

35º Encontro Anual da Anpocs

GT 35 – Teoria política e pensamento político brasileiro: normatividade e história

Título do trabalho: Justiça, tolerância e democracia: uma leitura a partir da liberdade de expressão

Autores: San Romanelli Assumpção e Renato Francisquini

JUSTIÇA, TOLERÂNCIA E DEMOCRACIA: UMA LEITURA A PARTIR DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO¹

*San Romanelli Assumpção*²

*Renato Francisquini*³

Resumo: Os ideais de justiça, tolerância e democracia foram formulados pela teoria e filosofia políticas como ideias reguladoras distintas, mas que se relacionam de diversas maneiras, tendo sido interpretados como congruentes ou concorrentes por diferentes vertentes teóricas. O objetivo deste trabalho é discutir o conteúdo normativo associado a esses ideais no que diz respeito à sua relação com o valor da liberdade de expressão, tomada como elemento constitutivo fundamental e garantia de existência comum aos três. Esta discussão se insere em um debate mais amplo a respeito da distinção ou da mútua pressuposição entre valores de justiça, tolerância e democracia e pode ser investigada de diversas maneiras. Argumentaremos que uma compreensão ética adequada do significado e do alcance da liberdade de expressão oferece possibilidades de esclarecimento normativo das concepções morais destas três áreas de normatividade.

Introdução

Os ideais de justiça, tolerância e democracia, categorias centrais de análise para a teoria e a filosofia política, foram formulados como ideias reguladoras mais ou menos distintas, que se relacionam de diversas maneiras, tendo sido interpretados como congruentes ou concorrentes por diferentes vertentes teóricas. O objetivo deste trabalho é discutir o conteúdo normativo associado a esses ideais no que diz respeito à sua

¹ Versão preliminar, favor não citar. Para obter a versão definitiva, enviar e-mail para os autores: srassumpcao@yahoo.com.br ou rfrancisquini@terra.com.br.

² Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo, orientando do Prof. Dr. Álvaro de Vita, bolsista do CNPq

³ Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo, orientando do Prof. Dr. Álvaro de Vita, bolsista do CNPq.

relação com o valor liberdade de expressão, tomada como elemento constitutivo fundamental e garantia de existência comum aos três.

Em nossa proposta teórica, argumentaremos que uma compreensão normativa adequada do significado e do alcance da liberdade de expressão oferece possibilidades de esclarecimento teórico das concepções morais de justiça, tolerância e democracia. Seguindo essa linha de argumentação, será elaborada uma defesa normativa de que, dado o axioma da igualdade moral humana, os ideais de tolerância e justiça, por um lado, são condição *sine qua non* da democracia, ao mesmo tempo em que, por outro, o ideal de democracia é indispensável à garantia daqueles.

Roteiro

Este trabalho está dividido da seguinte forma: em primeiro lugar, serão apresentados os pontos de partida da discussão teórico-normativa, traçando as linhas preliminares do entendimento sobre os ideais de justiça, tolerância e democracia, bem como a interpretação de sua relação a partir do conceito da liberdade de expressão; em seguida, faremos uma discussão mais detida a respeito das ideias reguladoras que subjazem aos pressupostos normativos relativos a eles; num terceiro momento, será elaborada uma versão sobre o conteúdo e o alcance da liberdade de expressão, de modo a defender a mútua pressuposição entre os ideais norteadores do trabalho.

Pontos de partida normativos

Este trabalho toma como seu principal pressuposto normativo o axioma da igualdade moral humana, que afirma a ideia kantiana de que todas as pessoas são fins em si mesmas e unidade última de preocupação moral, possuindo igual direito de realizar suas concepções de boa vida. Toda a discussão aqui construída a respeito das relações conceituais e substantivas relativas aos ideais de tolerância, democracia e justiça, bem como a sua articulação através da interpretação do valor da liberdade de expressão, será fundada na afirmação e nos desdobramentos deste postulado moral.

Os primeiros desdobramentos estão nas próprias definições dos ideais políticos que serão aqui discutidos. Os conceitos de tolerância, democracia e justiça foram delimitados e relacionados de diversas maneiras pela literatura, tendo sido interpretados em linhas que ora os aproximavam, ora os distanciavam, entendendo-os como congruentes ou concorrentes em diferentes graus, de acordo com as diversas vertentes teóricas abrangentes, como o liberalismo, o republicanismo, o comunitarismo etc. Este trabalho não dará conta de toda essa diversidade semântica, mas dialogará com ela ao defender interpretações desses valores que lidem com a realidade da pluralidade de concepções de bem das sociedades contemporâneas a partir do postulado da igualdade moral humana.

Se todos são moralmente iguais e endossam concepções de bem diversas, o respeito ao axioma da igualdade moral só é realizável através da liberdade igual de se escolher que concepção de boa vida seguir. O que nos conduz a um individualismo ético e a um universalismo moral neo-kantianos, que defendem o respeito ao pluralismo moral e a prioridade da liberdade frente às diversas concepções de bem endossadas por indivíduos iguais. É desta consideração que partem as definições preliminares de justiça, tolerância e democracia que se seguem.

Seguindo Rawls, definiremos preliminarmente a justiça como um espaço de inviolabilidade individual composto por direitos e liberdades que ofereçam a todos condições equitativas de realizar suas concepções de bem, sendo estas condições compostas por direitos civis, políticos e socioeconômicos indispensáveis à realização por parte dos indivíduos dos objetivos de vida que virão a escolher; direitos estes que devem ser oferecidos a todos independentemente das posições sociais em que nasceram. Ou seja, a justiça é aqui a virtude última dos arranjos sociais e políticos e engloba todas as formas de liberdade e igualdade derivadas do postulado da igualdade moral humana. A justiça é a realização máxima e mais global possível do axioma da igualdade moral. Como a tolerância e a democracia também são ideais que expressam este axioma, são compostas por liberdades e direitos englobados pelo próprio conceito normativo de justiça.

Partindo da ideia de igualdade moral, a tolerância diz respeito à construção da liberdade, igualdade e paz em situações de forte desacordo moral entre pessoas e grupos, ou, nas palavras de Wendy Brown, trata-se de “regular a aversão” (BROWN,

2006) ao outro ou ainda, nas palavras de Soraya Nour, trata-se de construir a “convivência pacífica do diverso” (NOUR, 2004). O igual direito de todos seguirem suas próprias concepções de bem em um contexto de pluralismo moral torna a tolerância um problema ético inevitável e urgente, que pode ser expresso como o igual direito às liberdades civis, como as liberdades de consciência, de expressão, de associação, de ir e vir, o direito de saída etc. Por si só, estes direitos e liberdades relativos à convivência pacífica e livre na diferença não esgotam o rol de direitos e liberdades necessários à implementação do igual direito de cada um seguir uma concepção de boa vida, ou seja, não compõem a totalidade do ideal de justiça, ainda que sejam indispensáveis a ela.

O ideal de democracia, por sua vez, diz respeito aos processos políticos e aos direitos básicos associados à igualdade e ao exercício das liberdades políticas por todos os cidadãos, ou seja, refere-se às oportunidades equitativas de influir nos rumos políticos da sociedade de que faz parte. Novamente, não se trata da totalidade do ideal de justiça, mas delimita um campo de direitos e liberdades que não podem ser desconsiderados sob pena de se desrespeitar a igualdade moral entre todos os indivíduos.

Assim, a primeira relação-chave entre justiça, tolerância e democracia diz respeito ao próprio axioma da igualdade moral. A igualdade moral é uma igual liberdade em um ambiente de pluralismo moral ou, kantianamente, uma “liberdade como limitação recíproca”, de acordo com a qual todos possuem a maior liberdade possível compatível com uma igual liberdade para todos. Isso significa que, idealmente, ninguém deve exercer liberdade de modo a ameaçar a liberdade dos demais e que o pluralismo deve ser regulado pela sociedade e pelo Estado de modo a que nenhuma pessoa ou grupo possa usar o poder coletivo, social, econômico ou estatal, para favorecer a sua própria concepção de bem e para obrigar os demais a professar uma concepção de bem que não endossam. Assim, rawlsianamente, afirmamos a “prioridade da justiça” sobre as concepções de bem particulares, sobre as negociações econômicas e sobre as negociações políticas próprias do jogo democrático. Esta “prioridade da justiça” exige a construção de um “espaço de inviolabilidade individual”, ou seja, ela representa o próprio ideal de justiça.

