

JOÃO PAULO DE CASTRO BERNARDES

Absit iniuria verbo:

Direito penal e proteção da honra

Dissertação de Mestrado

Orientador: Profa. Associada Dra. Janaina Conceição Paschoal

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

JOÃO PAULO DE CASTRO BERNARDES

Absit iniuria verbo:

Direito penal e proteção da honra

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação da Profa. Associada Dra. Janaina Conceição Paschoal.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP
2018

Nome: BERNARDES, João Paulo de Castro
Título: *Absit iniuria verbo*: Direito penal e proteção da honra

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Dedico aos meus queridos pais e irmãs, pelo apoio e pela confiança de sempre.

AGRADECIMENTOS

A realização deste trabalho não poderia ter sido concluída sem a contribuição incomensurável de algumas pessoas.

Agradeço, assim, à minha orientadora, Profa. Janaina Conceição Paschoal, por sempre ter me dado a liberdade para desenvolver as ideias em que acredito. Seu espírito democrático, e sua convicção intransigente no valor do verdadeiro pluralismo, sempre inspiraram muito a elaboração destes escritos.

Agradeço, também, aos professores Júlio César Casarin Barroso Silva e Guilherme Werner, pelas valiosas considerações feitas na banca de qualificação desta dissertação. Sem elas, dificilmente a reflexão teria sido instigada do modo como deveria.

Agradeço ao Rafa, pela paciência e, sobretudo, pelo amor durante esses anos de mestrado.

Agradeço aos meus amigos, da São Francisco e da vida, por sempre estarem ao meu lado e pela compreensão com os momentos de reclusão, que sempre acompanham o desenvolvimento de uma pesquisa. Um obrigado especial a Ieda, por acreditar mais em mim do que eu mesmo e por ser quem é, parceira de todas as horas e amiga de todo o sempre.

Por fim, agradeço a Mônica, Álvaro, Carla, Flávia, Laura e Nina, por terem me ajudado a fazer de mim quem sou, e por serem a melhor família que eu poderia ter – amo muito todos vocês!

“If liberty means anything at all it means the right to tell people what they do not want to hear”

(George Orwell)

RESUMO

BERNARDES, João Paulo de Castro Bernardes. *Absit iniuria verbo: Direito penal e proteção da honra*. 2018. 297 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

Esta dissertação estuda a legitimidade dos tipos penais que visam à proteção da honra – a calúnia, a difamação e a injúria. Demonstra que essas criminalizações criam embaraços ao exercício do direito de liberdade de expressão, seja porque proíbem a emissão de determinados discursos com conteúdo falso, seja porque reprimem a propagação de atos de expressão ofensivos. Desse modo, utiliza o método da interpretação construtiva para formular uma concepção plausível do direito de liberdade de palavra, a fim de atestar se os limites que a instituição destes delitos impõe à garantia constitucional em comento podem ser tidos como constitucionais ou não. Para tanto, utiliza-se do pensamento político de John Rawls para propor uma interpretação do direito de liberdade discursiva coerente com os valores inerentes ao sistema da democracia constitucional, baseada em dois pontos: (i) uma concepção viável deste direito deve assegurar a todos a ampla possibilidade de crítica do governo e das instituições políticas e sociais, a fim de proteger as condições necessárias ao autogoverno coletivo; e (ii) deve traduzir, também, uma necessária atitude de tolerância para com as diferenças, permitindo que todo indivíduo desenvolva e faça florescer os planos de vida que optar por seguir em sua vida. Sustenta, deste modo, que essas exigências normativas do direito de liberdade de expressão, aliadas aos ideais da subsidiariedade e fragmentariedade, ínsitos aos sistemas penais liberais contemporâneos, infirmam a constitucionalidade dos crimes contra a honra. Argumenta, portanto, que o direito penal não constitui um instrumento legítimo para efetivar a proteção jurídica da honra.

Palavras-chave: Direito Penal. Honra. Liberdade de expressão. Reputação. Dignidade.

ABSTRACT

BERNARDES, João Paulo de Castro Bernardes. *Absit iniuria verbo: Direito penal e proteção da honra*. 2018. 297 f. Dissertation (Master) - Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2016.

This dissertation studies the legitimacy of crimes that intent to protect human honour - slander, defamation and injury. It demonstrates that these criminalizations create embarrassment to the exercise of the right of freedom of expression, either because they prohibit certain speeches with false content, or because they punish the propagation of offensive acts of expression. In this way, it uses the constructive interpretation method to formulate a plausible conception of the right of freedom of speech, in order to establish whether the limits imposed by the institution of these crimes on the constitutional guarantee in question can be considered as constitutional or not. To do so, it uses the political thinking of John Rawls to propose an interpretation of the right of discursive freedom consistent with the values inherent to the system of constitutional democracy, based on two points: (i) a viable conception of this right should ensure to all the broad possibility of criticism of the government and its political and social institutions, in order to protect the necessary conditions for collective self-government; and (ii) it must also imply a necessary attitude of tolerance towards differences, allowing every individual to develop and to flourish the plans of life that he has chosen to follow in his life. It maintains, therefore, that those normative requirements of the right of freedom of expression, coupled with the ideals of subsidiarity and fragmentation, embedded in contemporary liberal criminal systems, undermine the constitutionality of those crimes against human honour. It argues, therefore, that criminal law does not constitute a legitimate instrument for effecting the legal protection of honour.

Keywords: Criminal Law. Honour. Freedom of speech. Reputation. Dignity.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	17
Introdução:	21
1. Alguns pressupostos necessários: as bases teóricas da discussão proposta.....	27
1.1. A hipótese de reflexão: a ilegitimidade da proteção penal da honra.....	27
1.1.1. Introdução.....	27
1.1.2. Direito à honra: uma primeira aproximação ao conceito.	30
1.1.3. Os crimes contra a honra: o que o código penal brasileiro proíbe?	40
1.2. A metodologia: Dworkin e a “leitura moral do direito”.	47
1.2.1. Introdução: dois pontos de vista sobre o que é o direito.	47
1.2.2. Críticas ao positivismo jurídico: construindo uma nova teoria do direito.	51
1.2.3. Moralidade, princípios e argumentação: a ideia de interpretação construtiva no direito.....	70
1.2.4. Por quê não o bem jurídico?.....	89
1.2.5. Por quê não a regra da proporcionalidade?	99
2. Direito à liberdade de expressão (I): aproximações iniciais.	113
2.1. Introdução:	113
2.2. Contribuições norte-americanas para o debate em torno do direito à liberdade de expressão:.....	125
2.2.1. Restrições baseadas no conteúdo vs. Restrições neutras em relação ao conteúdo:	125
2.2.2. A ideia de um escrutínio rigoroso (strict scrutiny) para as propostas de restrição ao direito de liberdade de expressão:	132
2.3. Dois problemas para a liberdade de expressão.	138
2.3.1. O crime de calúnia (art. 138, CP) e o problema das falsas declarações de fato:	138
2.3.2. Os crimes de difamação (art. 139, CP) e injúria (art. 140, CP) e o problema dos discursos que causam ofensas:	156
2.4. Três racionalidades para o direito de liberdade de expressão:	174
2.4.1. Argumento concernente à importância de se descobrir a verdade.	175
2.1.3. Argumento concernente à promoção do autogoverno.....	179
2.1.4. Argumento concernente à proteção da autonomia individual (e afins).....	185

3. Direito à liberdade de expressão (II): uma proposta de interpretação.

.....	195
3.1. Introdução.	195
3.1.1. Críticas às teorias baseadas em argumentos do tipo instrumental.....	198
3.1.2. Críticas às teorias baseadas na promoção da autonomia humana e no ideal da independência ética dos indivíduos.	206
3.2. Os fundamentos morais e políticos da liberdade de expressão – tomada de posição:	209
3.2.1. Introdução:.....	209
3.2.2. Democracia, justiça e o liberalismo político de John Rawls.	211
3.2.2.1. A prioridade do primeiro princípio de justiça e o direito de liberdade de expressão: o argumento rawlsiano contra o crime de libelo sedicioso e o direito à ampla crítica do governo (retomando o primeiro problema: o crime de calúnia).	227
3.2.2.2. Pessoas públicas vs. Pessoas privadas – há alguma distinção? A regra Sullivan e as suas contribuições para o debate.	247
3.2.2.3. Tolerância liberal, razão pública e o direito de liberdade de expressão: a exigência de imparcialidade na restrição dos discursos e o direito à livre comunicação de conteúdos reputados ofensivos (retomando o segundo problema: os crimes de injúria e difamação).	253
Considerações finais:	279
Referências bibliográficas	289

INTRODUÇÃO:

A honra é um valor ético-moral que, indiscutivelmente, tem extensa proteção do direito nacional.

Desfruta de assento constitucional, estando inserida no rol dos *direitos fundamentais* (art. 5º, inciso X, da Constituição da República); é, ademais, consagrada como *direito da personalidade*, haja vista a disposição do artigo 20, do Código Civil brasileiro; assim como, não bastassem essas duas fontes de tutela jurídica, recebe também a proteção do direito penal, dadas as tipificações do Capítulo V, do Título I, do Estatuto Repressivo nacional (os *crimes contra a honra*).

Em que pese tal fato, é interessante notar que a sua popularidade encontra-se cada vez mais abalada em uma sociedade que se diz pós-moderna. Kwame Anthony Appiah, filósofo norte-americano que se debruçou sobre o estudo da honra, deixa claro o estágio atual das coisas: “agora sei que hoje em dia muitos não gostam de falar em ‘honra’ e acham que estaríamos melhor sem ela”¹.

Nada obstante, parece pouco razoável estimar-se que a sua importância está de todo perdida. A proteção jurídica da honra, como dito, é bastante profunda – daí decorre que algum crédito ainda deve possuir esse valor. A grande questão, todavia, parece ser identificar a força e o peso que esse crédito ainda possui, o que é importante para se delimitar até que ponto os assuntos jurídicos devem se ocupar da proteção institucionalizada de um direito à honra.

Esta dissertação, nesse sentido, pretende realizar um estudo sobre a proteção jurídica da honra, e os termos em que ela deve ser realizada. Mais especificamente, o intuito que orienta o desenvolvimento do trabalho é o de se avaliar se, dentre as diversas possibilidades que existem para se efetivar uma tutela do direito à honra, o caminho do direito penal pode ser considerado como apropriado para esse fim.

Deve-se ressaltar, entretanto, que não será feita uma análise empírica da forma como o sistema criminal tem, ao longo dos tempos, concretizado uma defesa deste direito, porque as questões que se pretende enfrentar são facilmente compreendidas como pressupostos lógicos de uma possível análise jurisprudencial sobre como os tribunais brasileiros têm se comportado em relação à garantia do direito constitucional à honra.

¹APPIAH, Kwame Anthony. *O código de honra: como ocorrem as revoluções morais*. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 19.

De fato, a questão que se coloca, aqui, diz respeito à legitimidade das incriminações que tutelam a honra, mais especificamente sobre a viabilidade de que sejam esses delitos considerados congruentes com o texto constitucional do país – e com os princípios e valores mais abstratos que estão implícitos na Carta Política que dá fundamento e estrutura ao Estado Democrático de Direito no Brasil.

Para se alcançar esse objetivo, entretanto, alguns cuidados devem ser tomados. A avaliação da constitucionalidade de leis e dispositivos legais em geral depende, naturalmente, de uma teoria que indique como a interpretação do texto constitucional será realizada.

Dessa forma, no *primeiro capítulo* do trabalho serão apresentados os fundamentos teóricos que se adotará para dar encaminhamento ao desafio proposto.

Na primeira subseção deste capítulo pretender-se-á esclarecer qual a hipótese de trabalho assumida pela dissertação, para em sequência se realizar uma aproximação inicial ao conceito jurídico que é, normalmente, associado à honra, com o intuito de se elucidar, de forma mais objetiva, o que as normas penais hoje em vigor no país procuram coibir como condutas atentatórias do direito à honra.

Neste ponto, será importante se destacar que, ao fim e ao cabo, os crimes contra a honra representam formas de limitação do direito de liberdade de expressão, notadamente porque as condutas tipificadas pelas figuras criminosas em questão são, em linhas gerais, atos de expressão dotados de algumas características especiais.

Na segunda subseção do capítulo primeiro, então, é desenvolvida e explicada a teoria de interpretação constitucional que guiará as reflexões deste trabalho; este é um ponto importante, porque se pretenderá demonstrar, também, que as formas com que a doutrina do direito penal tradicionalmente enfrenta o problema colocado falham em dar respostas satisfatórias a ele, justamente porque costumam empregar critérios para a avaliação da legitimidade de normas criminais e para a adjudicação de direitos constitucionais que não conseguem alcançar todas as dimensões relevantes à solução dos dilemas propostos.

