004. Col. Reference Guides to the United States Constitution. Nº 12.

Daniel Vieira Sarapu

Daniel_sarapu@hotmail.com

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003), mestrado em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2007) e doutorado em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2012). Ocupou os cargos de Professor Substituto da Universidade Federal de Minas Gerais, Professor Assistente I da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Professor Adjunto da Universidade José do Rosário Vellano (UNIFENAS). Foi coordenador do curso de Direito do Centro Universitário Unihorizontes (2012-2015). Atualmente é professor dos cursos de Direito do Centro Universitário Unihorizontes, da Faculdade UNA de Betim e da Universidade Presidente Antônio Carlos de Aimorés (UNIPAC). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia e Teoria do Direito, Metodologia de Pesquisa em Direito e Direito do Trabalho e Legislação Social. É também membro avaliador da Comissão de Educação Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Minas Gerais.