A justiça só se constitui enquanto espaço de inviolabilidade individual na medida em que é composta por liberdades básicas iguais sem as quais o axioma da igualdade moral não é respeitado. A liberdade de expressão é uma liberdade básica sem a qual não há respeito às pessoas enquanto fins em si mesmas e unidades últimas de preocupação moral e sem a qual não é possível reservar a cada um a possibilidade de seguir a concepção de boa vida que endossa. A possibilidade de realização da concepção de bem que endossamos é, por si mesmo, uma forma de autoexpressão individual que inclui a possibilidade de expressar determinadas ideias e comportamentos, sejam estes políticos ou não. É importante lembrarmos aqui que a liberdade de expressão não se refere apenas à liberdade de palavra – falada ou escrita – mas também à liberdade de portar símbolos, de exercer comportamentos, de frequentar o espaço público sem esconder características constitutivas dos indivíduos etc. A liberdade de expressão engloba, portanto, a liberdade de imprensa, a liberdade de discurso, a liberdade de emitir opiniões políticas, de discutir questões morais, a liberdade de usar o véu ou o crucifixo em uma escola pública, a liberdade de usar burca ou minissaia, a liberdade de casais homossexuais andarem de mão dada nas ruas etc. As liberdades expressivas estão, dessa forma, indissociavelmente relacionadas a todas as três áreas de reflexão normativa que serão analisadas neste texto – a justiça, a tolerância e a democracia – e, efetivamente, podemos afirmar que ela só existe na medida em que são oferecidas as bases materiais que garantam o seu exercício contínuo e oportunidades equitativas de fazê-lo. A sua importância já se mostrava em Adam Smith, quando este autor valorizava a possibilidade de uma pessoa aparecer em público sem sentir vergonha – ideia contemporaneamente recuperada por Amartya Sen – e que aparece em outros campos de reflexão normativa, como nas discussões de Charles Taylor sobre o “reconhecimento” e na importância apontada por Rawls de que existam “bases sociais do autorrespeito”. Por tudo isso, percebe-se que a liberdade de expressão pertence igualmente aos âmbitos da justiça, da tolerância e da democracia enquanto “virtudes políticas e sociais”⁴.

Para lidar com todas estas implicações normativas da igualdade moral e desta compreensão preliminar da liberdade de expressão como valor que perpassa toda a ética

⁴ Seguindo aqui as definições de Anna Elisabetta Galeotti, para quem virtudes sociais são aquelas praticadas nas interações entre atores e virtudes políticas são as impressas nas instituições e arranjos políticos (1993, p. 588).

política, as virtudes políticas e sociais serão aqui consideradas tendo em mente os seguintes eixos:

- a relação entre liberdade e igualdade;
- a liberdade de expressão como liberdade simultaneamente negativa e positiva;
- a liberdade de expressão como liberdade simultaneamente individual e coletiva;
- a relação entre autodeterminação individual e coletiva;
- a liberdade de expressão como liberdade ao mesmo tempo civil e política;
- a importância conjunta da ausência de impedimentos formais e de meios de efetivação da liberdade;
- o valor intrínseco e instrumental da liberdade de expressão.

Antes de passarmos à discussão destes eixos nos debates teórico-normativos sobre liberdade de expressão, nos voltaremos às discussões valorativas dos conceitos e interpretações da tolerância, da democracia e da justiça.

Aproximação preliminar ao ideal de tolerância

Afirmamos acima que a liberdade de expressão é indispensável para a publicização de opiniões políticas e não-políticas, de modos de vida e de realização de si. Estes três âmbitos da expressão se referem ao que compõe o pluralismo moral contemporâneo, com suas diversas concepções de bem que não podem ter seu valor medido ou hierarquizado pela razão.

Face à pluralidade de concepções da boa vida, o respeito ao axioma da igualdade moral entre todas as pessoas torna necessário encontrar um fórmula de “liberdade como limitação recíproca” que permita a cada um desfrutar igual liberdade de seguir sua concepção de bem sem invadir a igual liberdade de outros. Esta fórmula é o que Bernard Williams chamou de “modelo liberal de pluralismo” e aparece na teoria rawlsiana sob a rubrica da “razoabilidade” como limite para o pluralismo moral. Estes conceitos

normativos estão no âmago das discussões da tolerância e servem para pensar o modo como a liberdade de expressão deve ser regulada e garantida a fim de que a igualdade moral seja respeitada. Passemos brevemente a isso.

Conforme mostram Catriona McKinnon e Bernard Williams, a virtude da tolerância diz respeito à aceitação e convivência pacífica entre pessoas e grupos que se encontram em profundo desacordo moral, mas abdicam da possibilidade de exercer poder para suprimir aquilo de que se diverge, mesmo que fortemente. As diferenças que são objeto do desacordo moral e da tolerância nunca são triviais, mas são questões da magnitude do conflito entre concepções de bem, religiões, modos de vida, pertencimentos sociais e culturais, características adscritivas, entendimentos de si e do mundo, incluindo gênero, sexualidade, etnia, nacionalidade, religião, cultura, ideologia política etc. Elas se referem, dessa forma, àquilo que constitui as pessoas e grupos enquanto tais e que inclui tanto o que é matéria de preferência e o que pode ser escolhido, quanto o que é socialmente determinado e inescapável.

Dentro do campo de reflexão teórica sobre como lidar com o profundo desacordo moral de modo tolerante e respeitoso, há inúmeras interpretações diferentes sobre qual o dever ser da convivência pacífica do diverso e da regulação política da aversão, sobre suas fundamentações e justificações éticas. Veremos um esboço da vertente liberal.

Segundo Anna Elisabetta Galeotti, a tolerância política liberal é a virtude das ordens políticas que constroem a coexistência pacífica entre as diferenças que não se harmonizam espontaneamente, por meio de uma neutralidade estatal frente a diferenças que se situam na esfera privada, sendo reservado a todos um tratamento igual na esfera pública (GALEOTTI, 1993, pp. 588-9). Nas palavras de Bernard Williams, no modelo liberal, as pessoas pertencem a comunidades unidas por convicções compartilhadas – sobretudo religiosas – e a tolerância é construída a partir da distinção entre essas comunidades e o Estado. O Estado não se identifica com nenhum corpo específico de crenças e não os pratica ou fortalece; ao mesmo tempo, o Estado não permite que nenhum grupo imponha suas crenças sobre outros:

It [o modelo do pluralismo liberal] can be seen as enacting toleration. It expresses toleration's peculiar combination of conviction and acceptance, by finding a home for people's various convictions in

groups or communities less than the state, while the acceptance of diversity is located in the structure of the state (WILLIAMS, 2000, p. 70).

Neste modelo, o limite ao pluralismo moral pode ser expresso através da ideia rawlsiana de razoabilidade das doutrinas abrangentes do bem que pessoas e grupos particulares cultivam.

Doutrinas abrangentes são aquelas que ditam os valores das várias dimensões da vida (política, religiosa, familiar etc.), ligando-as entre si. Uma doutrina é “parcialmente abrangente” quando não engloba todas as dimensões normativas existentes e permite uma certa margem de tolerância à diferença (RAWLS, 2000, pp. 82-101).

A razoabilidade é aquilo que caracteriza a motivação moral de uma perspectiva contratualista de modo independente das circunstâncias culturais. Enquanto qualidade das doutrinas abrangentes, a razoabilidade é uma característica cultural das sociedades democráticas liberais, em que os cidadãos são vistos como livres e iguais, a sociedade é entendida como um sistema imparcial [quanto aos indivíduos e às concepções de bem] de cooperação ao longo do tempo (RAWLS, 1993), as doutrinas são apenas “parcialmente abrangentes” e a “categoria do político” pode ser pensada separadamente das doutrinas abrangentes particulares. Este último aspecto significa que há valores morais exclusivamente políticos, independentes das doutrinas parcialmente abrangentes em que se inserem (RAWLS, 2000; 1997). Uma doutrina abrangente é razoável quando não requer que o poder coercitivo estatal seja exercido a seu favor e conforme seus valores não-políticos (isto é, pertencentes a outras esferas da vida, como a religiosa, por exemplo). Assim, a razoabilidade implica tolerância o suficiente para que seja possível o convívio respeitoso com diferenças com as quais não se concorda; tolerância esta que é comum às várias doutrinas abrangentes que convivem numa sociedade democrática liberal (RAWLS, 2000).