Estabelecidas as bases teóricas que indicam a metodologia que será utilizada no desenvolvimento do trabalho, o *capítulo segundo* pretende dar início às considerações substantivas que permitirão a construção do argumento central do texto.

Após se destacar que os crimes contra a honra impõem alguma forma de limitação de atos discursivos, o foco do trabalho caminhará, então, para a formulação de uma interpretação consistente do direito de liberdade de expressão que, alinhada com aquilo que se entende serem os valores morais e políticos ínsitos ao sistema democrático constitucional,

consiga oferecer algum norte para a identificação dos parâmetros normativos, se é que há algum, que devem ser observados para que a proteção jurídica do direito individual à honra possa ser legitimada.

Na segunda subseção do capítulo dois serão apresentadas algumas contribuições que a doutrina norte-americana sobre a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos pode oferecer ao debate, para, em sequência, a partir da análise dos três tipos penais que constam do Código Penal brasileiro, se passar à identificação dos específicos desafios que essas criminalizações criam para o direito de liberdade de palavra.

Se pretenderá identificar, nesta oportunidade, duas modalidades de atos expressivos que, em linhas gerais, constituem o objeto de reprovação dos delitos em comento. Essas duas categorias, então, passarão a traduzir o que mais exatamente há de condenável em determinadas formas de se expressar, que supostamente constituiriam os motivos justificadores da legitimidade dos tipos penais que protegem a honra dos cidadãos.

Na subseção seguinte do capítulo segundo, enfim, serão apresentadas aquelas teorias que, historicamente, têm se mostrado como as racionalidades explicativas da importância e do valor do direito de liberdade de discursos, que apontariam estratégias através das quais o seu conteúdo normativo pode ser especificado.

Ocorre, todavia, que uma suposição deste trabalho é justamente a de que essas justificativas tradicionais para a garantia constitucional da liberdade de palavra apresentam alguns problemas; no *capítulo três*, então, quando se iniciará o desenvolvimento da interpretação do direito de liberdade de questão a ser adotada pela dissertação, a primeira subseção é destinada à apreciação crítica das três racionalidades clássicas que atribuem valor à liberdade de manifestação de ideias e pensamentos.

Superadas todas essas etapas, o caminho estará pronto para que se possa oferecer a proposta defendida pelo trabalho: a última subseção é dedicada à apresentação daqueles que se reputa serem os fundamentos morais e políticos apropriados do direito de liberdade de palavra.

Para tanto, se recorrerá ao pensamento filosófico de John Rawls, e ao seu modelo de liberalismo político, para se realizar uma defesa de uma concepção liberal-igualitária da garantia constitucional em comento.

Após serem articulados e explicados os pontos centrais dessa teoria política liberal, se abrirá espaço para que os dois desafios identificados anteriormente sejam retomados e, enfim, devidamente solucionados.

Dois pontos fundamentais do pensamento rawlsiano serão invocados para se construir um sentido plausível do direito de liberdade de expressão, em especial no que diz respeito às possibilidades de que ele garanta a proteção, ao menos até certo ponto, daqueles atos de expressão que são, atualmente, punidos pela incidência dos crimes contra a honra.

O argumento que o autor desenvolve contra o chamado crime de libelo sedicioso será explorado para se propor a resolução do primeiro desafio, conquanto a ideia de tolerância liberal fundamentará as considerações normativas que pretendem solucionar o segundo dilema identificado pela dissertação.

Tomados em conjunto, por conseguinte, esses dois importantes elementos do liberalismo político rawlsiano articularão a interpretação do direito de liberdade de expressão que será defendida como aquela mais apropriada aos propósitos de uma democracia constitucional e se demonstrará, ainda, de que modo essa concepção do direito de liberdade de palavra repercute no sistema criminal brasileiro (naturalmente, com foco nas tipificações previstas no título reservado à proteção penal da honra).

Dessas considerações todas, bem como do argumento central que norteará o trabalho, poderá enfim ser identificada, também, uma concepção viável do direito à honra, que seja coerente com os fundamentos do liberalismo-igualitário e que seja ajustada ao grau com que a tutela jurídica deste direito individual dos cidadãos pode ser legitimamente efetivada.

Antes, contudo, de se passar ao texto principal, uma última consideração importante: esta dissertação, apesar de versar *sobre* o direito penal, em sua maior parte se dedicará à análise e ao estudo de uma literatura que, eminentemente, não corresponde ao campo das ciências criminais.

Dentro do que foi possível, e muitas vezes necessário, procurou-se resgatar e associar às reflexões que foram sendo elaboradas aqueles argumentos ou pontos de vista mais específicos da doutrina penal contemporânea e clássica, mas uma simples passada de olhos pela bibliografia que acompanhará o texto principal permitirá que se conclua que muito da literatura mais básica a respeito do tema não foi propriamente abordada.

Muitos penalistas, de fato, se dedicaram ao estudo dos crimes contra a honra, e esta dissertação não pretende ignorar as suas valiosas contribuições para o avanço científico da matéria. A opção de não se discuti-los, contudo, foi, ao mesmo tempo, uma necessidade e um desafio que se optou por aceitar.

Uma necessidade, porque a teoria política normativa e a doutrina constitucional norte-americana sobre a Primeira Emenda, por si só, já dedicaram rios de tinta

à compreensão dos limites da liberdade de expressão e do direito que a institucionaliza, assim como em muitas oportunidades já se ocuparam com reflexões atinentes aos específicos problemas que as criminalizações protetivas da honra suscitam à garantia constitucional do direito de liberdade de palavra.

Pretender, portanto, abarcar tanto elas, quanto os escritos dogmáticos da doutrina penal mais tradicional, seria não só um trabalho hercúleo, como um tanto quanto improdutivo, posto que as formas de se raciocinar e argumentar em cada abordagem diferenciam-se significativamente.

Mas é, também, um desafio, porque com essa escolha se pretende chamar a atenção para o fato de que o pensamento criminal tem muito a ganhar com a introdução de questões e ponderações concernentes ao campo das ciências políticas, em especial da teoria política normativa, nos debates e dilemas mais profundos que ele procura enfrentar – afinal, tanto uma quanto a outra área do conhecimento ocupam-se, ainda que não exclusivamente, com os problemas e dificuldades que o exercício da coerção coletiva coloca ao sistema democrático constitucional e àqueles indivíduos que nele tomam parte.

Isto ressalvado, o trabalho pode, enfim, se iniciar.

1. ALGUNS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS: AS BASES TEÓRICAS DA DISCUSSÃO PROPOSTA.

“as diversas correntes da abordagem profissional da teoria do direito fracassaram pela mesma razão subjacente. Elas ignoraram o fato crucial de que os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 12).

1.1. A hipótese de reflexão: a ilegitimidade² da proteção penal da honra.

1.1.1. Introdução.

O estudo sobre o estatuto jurídico da honra pode ser desdobrado em inúmeras

²Fala-se, aqui, em legitimidade/ilegitimidade dos crimes contra a honra não em um sentido comum à teoria do direito ou mesmo à ciência política, nas quais esse ideal tende a se referir, dito de um modo muito simplificado, ao estudo e à procura pelos fatores e pelas razões que justificariam a submissão dos indivíduos às normas políticas e jurídicas emanadas pelo poder constituído de algum Estado-Nação. Dito de outra forma, a legitimidade, nessa acepção, está relacionada com o problema teórico que questiona por que cidadãos livres devem (i) aceitar a restrição desta sua liberdade, promovida pelas normas que regulam a convivência social entre eles; e (ii) não descumprir os mandamentos legais que essas normas instituem, cumprindo com os deveres públicos que lhes foram impostos pela autoridade política que lhes governa – é um ideal que tem que ver, por conseguinte, com o reconhecimento da plausibilidade do sistema jurídico e político ao qual uma comunidade de homens está sujeita e deve obediência. Este é um sentido do termo que, de fato, aparecerá no decorrer desta dissertação, mas quando isso se suceder, deverá ser indicado expressamente o uso desta conotação especial do termo, como se verá mais adiante. No contexto que ora se utiliza as palavras legitimidade/ilegitimidade, e que aparecerá diversas outras vezes ao longo da dissertação, mesmo que sem novas ressalvas a respeito de sua semântica, notadamente quando utilizado para qualificar especificamente as normas penais, o sentido empregado é aquele comum à doutrina criminal contemporânea, que vê na discussão sobre a legitimidade de tipos penais em geral um debate sobre a adequação da respectiva norma incriminadora com as exigências principiológicas básicas do sistema jurídico-penal, exigências principiológicas que, por guardarem assento constitucional, teriam o condão de atestar a inconstitucionalidade das figuras criminosas que, por quaisquer motivos que seja, revelam-se afrontosas ao alicerce axiológico do sistema punitivo estatal. É uma acepção que, por sua vez, guarda íntima conexão com a ideia de inconstitucionalidade ela própria, posto que, atestada a ilegitimidade de alguma norma criminal, nos termos desse sentido tradicional da doutrina jurídica especializada no assunto, o que se está a defender é a necessidade de sua revogação do ordenamento jurídico positivado, sob o argumento do afronte que promovem ao arcabouço principiológico constitucional do direito penal nacional. Sobre o uso da ideia de legitimidade nesta conotação, propondo-se um critério para se realizar o controle do conteúdo material das normas penais, indicando-se, ainda, a necessidade de que as leis criminais que não atendam às exigências deste critério sejam reconhecidas como ilegítimas e, portanto, inadequadamente inseridas no rol de criminalizações do país, devendo dele serem extirpadas, vide, dentre outros: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010.

problematizações que, apesar de guardarem pontos de convergência entre si (já que incidem sobre um idêntico objeto de pesquisa), seguem caminhos bastante diferentes na tentativa de encontrar soluções para as intrincadas questões jurídicas que propõem.

A honra, por exemplo, é tanto objeto de proteção por via da sanção criminal, quanto por meio de reparações civis, o que por si só é suficiente para impor uma grande cisão na forma com que pode ser abordada e avaliada pelo trabalho hermenêutico do jurista – afinal, as exigências e os parâmetros demandados para justificar e autorizar um juízo de reprovação penal, sabidamente, não são os mesmos requisitados pela legislação cível³.

O direito penal é, por excelência, o meio através do qual o Estado exerce a coerção coletiva dos seus cidadãos na sua forma mais pura e intensa, de modo que qualquer reflexão a respeito dos valores e interesses que ele deseja proteger não pode ser guiada pelas mesmas balizas que orientariam o debate sob a perspectiva do direito civil, sob pena de se gerar grande confusão a respeito dos limites que a sua intervenção deve respeitar.

A régua com que se mede a esfera de incidência legítima do direito criminal é significativamente menor do que aquela que se presta a delinear os possíveis âmbitos de tutela do direito civil e isso é fundamental para se notar não só que a criação de determinadas proibições penais é injustificada, como também para chamar a atenção para o fato de que muitas vezes ali onde o sistema repressor do Estado não deve ser convidado a se imiscuir podem sobrar razões para se autorizar alguma espécie de atuação do direito privado.

Os conflitos sociais com que cada um desses ramos do direito deve lidar são, de fato, significativamente diversos, e a relevância jurídica que se pode conferir à honra é um campo fértil para se fazer notar justamente isso.

Esta é uma dissertação que não pretende discutir exaustivamente as possibilidades de proteção jurídica da honra, mas sim questionar os limites e modelos de *um modo particular* através do qual essa tarefa protetiva é, atualmente, desempenhada no ordenamento nacional. É uma dissertação que se preocupa, portanto, sobre a *proteção penal* do valor honra.

Mesmo delimitando dessa forma o objeto de estudo, não resta esclarecido de forma satisfatória o que se quer efetivamente problematizar.

Ao se propor uma reflexão sobre o direito *penal* da honra, diversas ainda são as abordagens que pode o pesquisador adotar, as quais variam, agora, em função do *grau de generalidade* com que se pretende enfrentar a questão.

Juarez Tavares chama a atenção justamente para esse fato, notando que “a análise dos

³Basta lembrar que, em sede de direito penal, a responsabilidade objetiva é absolutamente rejeitada pela doutrina, conquanto faz parte (e cada vez mais) do sistema de responsabilidade civil.

delitos contra a honra pressupõe a formulação de duas séries de questões: algumas genéricas, que dizem respeito a quase todas as investigações dos respectivos tipos, e outras, específicas, que congregam elementos que se manifestam no juízo de antijuridicidade”⁴ de cada tipo de injusto presente na legislação criminal – é dizer, que dependem de uma análise diferenciada em função das particularidades de cada uma das modalidades delitivas existentes no sistema de repressão penal.