Assim, o “modelo liberal de pluralismo” e a “razoabilidade” nos conduzem à prescrição de uma regulação e garantia da liberdade de expressão que seja conforme a interpretação liberal da tolerância, que é conforme a liberdade como limitação recíproca e a prioridade da justiça como garantia da realização do ideal de igualdade moral humana. A liberdade de expressão é conforme a prioridade da justiça e a tolerância liberal quando permite a cada um a liberdade de expressão mais extensa possível, que

seja compatível com uma igual liberdade para os demais e com o respeito pelas pessoas como livres e iguais.

Se esta concepção de igual liberdade de expressão, ao mesmo tempo em que respeita o “princípio do dano”⁵, inclui tanto a liberdade negativa de não ser impedido de se expressar pelo Estado e pela sociedade quanto a liberdade socioeconômica e política de acesso aos meios materiais e políticos de expressão, ela seria uma compreensão liberal igualitária da tolerância tal como definida por Thomas Scanlon, para quem “the advocacy of tolerance denies no one their rightful place in society. It grants to each person and group as much standing as they can claim while granting the same to other” (SCANLON, 2003, p. 197). Assim,

toleration involves ‘accepting as equals’ those who differ from us. In what I have said so far, this equality has meant equal possession of fundamental legal and political rights, but the idea of equality that toleration involves goes beyond these particular rights. It might be stated as follows: all members of society are equally entitled to be taken into account in defining what our society is and equally entitled to participate in determining what it will become in the future. This idea is unavoidably vague and difficult to accept. It is difficult to accept insofar as it applies to those who differ from us or disagree with us. And who would make our society something other than what we want it to be (SCANLON, 2003, p. 190).

Esta definição respeita o postulado da igualdade moral entre todos os indivíduos, respeitando o pluralismo moral razoável e a prioridade da justiça sobre as concepções de bem, ao mesmo tempo em que se preocupa com as bases materiais e políticas de realização da liberdade de expressão, dando conta desta enquanto liberdade negativa e positiva e relacionando direitos civis, políticos e socioeconômicos, numa concepção de tolerância que se conecta a ideais de democracia e de justiça.

Ainda que os direitos e liberdades associados à convivência em um clima geral de tolerância com a diferença sejam fundamentais à construção de uma sociedade justa, eles não se referem especificamente aos processos políticos a ao valor das liberdades políticas enquanto componentes primordiais da construção e manutenção destes mesmos direitos relacionados à tolerância. Uma resposta tentativa a este desafio será esboçada na próxima seção.

⁵ Cf. Mill.

Democracia e o valor equitativo das liberdades políticas

Uma das características que definem a ideia de democracia é a de que nesse sistema político “a oportunidade de participação em decisões é amplamente partilhada por todos os cidadãos adultos” (DAHL, 1970, p. 20), que devem desfrutar, para tanto, de uma série de direitos e liberdades e de um *status* de igualdade que lhes permita tirar proveito das oportunidades formalmente garantidas. Essa formulação envolve um debate sobre os direitos e as liberdades políticas, e sugere que, em um regime democrático, “os cidadãos, em sua condição de livres e iguais, tem uma participação igual no poder coletivo político e coercitivo da sociedade” (RAWLS, 2000, p. 105).

Na visão dahlsiana, a democracia ideal requer, no mínimo, as seguintes características: (a) participação efetiva, isto é, todos os membros da associação devem ter oportunidades iguais e efetivas de fazer conhecer aos seus concidadãos as suas visões sobre as questões políticas em jogo; (b) igualdade em relação ao voto; (c) entendimento esclarecido, ou seja, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de conhecer e compreender as alternativas políticas relevantes e as suas consequências; (d) controle final sobre a agenda, ou seja, ter a oportunidade de decidir como a associação irá escolher quais questões serão levadas ao escrutínio político; (e) inclusão, isto é, a cada membro deve ser dado o direito de participar através das maneiras descritas acima; e (f) direitos fundamentais, pois cada característica citada traz consigo um direito que é necessariamente parte da ordem política democrática ideal; em outras palavras, a democracia consiste não apenas em processos políticos, mas também em um sistema de direitos fundamentais (DAHL, 2006, p. 8-10). Tais características sugerem uma discussão sobre como seria possível criar condições que permitam aos cidadãos exercer influência de forma equitativa sobre as decisões políticas e, assim, sobre os rumos da sociedade, e constituir preferências informadas sobre as questões de interesse público.

Embora não possamos afirmar que a teoria da justiça como equidade seja uma teoria da democracia *strictu sensu*, ela representa uma contribuição importante para o pensamento democrático, pois um sistema político democrático é, por si mesmo, um requisito fundamental da justiça. Os princípios da justiça como equidade são suporte normativo a uma constituição democrática, com uma legislatura representativa, direitos políticos universais e eleições regulares. A constituição estabelece um procedimento

político que será justo na medida em que satisfaça o princípio de participação, a despeito de ser imperfeito em relação a outros requisitos de justiça. O princípio de participação assegura que a liberdade política se coloque entre as liberdades básicas e a atribuição de um valor equitativo a todos configura um dos requisitos fundamentais da justiça. As liberdades políticas, na concepção defendida neste trabalho, são os meios institucionais essenciais para assegurar e promover as liberdades fundamentais, pois somente através delas podemos garantir o exercício contínuo destas.

Uma objeção comum é a de que estas liberdades acabam por se tornar meras formalidades caso não ofereçam a todos os meios necessários ao seu exercício. Rawls distingue, contudo, o valor dessas liberdades das próprias liberdades em si. Estas últimas seriam especificadas por direitos e deveres institucionais – seriam, portanto, vias de ação e oportunidades protegidas pelo e frente ao Estado. O valor das liberdades políticas seriam, por sua vez, os meios necessários ao seu exercício. Em outras palavras, para a construção e manutenção de uma sociedade democrática, a estrutura básica da sociedade deve ser organizada de modo a oferecer a todos os meios adequados que lhes permitam fazer uso das liberdades fundamentais iguais. Às liberdades políticas, então, deve ser garantido um valor equitativo, de modo a facultar a todos as oportunidades iguais de exercê-las. Segundo Rawls,

[E]ssa garantia significa que o valor das liberdades políticas para todos os cidadãos, seja qual for a sua posição social ou econômica, deve ser aproximadamente igual, ou pelo menos suficientemente igual, no sentido de que todos tenham oportunidade equitativa de assumir um cargo público e influenciar o resultado das decisões políticas (2000, p. 383).

A garantia de um valor equitativo para as liberdades políticas seria importante para promover o bem dos cidadãos entendidos como pessoas morais livres e iguais. Ao assegurá-la, asseguramos aos cidadãos o acesso a um recurso público cujo intuito é o de promover um propósito político, nas palavras de Rawls “o recurso público especificado pelas normas e procedimentos constitucionais que governam o processo político e controlam o acesso a posições de autoridade política” (2000, p 384). Se consideramos o papel central desempenhado pelo processo político na escolha de leis e políticas que regulam a estrutura básica de uma sociedade, não podemos negligenciar a importância das liberdades de participação e, por conseguinte, da manutenção de condições que permitam o seu exercício constante e duradouro.

Rawls assume a política democrática como uma arena de argumentação e não como uma competição domesticada por poder, uma agregação justa de interesses ou a expressão de compromissos culturais compartilhados – estas, posições defendidas, respectivamente, por concepções minimalistas, agregativas e comunitaristas da política. Mesmo descrevendo os procedimentos políticos prescindindo de uma concepção compartilhada de justiça, Rawls supõe que os cidadãos não agirão por meio de grupos de interesses, mas participarão da política defendendo alguma concepção do bem comum. A formulação de princípios de justiça não elimina os desacordos políticos e, por isso, a necessidade de deliberação e ajustes, pois a aplicação dos princípios de justiça se apresenta como uma questão aberta ao julgamento. As práticas deliberativas, nesse sentido, têm como foco a justificação de decisões baseada em alguma concepção sobre o bem comum. Nessa concepção, o axioma da igualdade moral humana identifica-se não com uma ideia de “consideração igual pelo interesse de todos”, mas, antes, com a exigência de justificações para o exercício do poder coletivo que possam ser aceitas como razoáveis por todos (ou, no mínimo, que não possam ser razoavelmente rejeitadas por ninguém). O reconhecimento do fato do pluralismo razoável torna obrigatório que as decisões coletivas sejam sustentadas por razões aceitáveis a todos os membros da sociedade, sobretudo quando as decisões envolvem um componente de desacordo moral, independentemente da concepção abrangente do bem a que cada indivíduo venha a aderir.

As liberdades liberais, são, portanto, fundamentais para o exercício do poder democrático, mas não apenas porque a democracia é o sistema em que, por definição, as decisões não podem ser impostas aos cidadãos, que devem gozar de oportunidades iguais de se expressar. As liberdades liberais são primordiais porque são requisitos para se tomar decisões coletivas em termos razoáveis, pois elas delimitam o escopo das próprias decisões de modo a proteger os cidadãos de leis e políticas que venham a lhes proibir de expressar as suas distintas concepções da boa vida. Assim, a democracia, nessa perspectiva, estaria, de certa forma, sob o jugo apenas do requisito promovido pelo primeiro princípio de justiça, qual seja, a proteção e a prioridade da liberdade. As normas serão consideradas legítimas se todos os submetidos a elas, entendidos como pessoas morais livres e iguais, puderem considerá-las razoáveis a partir do uso público da razão. Essa seria também uma ideia de legitimidade, que seria uma forma de expressão política do conceito kantiano de autonomia interpretado de modo

intersubjetivo, pois os cidadãos atuam de modo autônomo apenas na medida em que se submetem às normas que seriam aceitas por todos a partir do uso público da razão.

A política democrática não consiste tão somente no conflito e na competição que serão decididos através da contagem de votos, ela se configura também como uma arena em que se dá o processo de formação do juízo, dos interesses, das opiniões dos cidadãos sobre os temas que lhes afetam como indivíduos e como uma coletividade. A distinção entre os estágios da barganha e do intercâmbio argumentativo é importante para a política democrática e construímos um quadro incompleto quando apresentamos a democracia apenas como a expressão de preferências através do voto e deixamos em segundo plano a formação dessas preferências (OFFE, 2011, p. 458-9).

Na medida em que assumimos que as preferências políticas não são dadas ou “naturais”, mas formadas e motivadas por considerações cognitivas e morais, torna-se importante lançar luz sobre a configuração do processo comunicativo no qual são estabelecidas as condições para a formação reflexiva das preferências. A formação de preferências, insistimos, não é um processo individual ou “intrapessoal” que se dá em alguma espécie de *forum internum*. Antes, é um processo eminentemente social mediante o qual as pessoas descobrem, preferencialmente através do intercâmbio não estratégico de informações e argumentos, o que os demais consideram mais adequado e justo para a sociedade (o bem comum?), e em que as preferências com as quais cada um inicia são transformadas – um processo que poderá culminar ou não em um consenso (OFFE, 2011).

Nesse sentido, a igualdade política exige que a todos seja oferecido acesso equitativo às oportunidades de expressão e participação nas decisões coletivas. Contudo, a discussão teórica e prática a respeito do que isso significa permanece em um elevado nível de indeterminação. Conforme afirmamos no início, uma discussão sobre a liberdade de expressão poderá lançar luz sobre as maneiras possíveis de reconciliar os atributos da justiça, da tolerância e da democracia. Para tanto, faz-se necessário uma definição desse conceito que permita respeitar a autonomia pública tanto quanto a privada, os direitos humanos e também a soberania popular.

A justiça liberal igualitária

Vimos acima os ideais de tolerância e de democracia em sua relação com a liberdade de expressão e em formulações derivadas do axioma da igualdade moral humana. Estes são ideais cujo respeito é indispensável para uma ética política institucional respeitadora do axioma segundo o qual as pessoas são fins em si mesmas e portadoras de igual direito de formular e realizar suas concepções de bem. No entanto, nenhum deles forma um sistema de liberdades iguais completo capaz de conceber normativamente um “espaço de inviolabilidade individual”, pois este é o campo normativo da justiça.

A tolerância faz parte da justiça, pois esse ideal, tal como formulado neste trabalho, respeita o pluralismo moral razoável e deve regular a convivência pacífica do diverso, sem a qual não há inviolabilidade individual. Mas é menor do que a justiça, pois esta não se restringe a apenas arbitrar as situações de forte desacordo moral de modo igualitário. A justiça tem como atributo o de regular as relações sociais e econômicas que fornecem as bases materiais da vida das pessoas e a assegurar o ideal de democracia.

A democracia também é parte da justiça, pois não há inviolabilidade individual e igualdade moral humana na ausência de liberdades políticas iguais. No entanto, o exercício de liberdades políticas iguais em situação de oportunidades equitativas de participação política não asseguram que as negociações políticas jamais levem a maioria a decisões que sejam conforme o “espaço de inviolabilidade individual” igual de que todos são merecedores enquanto livres e iguais.

Rawls prescreve, em *Uma Teoria da Justiça*, que, em termos ideais, a justiça deve conferir aos indivíduos de uma sociedade fechada um “espaço de inviolabilidade que estabelece que a igualdade de liberdades e direitos entre os cidadãos não seja dependente da negociação política ou do cálculo dos interesses sociais” (1993, p. 27). Em termos kantianos, isso significa que a justiça deve assegurar que todos os seres humanos sejam fins em si mesmos (KANT, 1995).

Para elaborar seu sistema teórico sobre a justiça, Rawls constrói uma definição de sociedade que não é social ou antropológica. Nela, a sociedade é caracterizada como uma associação mais ou menos autossuficiente de pessoas que agem e se relacionam de

acordo com certas regras que reconhecem como vinculativas e que especificam um sistema de cooperação que visa vantagens mútuas⁶. Nas sociedades assim definidas, há identidade de interesses porque a cooperação social possibilita benefícios que não podem ser alcançados por indivíduos isoladamente. Há também certo conflito de interesses, uma vez que pressupõe-se uma realidade de escassez moderada e todos (ou a maioria) preferem receber o maior quinhão possível dos benefícios que são produzidos pela cooperação social. Além disso, nas sociedades complexas, as pessoas estão divididas em uma multiplicidade de particularismos quanto às crenças sobre o que seja o bem ou a felicidade e, devido à sua já mencionada igualdade moral, devem poder exercê-las livremente. Rawls chama essa diversidade de “pluralismo moral” e denomina estas situações objetivas e subjetivas de “circunstâncias da justiça” (1993, p. 115). As circunstâncias de justiça são aquilo que Kant chama de “socialibilidade insociável” (1995, p. 148-9).

Dado o caráter de cooperação social involuntária⁷, o papel dos princípios da justiça é fornecer “um critério para a atribuição de direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definir a distribuição adequada dos encargos e benefícios da cooperação social” (RAWLS, 1993, p. 28). E, de acordo com o ideal de igualdade moral humana, esta atribuição não deve ser influenciada por aspectos da realidade social que sejam arbitrários do ponto de vista moral. Algo é arbitrário do ponto de vista moral quando é fruto dos acasos da distribuição natural de qualidades e de contingências sociais. Isto é, as arbitrariedades morais geram vantagens que não foram merecidas, porque são fruto dessa distribuição natural de qualidades e das contingências sociais. Assim, é moralmente arbitrário que alguém consiga um maior acesso a vantagens sociais porque nasceu em uma determinada classe, etnia, gênero ou com determinadas características físicas ou talentos (idem, ibidem, p. 35-6).

Os princípios de justiça não pretendem se identificar com nenhuma comunidade de bem específica e, se sustentando na ideia da prioridade da justiça sobre as concepções de bem e sobre os resultados do jogo democrático e que, idealmente, institui um sistema de cooperação em que a distribuição de direitos (inclusive

⁶ Cf. Rawls, 1993, p. 28.