A literatura jurídica é farta qualquer que seja o caminho adotado, de modo que é igualmente importante determinar por qual deles (ou se por ambos) se deseja enveredar.

Há, nesse sentido, entre as duas possíveis abordagens mencionadas, uma certa relação de *precedência lógica* entre uma e outra, de tal modo que as questões colocadas por uma somente adquirem pertinência e até mesmo sentido se àquelas que lhe são logicamente predecessoras forem conferidas respostas suficientemente satisfatórias.

De fato, as questões particulares a cada um dos crimes contra a honra somente revestem-se de importância real se a própria legitimidade dessas incriminações puder ser atestada e validada por uma interpretação convincente do ordenamento jurídico nacional.

Isso porque a própria possibilidade de que a honra seja protegida *também* por meio do sistema criminal é algo que se pode pôr à prova, e não são poucas as razões que apontam para a necessidade de se repensar esse específico tipo de tutela jurídica, muito embora seja ela presente em várias das democracias constitucionais contemporâneas.

Veja-se que, a bem da verdade, refletir, do ponto de vista das classificações doutrinárias da dogmática jurídico-penal, se a prova da verdade do fato imputado, no crime de difamação, tem o condão de afastar a ilicitude ou a punibilidade do delito; ou se a injúria somente se perfaz se for identificada a presença de um dolo específico de ofender a vítima; ou, ainda, se a imputação falsa de fato criminoso, no crime de calúnia, exige que seja imputada uma conduta típica, antijurídica e também culpável, é uma atividade que só tem utilidade se a própria existência dos delitos não puder ser questionada e arrefecida por uma compreensão mais restritiva do *papel legítimo* que pode desempenhar o direito penal.

Por isso, deve se destacar que esta dissertação também toma partido nesta divisão entre duas abordagens possíveis para o estudo do tema em questão e não pretende esgotar todos os questionamentos que, historicamente, mesmo no âmbito restrito da dogmática penal, o direito à honra e a sua proteção por meio do direito já ousaram suscitar⁵.

⁴TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 20, vol. 94, jan./fev.-2014, p. 90.

⁵Não se debaterá, por exemplo, sobre a possibilidade de que pessoas jurídicas sejam sujeito passivo dos crimes

Esta dissertação não é um trabalho sobre as questões específicas sobre o direito penal da honra. Ela assume, outrossim, que essas discussões carecem de relevância, não porque frívolas ou irrisórias na sua essência⁶, mas porque há um questionamento prévio, mais importante, que, uma vez respondido, torna desnecessário o aprofundamento dogmático dessas incriminações.

E isso é assim, fundamentalmente, porque aqui se procura contestar a própria possibilidade de que essas normas penais se sustentem em regimes políticos democráticos, nos quais uma série de outros princípios e valores fundamentais são protegidos e perseguidos pela ordem jurídica nacional.

Delimitado o objeto de estudo do trabalho, e assim a pergunta fundamental que ele procurará responder – há legitimidade na proteção *penal* da honra? –, já é possível se construir a hipótese que norteará as reflexões propostas. Para tanto, uma breve incursão sobre como o discurso jurídico compreende a honra se faz necessária.

1.1.2. Direito à honra: uma primeira aproximação ao conceito.

A honra é um valor juridicamente protegido desde longas datas. Ainda assim, existe muita dificuldade, até hoje, em se determinar que tipos de interesses esse valor visa a promover⁷.

A fluidez do conceito remonta às suas origens históricas. Se, na antiguidade clássica, o valor subjacente à ideia de honra tinha uma dimensão coletiva, social⁸, os povos germânicos a interpretavam como um bem essencialmente pessoal, pertencente

contra a honra, mais precisamente do crime de injúria, tema recorrente em inúmeras análises sobre a proteção penal da honra, justamente porque é um tipo de debate que torna-se desnecessário ante as reflexões que o trabalho intenciona apresentar.

⁶Como, por exemplo, Juarez Tavares parece pensar a respeito da discussão sobre a extensão do sentido da expressão “fato criminoso”, no crime de calúnia, a qual ele caracteriza como uma discussão *estéril*. Vide: TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 112.

⁷Nelson Hungria, por exemplo, deixa claro que a honra é um interesse tutelado por todos os povos, em todos os tempos (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VI (arts. 137 a 154). Rio de Janeiro: Forense, 1945, p.29); noutra banda, Aníbal Bruno é quem mais efetivamente deixou evidenciado que, apesar dessa proteção atemporal, o conteúdo conferido ao valor “honra” modificou-se ao longo dos tempos (BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Tomo 4º. Parte Especial – crimes contra a pessoa. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 265).

⁸Em Roma, por exemplo, as injúrias eram compreendidas como uma forma de menoscabo dos *valores sociais relevantes*. Muito embora fossem configuradas quando alguém dirigia ofensas a uma pessoa, a verdadeira reprovabilidade da conduta centrava-se muito mais na capacidade que ela possuía de desvirtuar a ordem pública, gerando uma perturbação indesejável na comunidade, do que no potencial lesivo da integridade moral e psíquica do indivíduo ofendido (FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal*. Parte especial (arts. 121 a 167). 1º vol. São Paulo: José Busharsky Editor, 1958, p. 101).

exclusivamente à esfera de interesses do indivíduo que fosse dele o titular⁹.

Esse duplo apelo da honra – sua capacidade de referir-se tanto a um valor de índole personalíssima, quanto a um bem auferido da coletividade¹⁰ – perdurou ao longo dos séculos e penetrou na prática e na dogmática jurídica contemporâneas, constituindo uma tradição de definição do conceito que, conforme alertava Aníbal Bruno, se esforça constantemente “pela distinção entre os fatos de ofensa à honra em um ou outro dos seus dois aspectos”¹¹, muito embora não tenha conseguido qualquer êxito na tentativa de pacificar a questão.

Persistem, pois, as dúvidas: quais são, em concreto, essas duas dimensões da honra? O que efetivamente se perde, seja do ponto de vista social, seja do ponto de vista pessoal, quando a honra de um é violada pela conduta de outro? Em que circunstâncias essa perda se faz de fato relevante, a justificar alguma forma de proteção jurídico-penal da honra?

Inexistindo qualquer sedimentação dogmática que responda satisfatoriamente a esses questionamentos, é possível, todavia, identificar uma classificação doutrinária que, bem-aceita e propagada nos círculos das ciências penais, pretende lançar alguma luz sobre a tarefa de definição do conceito¹².

Três são, então, as concepções dominantes: (i) as concepções fáticas; (ii) as concepções normativas; e (iii) as concepções fático-normativas.

As primeiras (fáticas) são aquelas duas concepções da honra que marcaram a tradicional dogmática jurídica brasileira: de um lado, a ideia de *honra objetiva*¹³, “entendida no sentido da reputação que cada indivíduo possui objetivamente no meio em que se

⁹A honra era, então, compreendida como o *valor moral do indivíduo*. As condutas que a lesionavam, portanto, eram aquelas que depreciavam um indivíduo na sua individualidade e intimidade, independentemente da repercussão social que geravam (BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Tomo 4º. Parte Especial – crimes contra a pessoa. Idem. p. 126.).

¹⁰“De um lado, a honra manifesta-se como a estima em que o indivíduo tem *a si mesmo*, o sentimento pessoal da própria dignidade. De outro lado, apresenta-se como a consideração e respeito que o cercam no meio em que vive, a sua *reputação*” (BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Tomo 4º. Parte Especial – crimes contra a pessoa. Idem. p. 265).

¹¹BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Tomo 4º. Parte Especial – crimes contra a pessoa. Idem. p. 269 – g.n.

¹²Quem chama a atenção não só para a classificação em si, mas para o fato de que ela é “encetada pela doutrina alemã e seguida pela doutrina espanhola”, sabidamente fontes caríssimas do pensamento jurídico-penal contemporâneo, é Juarez Tavares: TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 93.

¹³Nelson Hungria a define como “o apreço e respeito de que somos objeto ou nos tornamos merecedores perante os nossos concidadãos” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Idem. p. 33); Heleno Fragoso, conclama que, nessa dimensão, “a honra é considerada como reputação, bom nome e estima no grupo social” (FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal*. Parte especial (arts. 121 a 167). Idem. p. 103), enquanto Magalhães Noronha afirma que, “objetivamente, honra é o respeito, a consideração, a reputação, a fama, etc. de que gozamos no meio social” (NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio*. Vol. 2. 30ª edição (atualizada e revisada). São Paulo: Saraiva, 1999, p. 118).

encontra”¹⁴; de outro, a noção de *honra subjetiva*¹⁵, compreendida “como sentimento de autoestima”¹⁶, ou seja, como o sentimento de reconhecimento do próprio valor, que cada indivíduo possui.

São chamadas de concepções fáticas, porque “resultam de uma especulação empírica acerca do conceito de honra, que fica subordinado a um dado da realidade”¹⁷. Dito de outro modo, os interesses promovidos pela honra são interesses meramente factuais, desprovidos de qualquer consideração valorativa e passíveis de serem apreendidos apenas a partir de uma análise da realidade concreta.

A honra, portanto, está presente apenas ali onde existem evidências fáticas de que a representação moral dos indivíduos é positivamente avaliada, seja por eles próprios (honra subjetiva), seja por seus concidadãos (honra objetiva) – o que abrange, diga-se de passagem, as duas dimensões da honra que, tradicionalmente, são associadas a esse conceito.

Alguns problemas, contudo, maculam a eficácia da concepção. É difícil estabelecer-se critérios definidos e claros para se determinar quando um indivíduo tem boa reputação ou não. A bem da verdade, a constatação da estima social de alguém depende, muito mais, “de meras conjecturas ou de impressões sem qualquer respaldo material”¹⁸, o que mitiga a possibilidade de que a honra, e os interesses que ela promove, seja definida de forma efetivamente objetiva¹⁹.

Tampouco parece creditória a tentativa de reconduzir a determinação do conteúdo de um valor, como a honra, referindo-o aos sentimentos pessoais que cada indivíduo tem a respeito de si próprio. Como alerta Juarez Tavares, “o sentimento da vítima, por estar sempre na dependência da sensibilidade ou suscetibilidade de cada um, conduz a incertezas quanto

¹⁴TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 93.

¹⁵Nelson Hungria, por exemplo, fala em “sentimento de nossa dignidade própria” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Idem. p. 33); Heleno Fragoso, em sentido muito similar, consigna que “o sentimento da própria dignidade é o conteúdo primário da ideia de honra” (FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal*. Parte especial (arts. 121 a 167). Idem. p. 103); enquanto Magalhães Noronha a define como “apreço próprio, dignidade da pessoa, do juízo que cada um tem de si” (NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio*. Idem. p. 118).

¹⁶TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 93.

¹⁷TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 94. No mesmo sentido, vide: LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 70.

¹⁸TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 93.

¹⁹Isso abre uma possibilidade para que o direito opere de forma verdadeiramente kafkiana. Pessoas que possuem reputação ilibada, mas que por qualquer motivo despertaram alguma forma de desprestígio social, poderiam ser atacadas em sua honra sem que isso incorresse na possibilidade de tutela jurídica de seus direitos, já que, mesmo à mercê do que dizem os fatos, seria a representação social desfavorável pesando em seu desfavor que contaria para autorizar mitigações em sua reputação; de outro lado, pessoas que, muito embora tenham se comportado de forma desonrada, mas guardam grande aceitação da comunidade em que vivem, poderiam se ver protegidos pelo direito ali onde não teriam qualquer razão para tanto. Vide: LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*. Idem. p. 71.

à sua exata dimensão”²⁰, o que torna a conceituação ainda mais imprecisa e ineficaz²¹.

Essas fragilidades da definição tradicional, por sua vez, conduziram o pensamento jurídico a uma tentativa de modernizar a definição da honra. Surgiram, assim, as concepções normativas e fático-normativas, cada qual procurando destacar aspectos diferentes do conceito em questão.

As concepções normativas contrapõem-se às fáticas, porque não procuram se alicerçar em realidades empíricas da vida social para atestar a existência de uma boa reputação ou de um sentimento elevado de autoestima que justificariam a intervenção protetiva do direito; antes, referem-se a um ideal mais abstrato para instituir o fundamento e o conteúdo da honra.