⁷ A cooperação social é involuntária porque nenhum indivíduo pode se eximir dela. Em cada atividade social e culturalmente orientada de que participamos, estamos cooperando para a reprodução da sociedade em que estamos inseridos e, portanto, participando da criação de bens socialmente produzidos, que vão desde bens econômicos a bens culturais.

socioeconômicos) é equitativa. Para que este sistema funcione, o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, que é a forma como as principais instituições políticas, econômicas e sociais distribuem os benefícios advindos da cooperação social. As liberdades jurídicas, a concorrência de mercado, a propriedade privada e a família monogâmica são exemplos dessas instituições. Elas definem os direitos, deveres e expectativas de vida de cada um. “A estrutura básica da sociedade é o objeto primário da justiça porque as suas consequências são profundas e estão presentes desde o início” nas várias situações sociais, favorecendo algumas “posições” em detrimento de outras, de maneira a produzir desigualdades profundas. É a essas desigualdades que “os princípios da justiça devem se aplicar em primeiro lugar, presidindo a escolha das instituições políticas, econômicas e sociais”. Assim, “a justiça de um modelo de sociedade depende essencialmente da forma como são atribuídos os direitos e deveres fundamentais, bem como das oportunidades econômicas e condições sociais nos diferentes setores da sociedade” (RAWLS, 1993, p. 30).

Deve haver uma concepção de justiça sobre a estrutura básica da sociedade – que inclui elementos da esfera privada, como o casamento monogâmico, por exemplo – porque ela é coercitiva numa associação fechada que não é voluntária e porque seus efeitos sobre as vidas das pessoas são sempre presentes e penetrantes. Como os indivíduos não escolhem estar ou não inseridos nessa estrutura, é importante que ela possa ser justificada por uma aceitação voluntária hipotética por parte de cada indivíduo que nela se insere. É esta uma das justificações rawlsianas da necessidade de uma argumentação moral contratualista.

E essa argumentação moral contratualista leva à defesa da “prioridade da justiça” e de uma “categoria do político” que seja “*free standing*” e própria de um *orvelapping consensus*.

A liberdade de expressão política como valor moral: tolerância, democracia e justiça

A liberdade de expressão está comumente associada à busca da verdade – ainda que uma verdade a princípio inatingível⁸ –, à autoexpressão individual, ao bom funcionamento da democracia e a um equilíbrio entre estabilidade e mudança social. Ela não é necessária apenas para que os cidadãos exerçam as suas capacidades morais de ter um senso de justiça e defender uma concepção do bem. Combinada aos procedimentos políticos estabelecidos na constituição, a livre expressão de ideias aparece como uma alternativa à revolução e ao uso da força, que ameaçam sobremaneira as liberdades básicas. Frequentemente, à garantia da liberdade de expressão atribui-se um valor epistêmico, ou seja, melhores decisões são relacionadas ora à maior quantidade de expressão, ora à maior equidade nas oportunidades de discurso⁹.

No debate em questão existem duas grandes concepções sobre a liberdade de expressão: (1) a teoria libertariana, centrada na figura do autor da mensagem, segundo a qual a liberdade de expressão exige que seja garantida a autonomia privada e o direito individual à livre expressão do pensamento¹⁰; e (2) a teoria coletivista, centrada na figura do receptor das mensagens, cuja interpretação entende que a liberdade de expressão é um instrumento de autogoverno, que permite aos cidadãos em geral se informar adequadamente sobre os temas públicos e assim se posicionar livre e conscientemente a respeito dos mesmos; nesta última, a liberdade de expressão tem como intuito a construção de uma espécie de *ethos* argumentativo-deliberativo¹¹.

Em parte, a controvérsia é de natureza empírica e envolve indagações sobre quais seriam os resultados de facultar ao governo determinados poderes para regular os meios através dos quais os cidadãos se expressam. Mas, de outro lado, esta é uma discórdia em nível mais fundamental e diz respeito à natureza e à importância dos

⁸ Cf. Mill.

⁹ A leitura “profilática”, como a denomina Dworkin, compreende o argumento de Mill de que a competição de ideias seria a melhor forma de se chegar à verdade, seja na ciência ou em torno de valores – não à verdade a respeito do que os indivíduos desejam, mas do que *deveriam* desejar –, como um argumento em defesa de que a maior quantidade de discurso, puramente, teria um valor epistêmico. Na leitura “discriminatória”, por outro lado, o que se enfatiza não é a ideia de que nenhum discurso deva ser excluído, mas de que nenhuma *ideia* o seja. O que importa, portanto, é a “mistura cognitiva e emocional” do que é expressado, não a quantidade em si mesma (Dworkin, 2000, p. 380-1).

¹⁰ Cf. Post (1995).

¹¹ Cf. Meiklejohn (1948); Fiss (2005).

interesses associados à liberdade de expressão, bem como ao que constituiria uma distribuição igualitária dos meios necessários à sua realização (SCANLON, 2003).

Há um esforço constante, tanto de juízes quanto de teóricos da ciência política, para elaborar princípios mais ou menos abstratos que sejam capazes de endossar a ideia de liberdade como limitação recíproca¹², fazendo uma distinção entre o que deve ou não ser protegido sob o guarda-chuva da liberdade de expressão – o que não é e nunca foi objeto de consenso. Sabemos que as liberdades políticas em geral, e a liberdade de expressão em particular, têm tanto uma dimensão defensiva (contra a intervenção indevida do Estado e que se conecta mais diretamente à concepção de liberdade negativa) quanto uma dimensão protetiva (que requer a intervenção do Estado para ser de fato garantida e que cria espaço para o exercício de liberdade positiva)¹³. A questão que se coloca é saber em que medida devem ser defendidas ou quais seriam os limites dessas duas dimensões. Seria possível a restrição de conteúdos específicos, como discursos de incitação ao ódio, de caráter racista etc. sem se restringir demais a liberdade de expressão? Ou devemos dar preferência a regulações neutras em relação ao conteúdo? Estas e outras questões seguem em aberto no debate presente, e tentaremos, obedecendo aos limites impostos a este trabalho, discuti-las e sugerir uma visão que consideramos mais adequada para lidar com as exigências contraditórias advindas dos ideais de tolerância, justiça e democracia.

O filósofo norte-americano Alexander Meiklejohn, expoente daquela que ficou conhecida como a vertente coletivista sobre a liberdade de expressão, continua ocupando um lugar de destaque no debate. Em uma de suas frases mais citadas, referindo-se ao debate sobre a Primeira Emenda à Constituição Norte-Americana¹⁴, Meiklejohn afirma que “o que é essencial não é que todo mundo deva falar, mas que

¹² Ou seja, uma ideia de liberdade segundo a qual deve ser permitido às pessoas promoverem seus interesses desde que seja respeitado o igual direito das demais; uma liberdade que, se necessário, deve ser garantida pela coerção estatal, caso algum agente privado tente violá-la.

¹³ Parece haver um paradoxo envolvendo essa discussão: por um lado, a importância atribuída pelas diversas vertentes do pensamento político à liberdade de expressão exige que ela seja tanto quanto possível protegida de interferências do Estado; por outro, ainda levando em conta a centralidade atribuída a este ideal, reivindica-se que o Estado deve agir, sob o risco de incorrer em um “desrespeito oficial”, para proteger a liberdade de expressão.

¹⁴ Cujo texto afirma, peremptoriamente: “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*”.

seja dito tudo o que merece ser dito” (1948, p. 26)¹⁵. Para o filósofo norte-americano, o objetivo da Primeira Emenda seria antes o de proteger a comunidade de uma mutilação do seu processo de pensamento do que o de proteger os direitos individuais dos cidadãos à livre expressão. Ele propõe que o modelo tradicional dos *town meetings* seja um padrão a partir do qual possamos avaliar a qualidade do debate público na sociedade como um todo. Este não seria um modelo de *unregulated talkativeness*, mas o de um grupo de homens livres e iguais cooperando em um empreendimento coletivo, no qual se utilizam da discussão responsável e regulada. Como se nota, essa posição se preocupa sobretudo com aquilo que Dahl (2006) chamou de “entendimento esclarecido”, ou seja, com as oportunidades que os cidadãos devem ter de conhecer e compreender os argumentos e pontos de vista em jogo no debate público, com vistas a tomar decisões, tanto quanto possível, informadas¹⁶.

Uma série de críticas foi feita a essa concepção. Dentre os autores que se destacam na perspectiva libertariana sobre a liberdade de expressão, Robert Post foi um dos mais incisivos críticos à visão de Meiklejohn. Segundo Post (1995), apesar desta concepção deixar em aberto o resultado das decisões políticas, ela fixa a estrutura e a agenda a partir da qual são tomadas as decisões e as isola do procedimento democrático. Os *town meetings*, ademais, são organizados em função de objetivos específicos e compartilhados pelos participantes. Sendo assim, a agenda e os propósitos são definidos de antemão e as regras são formuladas e estabelecidas para facilitar a realização dos mesmos. A analogia entre os *town meetings* e a deliberação pública mais geral não seria, portanto, adequada, pois se aplicados os pressupostos da primeira à segunda, perder-se-ia um elemento fundamental ao processo de autodeterminação coletiva que se dá na deliberação pública. Sobre este ponto se concentra a principal crítica de Post:

Se o Estado exclui as contribuições comunicativas com base em um senso específico do que é bom ou valioso, o Estado se põe em contradição com o projeto central da autodeterminação coletiva. Ele desaloja esse projeto em prol de normas heteronomamente impostas. A lógica interna do autogoverno implica, portanto, que em relação à censura do discurso, o Estado deve agir como se o sentido da identidade coletiva fosse perpetuamente indeterminado por meio do discurso público, onde 'o debate sobre o que é legítimo e o que é

¹⁵ No original: “[w]hat is essencial is not that everyone shall speak, but that everything worth saying shall be said”.

¹⁶ Cabe recordar que Meiklejohn estava se contrapondo à “doutrina do perigo claro e presente”, cuja interpretação era a de que o Congresso Norte-Americano poderia agir para vedar discursos cujo conteúdo potencialmente viesse a provocar danos à sociedade. Essa regra, formulada pelo juiz Holmes, em 1919, era considerada por Meiklejohn uma restrição à – e não apenas uma interpretação da – Primeira Emenda e à liberdade de expressão, o que considerava inaceitável (MEIKLEJOHN, 1948).

ilegítimo' deve 'necessariamente' permanecer 'sem qualquer fiador e sem qualquer fim' (1995, p. 1116 – tradução nossa; destaques no original)¹⁷.

Ao isolar a escolha sobre o que deve ser dito e os propósitos da expressão do procedimento democrático, a visão “coletivista”, associada às ideias de Meiklejohn, precisaria apelar a alguma forma de gerenciamento a partir da qual fosse possível decidir se “tudo o que merece ser dito” foi de fato exposto ao público. Dessa necessidade e do acordo estabelecido *a priori* sobre a finalidade a ser buscada na deliberação pública emerge a legitimidade de um agente moderador a quem são atribuídos os deveres e direitos de orquestrar a discussão pública. Post objeta a isso afirmando que o empreendimento do debate público, tal como o entende, pressupõe que todos os objetivos e todas as concepções sobre a ação do Estado sejam consideradas abertas ao escrutínio público, assim como o agendamento dos temas a serem discutidos. Isto, precisamente porque o que merece ou não ser dito, o que é um discurso válido, racional etc. é também objeto de desacordo e disputa. Nenhum objetivo em particular pode justificar, segundo o autor, os limites à liberdade de expressão sem contradizer o próprio empreendimento da autodeterminação, uma vez que a autodeterminação acontece durante o debate público e não há um ponto arquimediano a partir do qual se possa prever ou antecipar os seus resultados. Apelos à igualdade ou à diversidade remeteriam a noções particulares do bem comum, não necessariamente compartilhadas por todos (POST, 1995).

Post sugere que a visão coletivista não reconhece devidamente que o valor da autonomia individual é inseparável da aspiração de autogoverno, valor que a própria teoria coletivista destaca como prioridade – em outras palavras, para Post, não haveria autogoverno sem autonomia. Nessa concepção, o ideal de autonomia seria, em verdade, o que distingue a jurisprudência da Primeira Emenda das de outras áreas de política constitucional. O processo comunicativo merece uma proteção constitucional especial porque é o processo através do qual se constitui o *self* democrático, o sujeito do autogoverno, mediante a reconciliação entre as autonomias pública e privada. A intervenção do Estado, de acordo com o autor, implica necessariamente o

¹⁷ No original: “If the state excludes communicative contributions on the grounds of a specific sense of what is good or valuable, the states then stands in contradiction in the central project of collective self-determination. It displaces that project for the sake of heteronomously imposed norms. The internal logic of self-government thus implies that with regard to the censorship of speech the state must act as though the meaning of collective indentity were perpetually indeterminate within the medium of public discourse, where 'the debate as to what is legitimate and what is illegitimate' must 'necessarilly' remain 'without any guarantor and without any end’”.

estabelecimento de estruturas que impedem o controle autônomo por parte dos cidadãos. Estruturas de controle acabam por ameaçar mesmo a autonomia daqueles que as criaram. Com isso, Post não sugere que se exclua toda e qualquer forma de regulação governamental, pois concorda que não há uma ordem social natural. Contudo, há para ele mais na regulação da liberdade de expressão do que uma análise crítica sobre o *laissez-faire*. Para além dos valores humanos da liberdade e da realização pessoal, se encontram as virtudes coletivas da autodeterminação. Descartar esse projeto seria como deixar de lado também um compromisso com a própria democracia e os valores da independência coletiva e da liberdade (POST, 1995).

Owen Fiss, autor tributário das ideias de Meiklejohn, procura dar conta de algumas críticas feitas por Post, em especial ao desafio da autodeterminação. Fiss (2005) contesta a objeção feita à analogia entre a política democrática e o *town meeting*, principalmente a sugestão de que seria necessário um agente gerenciador que definisse a agenda e moderasse os debates decidindo quem poderia e quando poderia se expressar. Segundo o autor, as agendas de encontros em praça pública, por mais ou menos metafórico que seja o exemplo, não precisam ser definidas por ação deliberada dos participantes e nem diretamente pelo Estado. Há sempre a definição de alguma(s) agenda(s) que orienta(m) a discussão pública, mas essa definição não cabe a qualquer ator em particular. Decerto que a regulação pode ter, em alguns casos, o intuito oculto de levar a resultados determinados e preferidos por aqueles que a definem. A melhor maneira de se evitar esse perigo não seria, entretanto, vedar a definição de temas e a organização do debate público, mas atribuir a responsabilidade pela regulação a uma agência tanto quanto possível independente do controle político. O autor sugere, com isso, que deverá recair sobre o poder Judiciário o ônus de controlar a ação estatal, admitindo que ele seria o órgão adequado pois se encontra isolado das disputas políticas, tendo por finalidade a proteção à constituição (FISS, 2005, p. 56-7).

Fiss, ao lado de Meiklejohn, afirma que o Estado pode funcionar tanto como cerceador das liberdades de expressão e de imprensa, quanto como um órgão capaz de garanti-las. Em certas situações, a análise exige que sejam levados em conta outros atores que ameaçam a liberdade de expressão. Por vezes, atores privados que controlam a agenda dos meios através dos quais os cidadãos fazem emergir ao espaço público os seus argumentos podem protagonizar os mesmos papéis, operando como algozes tão

vorazes das liberdades expressivas quanto o Estado. Nesse caso, torna-se essencial uma atuação positiva deste último com vistas a garantir os direitos expressivos a discursos eventualmente excluídos do processo deliberativo. Isto, pois uma ação meramente negativa pode ser responsável por um “efeito silenciador”, tendo em vista que o acesso diferenciado aos fóruns de debate público levaria à ausência de discursos cujo acesso aos recursos necessários para tirar proveito das liberdades políticas é menor. Isso causaria uma distorção no processo de formação da “razão pública”, pois determinados pontos de vista não seriam tomados em pé de igualdade na elaboração da vontade política. Em alguma medida, é dessa argumentação que surge a defesa da proteção do Estado a algumas manifestações discursivas e da proscricção de outras como forma de equilibrar o acesso aos meios de expressão e permitir que os cidadãos formem juízos esclarecidos sobre as questões públicas (FISS, 2005)¹⁸. Poderíamos sugerir, assim, a ideia de que o *self* democrático, ao qual se refere Post, não se configuraria realmente democrático sem que o Estado garantisse que tudo o que merece ser dito foi de fato exposto ao público.