É um postulado conhecido, e não só do direito brasileiro, a ideia de que toda *pessoa* possui uma *dignidade* que lhe é intrínseca. Essa dignidade compartilhada por todos, por sua vez, exige, dentre outras coisas, que os cidadãos sejam tratados em pé de igualdade perante a ordem jurídica nacional, o que demanda que lhes sejam atribuídos os mesmos deveres e reconhecidos os mesmos direitos em geral.

Nas sociedades democráticas contemporâneas, por conseguinte, os indivíduos partilham um *status* moral igualitário – frise-se, *todos* são considerados como sujeitos de direitos e deveres equitativos –, o que levou a doutrina jurídica a entender que a honra é um desdobramento dessa condição humana fundamental. Mas de que modo se chega a essa conclusão?

A ideia de que os indivíduos desfrutam de um *status* moral igualitário pode ser traduzida em uma outra afirmação, um pouco mais objetiva: os cidadãos devem se reconhecer uns aos outros como detentores de um mesmo valor real e dignidade pessoal²²,

²⁰TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 93.

²¹LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*. Idem. pp. 72/73. No mesmo sentido, ainda, a doutrina brasileira: “sem a ocorrência de uma mediação intersubjetiva, reconhecadora de uma agressão, o simples sentimento não pode ser protegido por uma ordem normativa. Acresça-se a isso a dificuldade, senão a impossibilidade, de avaliação, pelo Judiciário, do sentimento subjetivo” (BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Liberdade de expressão e direito à honra: uma nova abordagem no direito brasileiro*. Joinville: Bildung, 2010, p. 267).

²²“O reconhecimento de certos direitos subjetivos mínimos, atinentes à vida e à liberdade, garante, formalmente, as relações humanas, contribuindo de dois modos para o reconhecimento do indivíduo: exige o respeito dos demais e contribui para a sua autoafirmação. Mais importante até do que receber o respeito dos outros, a importância do direito consiste exatamente em permitir o desenvolvimento dessa ‘consideração própria’, dessa ‘autoconsideração’ (Selbsachtung). Portanto, o reconhecimento de direitos é especialmente importante para a graduação pretendida. E manifestar-se-á especialmente nos casos alusivos à honra como dignidade humana. É que está em jogo, nesse momento, a consideração de cada pessoa pelo só fato de ser humana, e não pelas suas qualidades individuais. ‘Respeito’ e ‘consideração’ (Achtung) serão os termos característicos dessa dimensão” (BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Liberdade de expressão e direito à honra: uma nova abordagem no direito brasileiro*. Idem. p. 244).

ou seja, devem mutuamente reconhecer-se como sujeitos igualmente importantes e necessários à convivência social.

Essas relações de reconhecimento (do valor real igualitário de todo e qualquer indivíduo, repise-se), por sua vez, conforme atenta Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, constituiriam o próprio conteúdo do “bem jurídico honra”²³. Delas, decorre que cada cidadão possui uma *pretensão ao respeito* por esse seu *status* humano fundamental²⁴, pretensão esta que é justamente o objeto de violação quando praticada alguma ofensa à honra²⁵.

De fato, o raciocínio é bastante simples: se *devem* uns reconhecerem aos outros como detentores de um *status* moral igualitário, então é lógica a conclusão de que os cidadãos *devem*, igualmente, respeitar essa condição dos seus pares, não menoscabando ou diminuindo a aceitação e a participação de que todos devem desfrutar na sua vida comunitária²⁶.

É por ter honra, ou seja, por ter um valor próprio e real, reconhecido por todos, que o cidadão pode olhar para os seus semelhantes e, ciente da igualdade moral que compartilha com os demais, *exigir* que seja por eles reconhecido e tratado com igual consideração e respeito.

A honra está fundada, portanto, não em um dado empírico da realidade fática (a boa

²³GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. “Revisión del contenido del bien jurídico honor”. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 2, vol. 37, p. 310. Hirsch, por exemplo, fala também na ideia de proteção a um “valor de reconhecimento do indivíduo”, do qual deriva uma pretensão de respeito, a qual é violada através das ofensas à honra. Vide: HIRSCH, Hans Joachim. “Cuestiones fundamentales acerca del honor y de la injuria”. In: *Revista de Derecho Penal*, n. 2, 2003, p. 530.

²⁴Importante frisar que, muito embora a doutrina brasileira tradicional tenha sempre definido a honra com critérios fáticos, Aníbal Bruno, há tempos, já vinha esboçando em seu manual uma definição normativa de honra. Em nota de rodapé, chegou a enunciar que “a honra é um conceito normativo, que se entende como o direito que tem o indivíduo a ser respeitado e a pretensão ao reconhecimento dos pressupostos necessários à sua função social”, para, mais adiante, no texto principal, consignar que “para a proteção de bem tão valioso, a ordem jurídica reconhece em todo indivíduo, pela sua própria natureza de ser humano e pela função que lhe é atribuída na vida social, a pretensão ao respeito à própria personalidade” e, ao final, concluir, com visão ímpar até então: “a honra é o objeto mediato da ofensa, o bem que afinal se protege nos crimes desta espécie. Mas o objeto imediato é aquela pretensão jurídica ao respeito que o Direito assegura a todo homem e que nesses crimes é sempre diretamente ofendida” (BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Tomo 4º. Parte Especial – crimes contra a pessoa. Idem. pp. 270/271).

²⁵GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. “Revisión del contenido del bien jurídico honor”. Idem. p. 310. É importante destacar que a violação ocorre à pretensão de respeito que deriva do valor real de reconhecimento de cada indivíduo, porque esse valor, literalmente falando, não pode ser diminuído pela ação externa de terceiros. De fato, parece muito pouco razoável supor-se que a dignidade e o reconhecimento de um indivíduo diminuam após as ofensas de outros; o que se lesiona, nessas hipóteses, é a pretensão que o cidadão tem de que esse seu valor pessoal não será denegrido por outrem – conforme leciona Hirsch, somente o próprio indivíduo pode mitigar o seu valor pessoal, que permanece, entretanto, “alheio às influências de outras pessoas” (HIRSCH, Hans Joachim. “Cuestiones fundamentales acerca del honor y de la injuria”. Idem. p. 538).

²⁶Assim, muitos autores afirmam que a honra tem o escopo de assegurar a própria participação social dos indivíduos: “a honra constituiria um pressuposto do processo de comunicação, pelo qual devem ser reconhecidos à pessoa todos os direitos e condições materiais para sua participação social. À medida que se lhe assegurem esses direitos participativos, também se passa a reconhecer-lhe a condição de pessoa, dotada de dignidade” (TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 97).

fama ou o estado psicológico do seu titular), mas em um aspecto valorativo inerente a todo indivíduo: o valor de reconhecimento que deriva da sua dignidade humana fundamental²⁷.

Alguns autores, contudo, veem um problema nesta forma de definição da honra. Compreendida como simples decorrência do postulado da dignidade humana, a honra assim conceituada promoveria um cenário de grande insegurança jurídica, porque deixaria de prestar atenção ao histórico de vida dos cidadãos que, a princípio, a titularizam, muito embora este seja um importante fator para se constatar se, de fato, eles têm condições de reivindicar a pretensão ao respeito que seu *status* moral igualitário lhes confere.

Pense-se, por exemplo, no caso de um servidor corrupto que, de forma contumaz, desvia dinheiro dos cofres públicos, ainda que poucas pessoas tenham pleno conhecimento de suas atitudes. Imagine-se, ainda, que um dos poucos que sabem de seus desvios decide lhe acusar publicamente pelos desfeitos praticados.

Em um primeiro momento, pode-se imaginar que sua conduta de vida forneceria motivos suficientes para justificar as acusações que lhe seriam dirigidas, mas se sua honra for pensada apenas como uma faceta de sua dignidade humana (que não se mitiga nem mesmo em decorrência da prática de condutas imorais ou ilegais), faria sentido falar-se na possibilidade de tutela deste direito seu, reprovando-se as denúncias feitas em seu prejuízo.

O conceito de honra, então, convalidaria a proteção de uma *honra aparente* (um reconhecimento social imerecido), algo intuitivamente problemático.

Os críticos do conceito puramente normativo de honra, portanto, fazendo notar que esta pode ser diminuída, ou aumentada, a depender das condutas e práticas levadas a efeito por seu titular, acrescentam um componente empírico à concepção em questão, defendendo a existência de uma concepção *fático-normativa* da honra²⁸.

A ideia de que os indivíduos podem acrescentar ou retirar conteúdo do valor real que

²⁷Ainda que partilhem dessa ideia fundamental, os conceitos normativos da honra foram elaborados de diferentes formas, por diferentes autores, o que apenas reforça a dificuldade de especificação deste conceito. De fato, Hirsch chama a atenção para isso, ao afirmar que “no que diz respeito ao conceito normativo de honra em particular, até hoje não existe um consenso a respeito de sua exata definição. Alguns autores falam diretamente de uma merecida pretensão ao respeito. Majoritariamente, se fala da honra como o valor interno verdadeiro ou prestígio do qual surge uma pretensão ao respeito” (HIRSCH, Hans Joachim. “Cuestiones fundamentales acerca del honor y de la injuria”. Idem. p. 537). Seja como for, há um lugar comum na definição normativa da honra, que é justamente o fato de ser ela alicerçada na ideia (valorativa) de dignidade humana fundamental, o que é o que realmente importa para as reflexões desenvolvidas nesta dissertação.

²⁸Ainda que, ao fundo e ao cabo, tal nomenclatura revele-se mais um preciosismo conceitual, que não infirma a ideia central do conceito normativo de honra (a noção de que ela fundamenta-se na dignidade humana e tem seu conteúdo preenchido pelo valor de reconhecimento do indivíduo e pela pretensão de respeito que dele é decorrente), alguns autores insistem em separar as duas classificações. Vide, por exemplo: LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*. Idem. pp. 80 e ss.

possuem está associada ao fato de que eles têm deveres ético-sociais a serem cumpridos²⁹ e que, se inobservados, autorizam uma proteção diminuída da honra³⁰.

Assim se manifesta, por exemplo, Juan L. Fuentes Osorio: “Como resposta a estas críticas [ao conceito normativo puro] apareceram outros enfoques que procuram tutelar, exclusivamente, a honorabilidade *merecida* (ou *real*), mas não a aparente; só aquele que efetivamente se comportou de maneira virtuosa, mas não aquele que simula atuar de tal modo. A virtuosidade da conduta se mede pelo nível de respeito real aos valores ético-sociais dominantes”³¹.

A proteção da honra, portanto, não é geral, mas apenas da *honra merecida*³², ou seja, aquela a que o cidadão faz jus, por ter uma atuação, perante a sua comunidade, que seja correspondente com as obrigações e deveres éticos, morais e jurídicos que deve observar na sua convivência social (o que os autores chamam de componente dinâmico da honra).

À medida que deixa de atender a essas exigências, contudo, “a extensão do objeto de tutela é reduzida para cada pessoa, de acordo com o que suas condutas afetam na sua fama e na sua autoestima, mas sempre restando um mínimo de proteção assegurado”³³ (o que é chamado de componente estático da honra, seu núcleo básico de proteção, associado, ainda, à ideia de dignidade humana fundamental).

Todos esses desenvolvimentos do conceito, entretanto, não conseguem superar as dificuldades inerentes à missão de especificar qual o verdadeiro conteúdo juridicamente relevante da honra. Isso ocorre, em suma, por duas razões.

Em primeiro lugar, porque a remissão do conteúdo básico da honra às noções de dignidade humana e de valor de reconhecimento dos cidadãos é demasiado *imprecisa* para explicitar o que, efetivamente, se quer proteger através do direito.

O conceito de dignidade é ele próprio objeto de inúmeras controvérsias a respeito do seu verdadeiro significado³⁴, e a ideia derivada dele, de que os indivíduos possuem um valor

²⁹Em sua maioria, esses deveres ético-sociais correspondem aos deveres cívicos que todo cidadão têm, de respeitar a lei, de não interferir na esfera de direitos de terceiros, etc.

³⁰LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*. Idem. p. 80.

³¹FUENTES OSORIO, Juan L. “El bien jurídico honor”. In: *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. único, n.º. 60, 2007, pp. 422/423 (tradução livre).

³²GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. “Revisión del contenido del bien jurídico honor”. Idem. p. 306. A ideia de honra merecida é também defendida por outros autores: LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*. Idem. p. 80; BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Liberdade de expressão e direito à honra: uma nova abordagem no direito brasileiro*. Idem. p. 269.

³³FUENTES OSORIO, Juan L. “El bien jurídico honor”. Idem. p. 448.