Mas essa posição também não parece soar adequada por pelo menos duas razões: em primeiro lugar, ela carece de uma preocupação mais acentuada com a autonomia individual que emerge do princípio, subjacente à democracia tal como a entendemos neste trabalho, da igualdade moral humana; em segundo lugar, ela não nos dá qualquer pista sobre porque seria plausível – e desejável? – esperar que o Estado oferecesse tal garantia.

Para propor uma resposta alternativa, precisamos distinguir, antes de mais nada, entre o que seria uma restrição e o que seria uma regulação das liberdades fundamentais. A prioridade dessas liberdades não é ameaçada quando se estabelecem regras, que se combinam em um sistema, no intuito de fomentar as condições sociais necessárias ao seu exercício duradouro (RAWLS, 2000, p. 349). Afirmar que certa ação ou política viola um direito é dizer que (a) a discricionariedade para agir de determinadas maneiras, da parte de indivíduos privados ou de autoridades políticas, leva a consequências inaceitáveis, e (b) que a adoção de restrições a essa discricionariedade é

¹⁸ Ademais, a ideia de que o que é legítimo deve permanecer indeterminado e sem alguma garantia, mina as bases do individualismo ético sugerido por Post. Ela compromete o ideal de que as pessoas devem ser os fins e unidades últimas da preocupação moral.

uma maneira plausível de se evitarem tais consequências sem ocasionar custos inaceitáveis a outros bens valiosos (SCANLON, 2003b).

Nesse sentido, surpreende que autores da vertente coletivista restrinjam o foco de sua teoria ao valor da livre expressão para o entendimento esclarecido, quando um dos direitos fundamentais relacionados à cidadania democrática é o direito à igual oportunidade de participar da deliberação pública e da formação da vontade política, particularmente o direito de expressar as suas opiniões sobre os temas de interesse público e que envolvem desacordos morais. Esses direitos têm importância por si mesmos e não seriam menos valorizados ainda que fosse provado (ou se fosse possível provar) que os outros cidadãos já estão perfeitamente informados e que “tudo o que merece ser dito” o foi (DAHL, 2006; RAWLS, 2000; HABERMAS, 1997). A liberdade de discurso, nesse sentido, não tem um valor meramente instrumental. A proteção às oportunidades equitativas de expressão se conecta à democracia de forma mais profunda, pois “a dignidade que a liberdade de expressão protege é um componente essencial da democracia adequadamente concebida” (DWORKIN, 2000, p. 354)¹⁹.

Esse argumento ganha força se entendemos, como o faz Rawls, que regulamentações razoáveis são aceitáveis desde que mantenham intacto o âmbito central de aplicação das liberdades fundamentais. A questão passa a ser identificar no horizonte quais seriam essas liberdades específicas, ou normas legais, essenciais para assegurar o exercício livre e bem-informado da razão pública (2000, p. 398). É comum que as regulações que o Estado exerce sobre a liberdade de expressão sejam divididas duas categorias, quais sejam: (I) regulações cujo objetivo tem impacto direto sobre a comunicação; e (II) regulações cujo objetivo é ter impacto “não-comunicativo”, mas que poderão eventualmente causar impacto sobre as oportunidades de comunicação²⁰. Parte da literatura afirma que qualquer forma de restrição que tenha por objetivo um impacto direto sobre a comunicação seria uma interferência ilegítima sobre a liberdade de expressão. Já quando o objetivo é ter impacto “não-comunicativo”, o julgamento das restrições deve ser feito caso a caso e refletirá o equilíbrio dos interesses em competição.

¹⁹ No original: “the dignity that freedom of speech protects is an essential component of democracy rightly conceived”.

²⁰ Essa seria uma variação da distinção entre regulações da expressão que se dirigem ao conteúdo dos discursos – aos temas ou aos pontos de vista que expressam – e aquelas que são neutras em relação ao conteúdo.

Embora, na prática, seja por vezes difícil levar à frente essa distinção – pois políticas de acesso equitativo, por exemplo, irão evidentemente ter impacto sobre determinados conteúdos – nos parece que analiticamente essa separação poderá ser útil.

(I) Regulação com impacto direto sobre a comunicação

Como ocorre nos julgamentos acerca dos direitos em geral, essa avaliação recai sobre julgamentos a respeito das restrições necessárias à proteção da liberdade de expressão (SCANLON, 2003b). Embora a impermissibilidade de certas formas de regulação de conteúdo tenha um papel importante para a discussão pública, disso não decorre que seja uma questão fundamental e definitiva que qualquer restrição a conteúdos seja indesejável. Uma das presunções contra o controle de conteúdo, afirma que ele traz consigo a possibilidade de que se excluam inteiramente certos pontos de vista do *mercado de ideias*: a regulação de conteúdos representaria uma ameaça maior de que certas ideias sejam impedidas de serem expressas, a despeito do valor que tais ideias possam ter para os próprios indivíduos ou para a sociedade em geral. Além disso, os limites impostos por essa forma de regulação, ao reduzir a diversidade de pontos de vista, prejudicariam aquilo que Meiklejohn chamou de “thinking process” da comunidade.

Como argumenta Cohen (1993), a regulação em relação a determinados conteúdos ofensivos não contraria uma proteção rígida à liberdade de expressão. E, isto, quando são identificadas três características, quais sejam: (a) quando são expressões cuja intenção é insultar e cujos insultos são diretamente endereçados a um indivíduo ou a um pequeno grupo; (b) se a ofensa é transmitida através de expressões que estigmatizam características individuais associadas a gênero, raça, etnia etc., às quais não seria possível combater com “mais discurso”, pois que causam danos direta e imediatamente; e (c) quando as regras destacam uma subcategoria específica e não representam um convite ao balanço entre custos e benefícios do que deverá ou não ser permitido, sendo atentas, antes, à vulnerabilidade dos discursos (COHEN, 1993, p. 260).

Tratando, inversamente, sobre o que *não* poderia ser restringido, Rawls sugere que seriam ao menos três os pontos fixos no interior da esfera vital da liberdade de

expressão: (a) o libelo sedicioso não é crime²¹; (b) não há restrições prévias à liberdade de imprensa, exceto em casos especiais; e (c) as doutrinas revolucionárias e subversivas são plenamente protegidas (2000, p. 399). Retomando as ideias de Henry Kalven (1988), Rawls argumenta que a inimizabilidade do libelo sedicioso é uma condição necessária, embora não suficiente, à liberdade de expressão. Segundo ele, os governos historicamente se utilizaram desse crime para suprimir críticas e manter uma aparência geral de apoio às suas decisões, prejudicando assim o entendimento esclarecido. Nessa concepção, “[e]nquanto esse crime existir, a imprensa pública e a livre discussão não podem desempenhar seu papel de informar o eleitorado” (RAWLS, 2000, p. 399-400). Veríamos solapadas, assim, as possibilidades de autogoverno, assim como os direitos fundamentais à sua proteção.

Em muitas circunstâncias, como no caso da doutrina do perigo claro e presente, argumenta-se que devem ser proibidas expressões cujo conteúdo incite a derrubada da ordem vigente e a revolução. Contudo, “[o] fato de a defesa da subversão estar disseminada o bastante para constituir uma questão política candente é o sintoma de uma crise iminente, que tem raízes na percepção de grupos significativos de que a estrutura básica é injusta e opressiva” (RAWLS, 2000, p. 403). Proibir a defesa da subversão seria, portanto, o mesmo que impedir a discussão das razões que levaram estes grupos significativos a tal percepção. Isso se constituiria em uma restrição ao uso público e bem-informado da razão, impedindo o processo argumentativo de avaliar a justiça da estrutura básica e das políticas sociais, em uma afronta ao caráter democrático da deliberação pública. Perderia, assim, legitimidade essa mesma estrutura, pois o seu caráter vinculante e coercitivo não proviria de um acordo entre pessoas livres e iguais, cujo endosso da autoridade política deveria ser o resultado de uma discussão pública na qual sejam facultadas a todos que possivelmente o desejem oportunidades plenas de inserir temas e questões e assim interferir nas escolhas que irão definir os rumos da sociedade.