³⁴Por isso mesmo, Hirsch afirma que, na tarefa de definir o bem jurídico tutelado nos casos de crimes contra a honra, “não é necessário recorrer ao conceito geral de dignidade humana, este um *caballo de Troia* para a diluição do conceito de honra” (HIRSCH, Hans Joachim. “Cuestiones fundamentales acerca del honor y de la

real que deve ser reconhecido pelos demais, tampouco consegue esclarecer em maiores detalhes a exata dimensão daquilo que o sistema jurídico pode, legitimamente, tutelar.

Em que medida uma declaração ofensiva a um cidadão reveste-se de tal intensidade e gravidade que justificaria a intervenção do direito coibindo-a, a fim de proteger o valor de reconhecimento da vítima³⁵? Caso as ofensas proferidas lastreiem-se em fatos verídicos a respeito do comportamento social da vítima, haveria necessidade de punição?

Essas são questões que permanecem sem respostas, mesmo deixando-se de adotar as clássicas concepções fáticas de honra e procurando-se defini-la a partir de parâmetros normativos, como o faz a moderna doutrina do direito penal. Nem mesmo a adição do componente empírico à concepção normativa da honra, por sinal, atinge o objetivo de mitigar todas essas dificuldades.

Isso é assim, fundamentalmente, porque tanto dignidade humana, quanto valor de reconhecimento dos indivíduos, são conceitos de um tipo bastante especial que, como se verá adiante, não podem ser definidos sem que um exercício interpretativo mais complexo seja realizado.

Além disso, e em segundo lugar, muitas dúvidas podem surgir a respeito de que deveres ético-sociais são relevantes para afetar o merecimento da honra por parte de seus titulares e, como nota Juarez Tavares, a própria noção de que uma avaliação desse merecimento é possível é, a bem da verdade, amplamente contestável:

haverá, efetivamente, um merecimento, capaz de encetar um direito

injúria”. Idem. p. 543).

³⁵Assim, por exemplo, Juarez Tavares afirma que “O Estado não pode sancionar como delito a ofensa, pura e simples, a sentimento pessoal de autoestima, como se pretende fazer, ao dar-se à expressão ‘decoro’, contida no art. 140 do CP, interpretação semelhante à de ‘sentimento de seu próprio valor pessoal’. Se tal ocorresse, qualquer expressão, que contivesse o menor e mais significativo sentido de crítica poderia implicar ofensa à honra, o que tornaria a vida social absolutamente insuportável. Bastaria que essa crítica pudesse implicar um certo desconforto no sentimento de vaidade da pessoa para daí resultar, imediatamente, a configuração da injúria punível” (TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 102). Ainda que tenha notado essa dificuldade inerente à análise dos crimes contra honra, parece pouco convincente a proposta do autor, de que uma definição mais objetiva da ideia de dignidade pessoal (em si mesma difícil de ser alcançada) conseguiria eliminar o problema por ele relatado, criando parâmetros mais efetivos para se determinar quando uma ofensa proferida a outrem reveste-se de dignidade criminal – o erro está, portanto, não na utilização de um conceito fático de honra subjetiva, mas na tentativa de delimitar o alcance da intervenção penal legítima a partir de uma *definição simplificada* do (controverso) valor honra. Hirsch também se atenta a isso, ao discutir o que chama de os “parâmetros da honra”; deixa entender, por exemplo, que sem definir critérios mais precisos para especificar quando a honra normativa é violada, não seria possível decidir se “comete uma injúria quem diz, sobre um grande escritor, que ele não é um mestre da literatura” (HIRSCH, Hans Joachim. “Cuestiones fundamentales acerca del honor y de la injuria”. Idem. p. 545), o que traduz, justamente, a vagueza da definição doutrinária da honra. A forma mais apropriada de se conferir conteúdo material a conceitos controversos deste tipo será, entretanto, objeto dos itens subsequentes deste trabalho – por agora, basta entender que a generalidade e imprecisão das definições tradicionais da honra, mesmo as mais modernas (como a honra normativa), decorrentes de um equívoco metodológico da tarefa interpretativa, infirmam a possibilidade de que seja resolvido o dilema acerca da legitimidade de sua proteção por via penal.

ao respeito? Em caso positivo, haverá a necessidade de se esclarecer acerca dos elementos e dos contornos delimitativos desse merecimento, o que pode gerar outras questões: (a) todos merecem o mesmo respeito? (b) O respeito tem limites? (c) é possível reduzir o respeito? (c) o parâmetro do respeito tem por base a pessoa ou suas relações?³⁶.

Que alternativas, então, podem ser encontradas para superar esses problemas? Ao menos parte da solução (o seu começo), deve-se dizer, encontra-se associada a uma importante característica das modernas democracias ocidentais: o ideal constitucionalista.

Isso porque, a partir do momento em que as constituições nacionais chamaram para si a responsabilidade de definir e delimitar o referencial axiológico que orientará a conformação de toda a comunidade política, qualquer reflexão a respeito do conteúdo e do significado dos valores e interesses constitucionalmente consagrados passou a depender de uma análise sistêmica do texto constitucional, a qual procura capturar as mútuas influências que esses interesses e valores exercem entre si³⁷. Não é outro o caso do direito à honra.

Muitos autores, por sinal, têm reconhecido esse papel que o direito constitucional vem desempenhando na especificação do conteúdo material protegido pelas normas penais, em especial no caso das incriminações que se pretende analisar nesta dissertação.

É usual, por exemplo, afirmar-se que o *princípio da igualdade*, consagrado em grande parte dos textos constitucionais contemporâneos, passou a incidir sobre a definição da honra, chamando a atenção para o fato de que ela “deverá ser titularizada por todos os membros da sociedade”³⁸, mitigando as ultrapassadas concepções que procuravam associar a esse valor qualquer ideia de merecimento aristocrático³⁹.

³⁶TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 95.

³⁷Essa é, por sinal, a mesma conclusão feita por Maria Rosa Fernández Palma, professora de direito penal na Universidad Autónoma de Barcelona: “A Constituição há de ser, sem dúvidas, o primeiro e mais decisivo referencial para a nossa indagação [qual o conceito de honra]; e isso não só por sua característica de Norma Suprema, com eficácia frente a todo o ordenamento jurídico, ou porque a honra se encontra prevista como um direito fundamental naquela, mas também porque é precisamente na Norma Fundamental que se acorda sobre o tipo de sociedade, o sistema jurídico-político que quer adotar um grupo de indivíduos determinados, e consequentemente o conjunto de valores desenhados como prioritários, para a realização dos quais se ordena todo o sistema” (FERNÁNDEZ PALMA, María Rosa. “Reflexiones sobre el contenido constitucional del honor”. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi, 2001, p. 1323 – tradução livre).

³⁸GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. “Revisión del contenido del bien jurídico honor”. Idem. p. 309.

³⁹“O princípio da igualdade, que adquire especial vigência no âmbito dos direitos fundamentais, impõe um definitivo processo de democratização ou socialização da honra, deslegitimando as concepções ‘aristocráticas’ ou ‘meritocráticas’ que fazem a titularidade do valor depender do gozo de concretas qualidades presentes nas pessoas” (FERNÁNDEZ PALMA, María Rosa. “Reflexiones sobre el contenido constitucional del honor”. Idem. p. 1345 – tradução livre). Outra importante questão é solucionada através dessa incidência do princípio

De outro lado, do *princípio do pluralismo político*, igualmente característico das constituições contemporâneas, “se deduz que o ordenamento jurídico não pode refletir a tutela de um determinado código ético”⁴⁰, instituindo valores ético-sociais relevantes apenas para uma parcela da população como o parâmetro de constatação da honra merecida por todos.

Valores e interesses de *status* constitucional, portanto, interferem e influenciam a interpretação que se quer dar aos conceitos utilizados em todas as searas direito⁴¹, e com o sistema criminal não poderia ser diferente.

Desse modo, a fim de se averiguar com maior precisão o conteúdo e a extensão do direito fundamental à honra, para depois se avaliar se o direito penal pode, de forma legítima, o tutelar, é essencial identificar que outros princípios e direitos fundamentais (se é que eles existem) têm o condão de incidir e modelar o âmbito juridicamente relevante da honra. Como, entretanto, é possível fazê-lo?

Uma alternativa bastante razoável é aquela que procede a partir de uma análise inversa das que, usualmente, os teóricos realizam sobre o tema: em vez de se procurar definir antecipadamente o que é a honra, parece mais interessante pontuar o que, historicamente, o sistema criminal pretendeu proibir como ofensas a esse direito fundamental.

Deve-se investigar, portanto, *como* estão redigidas essas criminalizações, é dizer, *que espécie* de condutas e práticas são por elas restringidas.

Assim, será possível identificar a existência de algum elemento comum às incriminações em questão, o qual poderá pôr em evidência o que verdadeiramente se está em jogo ao se debater sobre a legitimidade dessas proibições penais – afinal de contas, como

igualitário sobre o conceito de honra: é antigo o debate sobre a possibilidade de que incapazes sejam vítimas nas ofensas contra a honra, em especial no caso da injúria. Muitos autores sustentaram respostas negativas a essa questão, pontuando que, se a honra é entendida como honra subjetiva, no que diz respeito ao crime do artigo 140 do CP, incapazes não poderiam figurar no polo passivo da ação penal, porque não teriam a capacidade de apreender a ofensa e, assim, de ter seu sentimento de autoestima lesionado. Definindo-se a honra a partir da influência hermenêutica do princípio da igualdade, naturalmente, essa argumentação perdeu qualquer credibilidade, haja vista a impossibilidade de se justificar, constitucionalmente, uma proteção jurídico-penal conferida apenas a um grupo específico de cidadãos. Atentando-se para esse desdobramento do princípio da igualdade, vide: LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*. Idem. p. 72. A crítica é tão procedente que já na leitura de autores clássicos é possível encontrar-se justamente essa ideia. Vide: FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal*. Parte especial (arts. 121 a 167). Idem. p. 106.

⁴⁰GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. “Revisión del contenido del bien jurídico honor”. Idem. p. 309.

⁴¹Esse é, por sinal, o caminho para se entender porque as definições dogmáticas tradicionais da honra erram metodologicamente ao procurar interpretar seu significado; há mais em jogo do que imaginam no processo interpretativo de conceitos controversos como a honra. Reconhecer todas as formas através das quais a interpretação constitucional interfere na delimitação da concepção mais apropriada da honra é, todavia, justamente o que a doutrina penal tradicional deixou de realizar.

relata Juarez Tavares, “as formas encontradas pelo legislador brasileiro, de traduzir as ofensas à honra em atos de calúnia, difamação e injúria, são modos pelos quais se executa a tarefa político-criminal de traçar com nitidez os limites do lícito e do ilícito”⁴² penal.

1.1.3. Os crimes contra a honra: o que o código penal brasileiro proíbe?

Três são os crimes previstos no Código Penal brasileiro que se destinam a assegurar a proteção da honra: os conhecidos tipos penais da calúnia (art. 138, CP), difamação (art. 139, CP) e injúria (art. 140, CP).

Os dois primeiros, diz a doutrina clássica, se prestam a proteger a (ultrapassada) *honra objetiva* dos cidadãos – projetam-se, portanto, para o aspecto mais coletivo e social da honra; o último, por sua vez, com vistas à proteção da *honra subjetiva*, no linguajar tradicional, se destina à preservação dos aspectos mais pessoais deste direito fundamental. De quê forma?

O crime de calúnia se perfaz através da falsa imputação de fato definido como crime a alguém. Isso significa, em palavras mais claras, que o tipo criminaliza a conduta de alguém que *afirma* ter outrem sido o responsável pelo cometimento de algum delito, desde que saiba da falta de veracidade desta acusação⁴³.

É um crime que reprova, por conseguinte, a simples prática de verbalmente atribuir a alguém a responsabilidade pela realização de um fato socialmente desvalorizado, de modo a criar-se, no mínimo, dúvidas a respeito da retidão moral do ofendido⁴⁴: “*ao dizer-se que a vítima cometera um delito, sendo falsa a afirmação, já se estará procedendo à sua diminuição no mundo social*”⁴⁵.

Trata-se de um crime de dano, porquanto “o processo de imputação da ação delituosa está também ancorado na modificação do mundo exterior, a qual, porém, não deve ser vista sob o aspecto puramente mecânico, mas normativo”⁴⁶.

Isso significa que, após a ocorrência da falsa comunicação, o estado ocupado pela

⁴²TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 98.

⁴³É, por sinal, justamente esse aspecto final do crime que o especifica diante das demais modalidades criminosas. Juarez Tavares é quem afirma isso, ao defender que a difamação também pode se configurar através da imputação de fato criminoso. Vide: TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 109.

⁴⁴Ou, de acordo com o artigo 138, §1º, do CP, a conduta de propagar e dar maior divulgação a uma acusação deste tipo, quando, de igual forma, se sabe da falsidade das acusações – conduta que, tal qual a descrita no *caput* do tipo penal da calúnia, se consolida com a simples manifestação verbal acerca dos fatos imputados à vítima, o que não infirma em nada o que se está a argumentar no texto principal da dissertação.

⁴⁵TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 111 – g.n.

⁴⁶TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 111.

vítima deve ser um *estado materialmente pior* do que aquele por ele desfrutado antes de perpetrado o delito. Um “estado materialmente pior”, nessas hipóteses, seria aquele no qual, em decorrência direta da manifestação do sujeito ativo do crime, o cidadão vitimado teria sua respeitabilidade e integridade sociais postas em questão pela comunidade.

Em outras palavras, a conduta criminosa tipificada pela calúnia deve ser capaz de provocar uma *diminuição efetiva* da honra do ofendido, é dizer, deve ser capaz de gerar algum tipo de *depreciação social* do cidadão, mitigando-lhe as possibilidades de reconhecimento e de participação social⁴⁷.

Por isso, para que haja a consumação do crime, é necessário que “a ofensa, ou seja, a atribuição, falsa, à vítima de haver praticado um delito, chegue ao conhecimento de terceiro”⁴⁸, pois só assim se concretizará o dano necessário à sua completa materialização delitiva. É necessário que a expressão acusatória seja *pública*, a fim de que seja apta a ensejar alguma repercussão social negativa em prejuízo do ofendido.

A difamação, noutra banda, também referenciada aos aspectos coletivos da honra, consiste igualmente na imputação de fato a alguém, com a diferença de que: (i) não se exige a falta de verdade da imputação⁴⁹; e (ii) não se exige que o fato imputado corresponda a alguma figura criminosa, mas apenas que seja *determinado e ofensivo à reputação* do ofendido.

Deve ser determinado para que, nos dizeres de Juarez Tavares, “possa ser identificado como fato e não como más qualidades ou juízos de valor sobre a vítima”⁵⁰ – objeto material do crime de injúria, como se verá. Ofensivo à reputação, porque, tal qual no caso da calúnia, deve ser capaz de promover algum tipo de diminuição no reconhecimento social da vítima, é dizer, deve ser capaz de produzir um efeito lesivo e deteriorante de sua imagem e valor

⁴⁷“À medida que a vítima tenha sido diminuída em sua capacidade de participação, em face do reconhecimento negativo que se desenvolve sobre sua dignidade e respeito, estará perpetrado um dano à sua honra” (TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 111).

⁴⁸TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 111.

⁴⁹Isso já é, por si só, um forte problema a pesar contra o tipo penal da difamação, muito embora não caiba, nesse momento, um maior desenvolvimento da questão. Isso porque pretender associar o debate sobre a legitimidade das incriminações penais em questão à necessidade de que haja falsidade nos fatos imputados terminaria por levar à apressada conclusão de que inexistem problemas no crime anteriormente abordado, a calúnia. Ocorre, todavia, que essa é apenas uma dimensão de todo o problema, que, portanto, será posteriormente avaliada, quando pertinente para a construção do argumento geral que orienta esta dissertação. Deve-se ressaltar, contudo, que essa ampliação do âmbito de incidência da norma penal não se aplica aos casos em que a ofensa é proferida contra funcionário público; dado o especial interesse em se asseverar a moralidade da Administração, o direito brasileiro reconhece que, comprovada a veracidade do fato imputado em prejuízo de servidor público, quando no exercício de suas funções, afasta-se a tipicidade do delito (art. 139, parágrafo único, CP). Vide: TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. pp. 104/105.

⁵⁰TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 104.

perante a comunidade política.

Por isso é que Juarez Tavares também chama a atenção para o fato de que, muito embora não se possa aplicar as exceções de verdade ao crime de difamação⁵¹, a legislação nacional prevê uma possibilidade de afastamento da responsabilidade penal quando comprovada a *notoriedade do fato imputado* (art. 523, CPP)⁵² – é dizer, quando se atesta que a ofensa dirigida é tão conhecida pela população em geral que não representa um efetivo risco de lesão da honra penalmente tutelada⁵³.

Isso porque, para a materialização do crime de difamação, tal qual no caso da calúnia, é preciso que a ação ofensiva implique efetivamente um aumento do risco para a honra alheia. Neste passo, o bem jurídico só pode ser considerado violado quando a narrativa desse fato represente para ele um gravame de tal ordem, que se possa afirmar que, a partir de sua divulgação, se tenha modificado o *status* vigente e se inaugure outro *status* sobre a estabilidade da reputação anteriormente mantida⁵⁴.

Trata-se também de crime de dano, que se concretiza apenas quando se pode demonstrar a ocorrência de uma lesão materialmente relevante da honra do ofendido, ou seja, quando a manifestação do sujeito ativo consegue abalar o estado de reconhecimento e valor social de que desfrutava o indivíduo vitimado, antes de proferida a declaração ofensiva.

Depende, portanto, para a sua consumação, de que o fato imputado seja levado ao conhecimento de terceiros, pois somente através de sua publicidade (como na calúnia) é possível atestar-se a mitigação da probidade antes associada ao sujeito passivo do delito.

Conclui-se, portanto, que tanto a calúnia quanto a difamação são figuras criminosas que reprimem aquelas ações através das quais um cidadão decide simplesmente *comunicar publicamente* aos seus pares alguma informação depreciativa a respeito de alguém (ainda

⁵¹Previstas para o crime de calúnia, no artigo 138, §3º, do Código Penal, as quais possibilitam o afastamento da responsabilidade criminal nos casos em que a verdade dos fatos imputados é comprovada.

⁵²“Com isso, poder-se-á dizer que o sistema penal brasileiro acolhe, neste particular, a orientação do antigo regime adotado no Código Napoleônico, posteriormente alterado pela lei de imprensa, de só punir os delitos contra a honra, em qualquer de suas formas, quando falsa a imputação ou quando a sua veracidade não puder ser provada” (TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. pp. 105/106).

⁵³“Se o fato é notório, não se pode mais ofender o bem jurídico ‘dignidade’, *em seu aspecto social*, que constitui, também na difamação, o objeto jurídico da ofensa. Com isso, já não mais se estará atribuindo à vítima um comportamento desonroso em virtude de sua vida privada, da qual os demais não deveriam tomar conhecimento. Apenas se reproduz o que todos já sabem. Quando se reproduz o que todos já sabem, a conduta se manteve nos limites do risco autorizado, ou seja, nos limites do que se admite como normal em uma vida comunitária” (TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. pp. 106 – g.o.).

⁵⁴TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. pp. 107/108.

que as razões para essa depreciação seja diversas em cada um dos delitos).

As figuras delitivas que visam à proteção penal da honra, entretanto, não se esgotam nessas duas. Há, ainda, o crime de injúria, o qual já se diferencia dos demais em função do aspecto da honradez humana que visa a tutelar.

A injúria, ao contrário da calúnia e da difamação, se volta à proteção da dimensão individual e pessoal da honra. Condena não as manifestações públicas a respeito do comportamento desvirtuado e desvalorado de alguém, que têm o condão de diminuir a respeitabilidade/o reconhecimento social do ofendido, mas sim as declarações que, por se revestirem de um *caráter insultuoso*, qualificam pejorativamente o ofendido⁵⁵.

Por isso, afirma Juarez Tavares justamente que “haverá, assim, injúria, quando se atribuam ao sujeito *más qualidades* ou contra ele se emitam *juízos de valor negativos*, que possam menoscabá-lo como pessoa”⁵⁶.

Dois são os elementos normativos que, transcritos no tipo penal do artigo 140, do Código Penal vigente, pretendem indicar a forma como esse menoscabo se traduz juridicamente: a injúria ocorre com ofensas à *dignidade* ou ao *decoro* da vítima – muito embora há quem diga que este é apenas uma espécie daquela, de modo que “o delito de injúria deve ser visto, essencialmente, como delito contra a dignidade pessoal e não contra o decoro”⁵⁷.

Isso significa, em linhas gerais, que o seu juízo de reprovação destina-se àquelas afirmações feitas sobre alguém que procuram, através de “todos os meios de expressão do pensamento”⁵⁸, diminuir ou contestar a capacidade de os cidadãos desenvolverem e afirmarem suas próprias personalidades e orientações de conduta, ou seja, que procuram menosprezar os indivíduos em função daquilo que eles são ou daquilo que eles desejam ser na sua vida, coletiva e/ou particular⁵⁹.

⁵⁵Importante notar que, na sua modalidade qualificada, prevista no artigo 140, §3º, comumente chamada de injúria racial, a essência da conduta recriminada é a mesma – uma declaração insultuosa proferida contra alguém –, com a única particularidade de que *o conteúdo da expressão ofensiva* deva ser referido a aspectos específicos da personalidade da vítima (referente à sua raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência).

⁵⁶TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 101 – g.n.

⁵⁷TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 102.

⁵⁸HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Idem. p. 91.

⁵⁹Sobre isso, afirma Juarez Tavares: “Admitindo-se que a cada indivíduo se deverá reconhecer a capacidade de própria orientação e de desenvolvimento de sua personalidade, igualmente se deverá reconhecer que essa capacidade só pode ser exercitada ali e quando o indivíduo se veja seguro desse reconhecimento, no tocante ao respeito que recebe de todos, como pessoa. O *aspecto positivo* da dignidade se torna, pois, violado quando sobre a pessoa se projetem juízos de menosprezo pessoal e reprovação social que se refiram, exclusivamente, a atos ou a condições particulares, ou próprios de sua personalidade ou orientação de conduta” (TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 102 – g.o.).

A injúria, em suma, é o delito que faz incidir um juízo de reprovabilidade criminal sobre as expressões que *insultam um cidadão*, por manifestarem uma *opinião* que o agente detém sobre a vítima que é considerada ofensiva, agressiva ou depreciativa de sua personalidade: “traduz a injúria a *opinião pessoal* do agente, manifestada em qualquer conduta capaz de exprimir o menosprezo que sente pela vítima”⁶⁰.

Consuma-se o crime, desse modo, apenas quando o ofendido toma conhecimento do teor das ofensas proferidas, pouco importando a publicidade das mesmas⁶¹.

Pois bem. Delimitadas dessa forma, o que guardam em comum as três figuras criminosas em questão?

Primordialmente, o fato de que todos os crimes em questão “estão estruturados como ações que ofendem a pessoa *mediante imputações de condições ou atos particulares*, vinculados direta ou indiretamente ao seu modo de vida, à condução de suas atividades sob critérios de opção ou orientação própria, ou a deficiência pessoais, por cuja origem não se lhe pode responsabilizar”⁶².

São crimes, portanto, que se materializam através da emissão de, *narrativas, opiniões* ou *impressões* sobre a vida alheia, seja relatando a prática de condutas moralmente reprováveis praticadas por terceiros, seja atribuindo a eles qualificações e outros atributos que se estime pejorativos e insultuosos à sua identidade pessoal⁶³.

Dessa forma, torna-se nítido que, “nas ofensas à honra, o que está em jogo é a forma como se configura o conflito social gerado pelo confronto entre a proteção da dignidade da

⁶⁰PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Vol. 2. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 248.

⁶¹No caso de ofensas públicas que, entretanto, não tenham chegado ao conhecimento da vítima, o direito brasileiro apenas reconheça o crime de injúria na sua modalidade tentada. Vide: TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 103.

⁶²TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 103.