(II) Regulação com impacto indireto sobre a comunicação

Isso nos leva à segunda parte do debate, acerca das intervenções cujo impacto sobre a comunicação não se baseia diretamente no conteúdo das expressões. Dentro

²¹ A expressão de críticas dirigidas ao Estado que questionem desde o próprio regime às figuras nas quais está representado.

dessa categoria, haveriam duas formas distintas de atuação do Estado: (1) como agente fiscalizador e garantidor do cumprimento das regras estabelecidas; e (2) como agente alocador de recursos, que define a quem devem ser oferecidos subsídios afim permitir a expressão de suas ideias.

Essa discussão assume como premissa que a ameaça às liberdades individuais pode ser proveniente tanto do Estado quanto de agentes privados. Desde o início adotamos a perspectiva segundo a qual a democracia consiste em um esquema cooperativo para o autogoverno coletivo, em que se confere aos cidadãos oportunidades equitativas de participar do processo deliberativo (DWORKIN, 2000). Se, por um lado, a incerteza sobre a definição e a aplicação dos critérios de justiça e legitimidade é fruto do caráter pluralista, complexo e diferenciado das sociedades modernas, por outro, a democracia seria uma espécie de resposta tentativa a um contexto em que permanece certa indeterminação, o sistema político no qual a autoridade política final reside nos cidadãos tomados como pessoas livres e iguais, em que os princípios de justiça são uma forma de limite para os julgamentos dos cidadãos sobre questões constitucionais fundamentais e sobre temas de justiça básica.

Os debates sobre os limites à liberdade de expressão, traduzidos em termos de princípios, envolvem uma controvérsia em relação à restrição de um direito fundamental – a saber, o direito à expressão política – e a promoção do valor equitativo das liberdades políticas. Pode ser objetado que a inclusão de exigências de acesso equitativo, ao propor uma forma positiva de ampliação das oportunidades de expressão – e não tratar apenas sobre como negativamente proteger essas liberdades – seria uma forma ilegítima de impor limites à liberdade de expressão. Cohen sustenta, entretanto, que não seria uma forma de estender indevidamente o termo “proteção”, pois, segundo o autor, quando o Estado impede que um ente privado restrinja a liberdade de expressão de uma parte dos cidadãos, ele estaria protegendo a liberdade dos indivíduos de se expressarem (COHEN, 1993, p. 216-7). Ao mesmo tempo, poderíamos acrescentar, o Estado deixa de proteger a livre expressão de ideias quando permite que as estruturas políticas ou sociais limitem sobremaneira a capacidade de alguns atores de participar da discussão pública e contribuir para a formação da vontade política.

Considerações finais

Argumentamos neste texto que os valores morais da tolerância, da democracia e da justiça, embora distintos entre si, podem se combinar em um sistema de modo a configurar uma ordem de valores que respeite o ideal de igualdade moral humana fundamental. De saída assumimos que estas concepções morais não podem ser redutíveis umas às outras, nem tampouco prescindíveis ou dispensáveis sem que haja uma perda do valor normativo de cada uma.

Para iluminar essa discussão, lançamos mão de uma argumentação normativa acerca do conteúdo e do alcance da liberdade de expressão, em que procuramos mostrar que uma formulação em termos razoáveis deste ideal e do que ele exige em relação à sociedade e ao Estado possibilita a combinação de tolerância, democracia e justiça em um sistema adequado a uma sociedade tolerante, democrática e, por isso também, justa.

Referências bibliográficas

BROWN, Wendy. *Regulating Aversion. Tolerance in the Age of Identity and Empire*. Princeton, Princeton University Press, 2006.

COHEN, Joshua. “Procedimento e Substância na Democracia Deliberativa”. In:

WERLE, Denílson Luis & MELO, Rúrion Soares. *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

COHEN, Joshua. “For a democratic society”. In: FREEMAN, S. (org.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

COHEN, Joshua. “Freedom of Expression”. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 22, No. 3 (Summer, 1993), pp. 207-263.

COHEN, Joshua. The Economic Basis of Deliberative Democracy. *Social Philosophy and Policy*, vol. 6, issue 2, 1989.

DAHL, Robert. *On Political Equality*. New Haven: Yale University Press, 2006.

DAHL, Robert. *A moderna análise política*. Rio de Janeiro: Lidador, 1970.

DWORKIN, R. “Free Speech, Politics, and the Dimensions of Democracy”. In: DWORKIN, R. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Harvard University Press, 2000.

ESTLUND, D. *Democratic Authority. A Philosophical Framework*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

ESTLUND, D. “Beyond Fairness and Deliberation: The Epistemic Dimension of Democratic Authority”. In: BOHMAN, J. & REHG, W. (eds.). *Deliberative Democracy: essays on reason and politics*. Cambridge: MIT Press, 1997.

FISS, O. *A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, diversidade e regulação na esfera pública*. Trad. e Pref. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

KALVEN, Harry. J. *A worthy tradition; freedom of speech in America*. Edited by Jamie Kalven, 1988.

KANT, Immanuel. *À Paz Perpétua e Outros Opúsculos*. Trad. Artur Mourão. Lisboa, Edições 70, 1995.

MARCUSE, Herbert. Tolerância Repressiva. IN: CAPALDI, Nicholas. *Da liberdade de expressão*. Uma antologia de Stuart Mill a Marcuse Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Serv. De Publicações, 1974.

McKINNON, Catriona. *Toleration. A critical introduction*. Londres/Nova York, Routledge, 2005.

MEIKLEJOHN, Alexander. *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, 1948.

Disponível em <<http://digital.library.wisc.edu/1711.dl/UW.MeikFreeSp>>.

MILL, John Stuart. *A Liberdade*. São Paulo: Martins Fontes: 2000.

MILTON, John. *Aeropagítica – Discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

NOUR, Soraya. *À Paz Perpétua de Kant. Filosofia do direito internacional das relações internacionais*. São Paulo, Martins Fontes, 2004.

POST, Robert C. “Meiklejohn’s Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse”. In: *Constitutional Domains – Democracy, Community, Management*. Londres: Harvard University Press, 1995.

OFFE, C. Crisis and Innovation of Liberal Democracy: Can Deliberation Be Institutionalised? *Czech Sociological Review*, Vol. 47, No. 3: 447–472, 2011.

RAWLS, John. *Justiça como Equidade. Uma Reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo, Martins Fontes, 2001.

RAWLS, Jonh.. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa: Presença, 1993.

SCANLON, Thomas. *The Difficult of Tolerance. Essays in political philosophy*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

SCANLON, T. M. “Freedom of Expression and Categories of Expression”. In: SCANLON, T.M. *The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy*. Cambridge University Press, 2003a.

SCANLON, T. M. “Content Regulation Reconsidered”. In: SCANLON, T.M. *The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy*. Cambridge University Press, 2003b.

SCANLON, T. M. “The Difficulty of Tolerance”. In: SCANLON, T.M. *The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy*. Cambridge University Press, 2003c.

SILVA, J. C. C. B. Democracia e Liberdade de Expressão: contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. Tese de Doutorado. DCP-USP, São Paulo, 2009.

SUNSTEIN, C. *Democracy and the Problem of Free Speech*. Free Press, 1995.

VITA, Álvaro de. *O Liberalismo Igualitário. Sociedade democrática e justiça internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VITA, Álvaro. *A Justiça Igualitária e Seus Críticos*. São Paulo: Ed. UNESP, 2000.

VITA, Álvaro *Justiça Liberal. Argumentos liberais contra o neo-liberalismo*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1993.

WILLIAMS, Bernard. Tolerating the Intolerable. In MENDUS, Susan (ed.). *The Politics of Toleration in Modern Life*. Durham, Duke University Press, 2000, pp. 65-75.