⁶³Na doutrina penal espanhola, por exemplo, há uma preocupação em se distinguir os atos que caracterizam os crimes contra a honra em dois tipos de expressão: a imputação de fatos e a emissão de juízos de valor. Em linhas gerais, os primeiros caracterizariam os crimes de calúnia presentes no código criminal espanhol (o que, no direito brasileiro, corresponderia aos crimes de calúnia e difamação, dada a inexistência, em Espanha, de uma figura delitiva como a difamação), conquanto os segundos implicariam o cometimento de injúrias. Essa separação, contudo, não é estanque, dado que muitas manifestações verbais proferidas em prejuízo de alguém poderiam caracterizar tanto uma imputação de fatos quanto uma emissão de juízo de valor – como, por exemplo, na hipótese de um indivíduo que chama a outro de “corrupto” ou de “ladrão”, posto que, dessa forma, ele tanto poderia imputar ao ofendido a prática de um ou diversos fatos reprováveis (querendo dizer que a vítima teria roubado algo, ou se deixado corromper por algum motivo), quanto apenas emitir uma opinião a respeito do caráter da pessoa ofendida. Nessas situações, a doutrina penal tende a afirmar que é o contexto das declarações que especificará o tipo de discurso que fora proferido pelo agente; de todo modo, essas particularidades da distinção têm pouca relevância neste momento, porque o importante é notar que *qualquer* das formas possíveis de se praticar uma ofensa à honra é feita através de um *ato de expressão*, independentemente de qual seja ele. Para, entretanto, uma análise acurada destas distinções, vide: LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*. Idem. pp. 203/209.

pessoa humana e a liberdade de expressão”⁶⁴, posto que alguns importantes *interesses humanos* subjacentes a esses direitos fundamentais aparentam ser, em muitas das situações em que incidem os mandamentos proibitivos penais em comento, irreconciliáveis.

Se a definição do que vem a ser a honra, por sua vez, depende da incidência de princípios constitucionais como o *princípio da igualdade* e o *princípio do pluralismo político*, como indicado, é inquestionável que, dada essa natureza comum das condutas criminalmente reprovadas pelos tipos penais em questão, a especificação do conteúdo material por eles protegidos dependerá também da interpretação que for conferida ao *princípio constitucional da liberdade de expressão*.

Na verdade, dado que os principais problemas práticos suscitados por essas incriminações lidam, até mesmo na literatura mais tradicional sobre o tema, com problemas associados a quais são os limites da legítima (e legalmente protegida) manifestação de ideias e pensamentos⁶⁵, a compreensão do alcance e da extensão do que vem a ser a honra

⁶⁴TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. Idem. p. 90.

⁶⁵Como, por exemplo, as já mencionadas reflexões a respeito da necessidade de que haja um conteúdo falso não só na calúnia, mas também na difamação, para existir alguma dignidade penal na sua tipificação (leia-se: falar a verdade pode ser algo considerado ilegal? Sob que circunstâncias?), ou na questão a respeito da necessidade de se identificar algum ânimo específico de ofender na prática dessas condutas criminosas, não apenas uma manifestação do pensamento orientada por outras razões (Há motivações que, por promoverem interesses outros ou revestirem-se de um valor intrínseco, legitimariam até as declarações mais agressivas a respeito de alguém?) – todas são problematizações que, como dito, circundam os limites do que são expressões legítimas ou não. Esse debate é assimilado pela doutrina penal através do recurso às categorias mais tradicionais da teoria do delito, normalmente no que diz respeito ao juízo de antijuridicidade, realizado após a identificação da tipicidade das condutas que se quer reputar como criminosas; isso porque a ideia de ilicitude, atualmente, é compreendida em uma dupla dimensão: (i) ilicitude *formal*, ou a contrariedade da ação com relação aos mandamentos legais; e (ii) ilicitude *material*, ou a existência de uma efetiva lesão do bem jurídico tutelado pela norma, sem que outros meios menos gravosos possam ser utilizados para responder a conduta lesiva. Ocorre que, para existir a antijuridicidade *material* da ação supostamente criminosa, diz a doutrina penal ser necessário que inexistam outros interesses (bens jurídicos) mais valiosos que sejam protegidos e preservados pela ação que se quer coibir através da intervenção penal; dessa forma, a verificação das chamadas *causas de justificação*, que afastam a possibilidade de responsabilização penal, é feita por um *juízo de ponderação* entre os supostos interesses tutelados pela norma penal e os supostos interesses que a conduta praticada pelo agente intencionava promover. Roxin é claro sobre isso: “desde o ponto de vista da antijuridicidade, o injusto material da lesão de bens jurídicos pode excluir-se pelo fato de que, no caso de colisão entre dois bens jurídicos, se prefere o interesse pelo bem jurídico mais valioso em comparação ao menos valioso, com o que o resultado é que, muito embora haja um sacrifício de algum bem jurídico, se produz algo socialmente proveitoso ou ao menos não se produz um dano social jurídico-penalmente relevante” (ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 558 – tradução livre do espanhol). Essas ideias, aplicadas ao caso dos crimes contra a honra, levam a doutrina penal a defender justamente a tese de que essa análise comparativa entre os direitos fundamentais à honra e à liberdade de expressão é um problema relativo à ilicitude das condutas praticadas pelos agentes caluniantes, difamadores ou injuriantes (daí a solução comum de se categorizar a exceção de verdade, por exemplo, como uma causa de justificação do crime de calúnia). Ocorre que, se o intento da dissertação é argumentar a favor da ilegitimidade de qualquer proteção penal da honra, deve-se concluir que o caminho adotado pela dogmática penal tradicional é equivocado, já que a questão desenvolve-se anteriormente e remete ao problema da própria constitucionalidade das incriminações.

juridicamente relevante *só* pode ser alcançada a partir da delimitação do âmbito de incidência da norma protetiva do direito fundamental à liberdade dos discursos⁶⁶.

De fato, para se saber o que o direito nacional *deve* considerar como um valor ou interesse digno de proteção, por meio de seus métodos de controle social formal, sob a ideia de um *direito à honra*, será imperativo que se esclareça, anteriormente, tudo aquilo que *não pode* ser reconduzido ao conteúdo normativo deste direito individual dos cidadãos, por constituir o exercício legítimo daquela outra garantia constitucional relevante, qual seja, a garantia ao direito de liberdade de expressão.

E é a partir justamente desta constatação que se pode elaborar a hipótese de trabalho desta dissertação. Se for conferida uma interpretação o mais restrita do direito de liberdade de expressão, então poderá ser argumentado que a proibição dos discursos ofensivos à honra, por meio do direito penal, é legítima. Se, entretanto, for concedido um âmbito de incidência mais alargado a esse direito fundamental, então será forçoso reconhecer-se o contrário.

Aqui se pretenderá argumentar a favor desta última opção. Se pretenderá indicar que, dado o conjunto de princípios – morais, políticos e jurídicos – que orientam o sistema jurídico nacional, o escopo protetivo da norma constitucional que assegura o direito à livre manifestação do pensamento é tal que *impossibilita* uma atuação proibitiva do direito penal com vistas a tutelar a honra dos cidadãos (a hipótese do trabalho).

Esta limitação do âmbito de incidência legítima da intervenção criminal, consequência normativa direta da melhor compreensão que se consegue dar ao direito de liberdade de palavra, supõe-se, é fruto de uma *dupla influência* que esta última garantia constitucional dos cidadãos exerce sobre aquilo que deve ser considerado passível de proteção jurídica nos casos envolvendo o direito à honra: (i) uma influência a respeito do que vem a ser o sentido normativo dessa honra; e (ii) uma influência a respeito da intensidade

⁶⁶Por isso, alguns autores da dogmática penal chegam a defender que a incidência da liberdade de expressão levaria não à inexistência de antijuridicidade nas condutas supostamente ofensivas à honra, mais sim à *atipicidade* dessas ações: “Em minha opinião, entender o exercício da liberdade de expressão e informação como causa de justificação ou de atipicidade depende de como se enfrenta o problema: se se entende como uma situação de conflito, na qual cabe exercitar as liberdades de expressão e informação vulnerando a honra de forma tipicamente relevante, então deverá se entender essas situações como casos em que, sendo a conduta típica, cabe aplicar uma causa de justificação. Do contrário, se se entende, como acredito ser mais conveniente, que mais que uma situação de conflito em sentido estrito, o que existe é a necessidade de delimitar onde começa e acaba cada direito, deveria se concluir que se se atua no âmbito protegido constitucionalmente do direito à liberdade de expressão e informação *não há* ataque à honra penalmente relevante e, portanto, a conduta será atípica” (LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*. Idem. pp. 123/124 – tradução livre). Potencializando ainda mais esse raciocínio, seria possível concluir que, ao menos no que diz respeito ao direito penal, nunca haverá um âmbito constitucionalmente legítimo de proteção da honra, de modo que as condutas não podem ser atípicas, posto que sequer passíveis de criminalização.

através da qual essa honra pode ser protegida pela atuação do direito.

Como, entretanto, alcançar tais compreensões? A liberdade de expressão é, como dito, um direito constitucionalmente consagrado, de modo que é na Constituição Federal do Brasil que é enunciado e inserido no ordenamento jurídico nacional.

Diz-se, ali, entretanto, tão somente que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (art. 5º, inciso IV, CF) e que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (art. 5º, inciso IX, CF)⁶⁷, o que nada esclarece a respeito da questão.

É preciso, portanto, interpretar o que diz a Constituição, a fim de especificar o conteúdo passível de ser conferido a esse princípio fundacional do Estado de Direito brasileiro, mas essa não é uma tarefa fácil de ser desenvolvida.

Isso porque, ao fundo e ao cabo, diversos são os métodos postos à disposição do jurista para procurar conferir sentido e alcance aos preceitos constitucionais, de modo que, alterando-se as premissas teóricas adotadas, diferentes podem ser os resultados interpretativos alcançados.

É necessário, então, antes de mais nada, adotar-se uma *teoria da interpretação constitucional*, para que seja não só obtida, mas principalmente *justificada* aquela compreensão extensiva que se quer conferir ao direito fundamental à liberdade de expressão, para então se argumentar de que modo sucumbe a legitimidade da proteção penal da honra.

A isso se destina o item subsequente desta dissertação.

1.2. A metodologia: Dworkin e a “leitura moral do direito”.

1.2.1. Introdução: dois pontos de vista sobre o que é o direito.

A teoria do direito elaborada pelo filósofo norte-americano Ronald Dworkin⁶⁸ parte

⁶⁷Ainda que haja outros dispositivos associados ao direito em questão (todo o Capítulo V, do Título VIII, da CF), estes são os dois enunciados que *instituem* o direito de liberdade de expressão no ordenamento nacional, motivo pelo qual são os únicos referidos neste momento da argumentação. Qualquer relevância de outros dispositivos constitucionais para o tema será oportunamente destacada no trabalho.

⁶⁸Por quê Dworkin? Essa é uma pergunta muito relevante de ser feita, já que a teoria do jurista norte-americano é adotada como a metodologia interpretativa que norteará a argumentação deste trabalho. Duas são, portanto, as razões: em primeiro lugar, porque se acredita que as considerações teóricas feitas pelo autor são substancialmente verdadeiras e apresentam uma compreensão de como funciona a interpretação e argumentação jurídica não só mais condizente com a realidade de como desenvolve-se a prática jurídica, mas também mais honesta e eficiente na tentativa de fazer do direito um sistema legítimo de imposição da coerção estatal; segundo, porque a referência ao trabalho de Dworkin é crescente não só no Brasil, mas em diversos países da América Latina, da Ásia, da África e até mesmo da Europa Continental – sem falar no âmbito anglo-

de uma rigorosa crítica ao positivismo jurídico (dominante nas cátedras das faculdades de direito) para propor uma nova forma de se compreender o que é o fenômeno jurídico e, assim, estabelecer um método original de interpretação das normas jurídicas.

Segundo esse método, a aplicação do direito é intimamente dependente dos fundamentos que sustentam a prática jurídica como um todo, ainda que, como se verá, inexista um acordo teórico sobre que fundamentos são esses.

Essa ideia – de que os fundamentos do direito não repousam pacificamente em um acordo teórico entre juízes, advogados e demais estudiosos do direito – significa, em poucas palavras, que a tarefa de desenvolver e aplicar conceitos jurídicos aos casos concretos será, no mais das vezes, um *exercício de argumentação controversa*, em que *lados opostos de uma divergência filosófica mais profunda* divergirão sobre *aquilo que o direito realmente é* e, assim, procurarão demonstrar o maior poder persuasivo e a maior coerência das teses que defendem, oferecendo a solução que entendem ser a *mais bem fundamentada* para o caso concreto que devem solucionar⁶⁹.

Esse traço característico do *modus operandi* do sistema jurídico é, contudo, insistentemente esquecido pelas tradicionais teorias jusfilosóficas, que preferem sustentar a ideia oposta de que o direito é uma prática muito mais consensual do que controvertida, de modo que as dificuldades que surgem quando da sua aplicação indicam mais uma incapacidade de o sistema solucionar todos os problemas que é chamado a enfrentar do que uma divergência a respeito do que ele fundamentalmente é⁷⁰.

Essas ideias, ainda muito abstratas, precisam de maiores esclarecimentos. Contudo, é importante frisar, desde logo, que não se nega, com essas afirmações, que muitas das controvérsias que se apresentam ao operador do direito podem (e devem) ser solucionadas com fundamento em argumentos técnicos mais objetivos e incontroversos, os quais levam em consideração apenas a realidade fática do caso concreto (demonstrada através de provas)

saxão, onde a discussão proposta por ele iniciou-se e pautou, ao longo das últimas décadas, todo o debate relevante sobre a filosofia do direito contemporânea. Dworkin é, portanto, um autor do presente, que se projeta cada vez mais para o futuro. Uma explicação mais detalhada da crescente importância da obra dworkiana, que referenda estas considerações ora traçadas, pode ser vista em: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 28/49.

⁶⁹Segundo o autor, fazer uma teoria do direito é “adotar uma ou outra das posições em disputa a respeito de problemas de filosofia” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. X).

⁷⁰É essa a ideia que permeia as principais teorias positivistas do direito, segundo as quais existem casos jurídicos que, de tão complexos, habitam uma “zona cinzenta do direito”, na qual inexistem soluções corretas para o problema posto, que dependem da criação de “novo direito” para serem encontradas. Vide o que afirma Luciana Silva Reis: REIS, Luciana Silva. *Direito e método: a contribuição de Ronald Dworkin*. Dissertação (mestrado). Universidade de São Paulo: São Paulo, 2012, pp. 53 e ss.

e os institutos jurídicos desenvolvidos (de forma mais ou menos consensual) pela dogmática do direito, baseados nas normas positivadas no sistema legal.

Entretanto, algumas situações-limite, que envolvem problemas mais complexos, dificilmente encontram resoluções tão fáceis⁷¹. Para elas, não basta a referência mecânica e desarrazoada a uma classificação taxionômica já consagrada por desenvolvimentos doutrinários e exegéticos do que dizem as leis e as decisões judiciais em seus textos explícitos⁷², isenta de um raciocínio argumentativo mais agudo, que seja capaz de justificar a própria correção e adequação da aplicação dessas categorias ao caso concreto.

Subdividir o conceito de honra em distintas dimensões e classificações, por exemplo⁷³, não será suficiente para avaliar o problema da constitucionalidade dos delitos que visam à sua proteção, justamente porque existem sérias divergências a respeito de qual a sua melhor concepção, divergências que não podem ser superadas sem a remissão a um nível de argumentação mais abstrato e filosófico.

Esses casos mais sensíveis, de fato, evidenciam como a construção dos conceitos jurídicos é mais complexa do que em geral se pode imaginar e como ela demanda um tipo especial de argumentação para ser desenvolvida⁷⁴. Compreender como as razões filosóficas e teóricas mais abstratas – que são, na verdade, subjacentes ao direito posto – influenciam na determinação do alcance interpretativo das normas jurídicas é uma das principais contribuições que a teoria do direito desenvolvida por Dworkin conseguiu oferecer ao pensamento jurídico contemporâneo⁷⁵.

⁷¹Deve-se ressaltar que isso não significa que a teoria do direito dworkiana pretende oferecer uma explicação restrita a esses “casos de fronteira”; na verdade, os desacordos que permeiam a prática jurídica, e que tornam a sua aplicação controversa, podem habitar também os casos centrais do direito, conforme alerta Luciana Silva Reis: REIS, Luciana Silva. *Direito e método: a contribuição de Ronald Dworkin*. Dissertação (mestrado). Idem. ps. 60.

⁷²DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 06.

⁷³Como o faz a dogmática jurídico-penal, como visto (concepções fáticas, normativas, fático-normativas da honra).

⁷⁴DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 06. Esse é, por sinal, o ponto que, anteriormente, já se destacava quando se criticou a abordagem tradicional da doutrina penal na tentativa de conferir um conteúdo material à honra. A teoria dworkiana, portanto, se insere neste trabalho como o método interpretativo alternativo que se entende poder superar essas dificuldades iniciais.

⁷⁵Como disse o autor, na epígrafe que inicia este capítulo, “as diversas correntes da abordagem profissional da teoria do direito fracassaram pela mesma razão subjacente. Elas ignoraram o fato crucial de que os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 12). Por isso o autor afirma que, em casos dramáticos, o jurista “apela para princípios de justiça e política pública” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 08) para encontrar uma solução adequada para o problema que se lhe apresenta. Assim, conclui afirmando que “a teoria do direito deveria responder a essa preocupação [de solução dos casos difíceis] explorando a natureza da argumentação moral” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 09), e essas reflexões, repise-se, constituem uma das grandes contribuições que a teoria dworkiana oferece para a teoria geral do direito contemporânea.

De fato, o que se pode dizer por agora é que, desde que o *desafio dworkiano* foi lançado à teoria do direito, a compreensão sobre o papel da argumentação teórica na resolução de casos práticos foi cindida em duas abordagens antagônicas: aqueles que defendem uma influência apenas indireta da racionalização filosófica sobre o funcionamento prático do direito e aqueles que, como Dworkin, entendem existir uma relação direta entre teoria e prática jurídica.

Enquanto os primeiros assumem que a teoria geral do direito funciona como um “laboratório conceitual nutrindo a dogmática jurídica de categorias úteis para a resolução de conflitos jurídicos”⁷⁶, os últimos argumentam que “a resposta que damos à pergunta ‘o que é o direito?’ é fundamental para nossas práticas jurídicas centrais”⁷⁷, destacando a indissociabilidade existente entre argumentação jurídica e argumentação filosófica na prática judicial.

Este trabalho, entretanto, não pretende entrar neste debate; ele adota prematuramente um dos lados da discussão proposta e assume que sua racionalidade é, *ipso facto*, superior à que lhe faz antagonismo – este não é um trabalho sobre a teoria do direito contemporânea.

Ainda assim (ou, talvez, por isso mesmo), ele não está imune às críticas que os partidários da abordagem tradicional poderiam formular em prejuízo das premissas teóricas por ele adotadas. Por isso, antes de se debruçar sobre o tema central da dissertação, é necessário se fazer uma explanação prévia do que consiste a teoria do direito de matriz dworkiana, apresentando os principais argumentos do jurista norte-americano que, acredita-se, ajudam a comprovar que a sua opção metodológica é superior às que lhe fazem contraponto.

Isso é especialmente importante neste trabalho, porque o pensamento dworkiano, muito embora seja crescentemente influente em diversas searas do direito brasileiro contemporâneo, tem pouca (ou quase nenhuma) receptividade dentro dos estudos dogmáticos do Direito penal, ainda predominantemente influenciados pela tradição germânica das ciências criminais – tradição que, muito embora não explicitamente, adota uma racionalidade muito mais próxima daquela abordagem teórica que Dworkin procurou,

⁷⁶Uma imagem figurada pode auxiliar a esclarecer essa ideia: para esses pensadores, a teoria do direito desempenharia um papel análogo ao que a física desempenha, por exemplo, para a engenharia civil: a primeira formula conceitos técnicos que servem para orientar e aplicar as tecnologias da construção desenvolvidas pela última. A metáfora é de Ronaldo Porto Macedo Júnior, de quem também é a citação mencionada no corpo do texto. Vide: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “A crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua relevância: um esquema de crítica conceitual”. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, jul/dez2015, pp. 134).

⁷⁷MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “A crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua relevância: um esquema de crítica conceitual”. Idem. p. 135.

a todo tempo, refutar (e o conceito de bem jurídico, fundamental para a maior parte do pensamento penal brasileiro atual, é prova viva disso, como se verá adiante).

A esse objetivo se dedica a presente parte do trabalho; nas seções seguintes, se procurará apresentar a concepção teórica defendida por Ronald Dworkin, apontando de que forma ela fornece uma compreensão mais apropriada e correta das práticas jurídicas em geral, e destacando de que modo ela permite ao jurista desenvolver uma técnica de interpretação e aplicação do direito que não só é mais coerente com o modo através do qual os operadores do direito efetivamente atuam, mas que revela-se também muito mais satisfatória e honesta na tarefa de solucionar problemas jurídicos complexos, como aquele que é o tema central da presente dissertação (a legitimidade das incriminações que visam a proteger a honra dos cidadãos, repise-se).

1.2.2. Críticas ao positivismo jurídico: construindo uma nova teoria do direito.

1.2.2.1. O direito além das regras.

É com seu artigo seminal “Modelo de regras I” que Dworkin elabora suas primeiras críticas ao positivismo jurídico, desacreditando a sua capacidade de descrever de forma apropriada a prática jurídica contemporânea. Segundo Dworkin, toda teoria do direito de bases positivistas pressupõe a aceitação de três ideias centrais, as quais, ao fundo e ao cabo, terminam por comprovar a insuficiência teórica dessa escola do pensamento jurídico.

Em primeiro lugar, destaca que, para o positivismo, o direito é compreendido como um conjunto de regras especiais, que são assim consideradas em função da *forma como são elaboradas* – ou, melhor, na linguagem utilizada pelo autor, por possuírem um *pedigree especial*⁷⁸.

Isso significa que são regras jurídicas apenas aquelas que atendem a um modo específico de formulação e promulgação, o qual tende a ser bastante criterioso e detalhado – em geral, apenas aquelas regras que seguirem o modelo institucionalizado de produção de regras a que chamamos, comumente, de processo legislativo⁷⁹.

⁷⁸DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 27/28.

⁷⁹Nos termos do autor: “essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas. Esses testes de pedigree podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como “regras morais”) que a comunidade segue, mas não faz

O direito, então, é entendido como uma simples questão de fato: o reconhecimento de determinadas normas como sendo jurídicas não depende dos méritos morais ou avaliativos que elas possuem, mas apenas de terem sido elaboradas por alguma autoridade reconhecida por todos⁸⁰.

Em segundo lugar, é um traço característico das teorias positivistas a identificação do conjunto dessas regras detentoras de *pedigree* com o próprio direito; noutros dizeres, “o conjunto dessas regras é coextensivo com ‘o direito’, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma dessas regras... então esse caso não pode ser decidido mediante a aplicação do direito”⁸¹.

A terceira ideia, que pode ser tomada como uma consequência lógica das duas primeiras, reconhece que “dizer que alguém tem uma ‘obrigação jurídica’ é dizer que *seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida*”⁸² e, assim, dizer que alguém tem um direito jurídico significa apenas e tão somente que “outras pessoas têm obrigações jurídicas reais ou hipotéticas de agir de determinadas maneiras”, o que também depende da existência de regras jurídicas válidas que se apliquem à situação em questão⁸³. Disso se conclui que, na inexistência de regras jurídicas expressas, inexistem também obrigações e direitos jurídicos preestabelecidos.

Esses enunciados, tomados em conjunto, permitem ao positivismo jurídico enunciar aquela que é uma de suas teses fundacionais (e, ao mesmo tempo, o principal alvo de contestação de Dworkin⁸⁴): a *tese da convencionalidade*, segundo a qual o critério de validade das normas jurídicas repousa em alguma convenção social, aceita por todos⁸⁵.

Em outras palavras, os fundamentos do direito (aquilo que determina o que é direito e o que não é) são nada mais nada menos do que um acordo geral a respeito de como são produzidas as normas jurídicas, de tal modo que, apenas se esses critérios convencionais forem observados, pode-se insistir que determinada norma pertence ao direito.

A tese da convencionalidade afirma, pois, que deveres jurídicos apenas existem em

cumprir através do poder público” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 28).

⁸⁰MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. p. 160.

⁸¹DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 28.

⁸²DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 28 – g.n.

⁸³DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 28.

⁸⁴REIS, Luciana Silva. *Direito e método*: a contribuição de Ronald Dworkin. Dissertação (mestrado). Idem. p. 40.

⁸⁵MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. p. 160.

função de uma prática social uniforme de reconhecimento desses deveres⁸⁶ (ou melhor, uma prática social uniforme que permite dizer que determinadas normas são normas *jurídicas* válidas, estabelecendo, assim, deveres e direitos também qualificados como *jurídicos*, passíveis de proteção por força da ação coerciva do Estado).

Mas que convenção social uniforme seria essa? Aqui, as teorias positivistas tendem a discordar, muito embora compartilhem entre si a ideia central de que um tal acordo somente poderia constituir um evento histórico específico, ou seja, uma realidade empírica que, consolidada em algum momento do passado, determinaria critérios claros o suficiente para dizer quando uma norma pertence ao direito ou não.

Na versão mais difundida do positivismo jurídico, por exemplo, elaborada por H. L. A. Hart, em seu célebre livro *O conceito de direito*, consigna-se que os verdadeiros fundamentos do direito encontram-se na aceitação, por parte da comunidade como um todo, de uma regra-mestra fundamental (chamada de regra de reconhecimento) que atribui a pessoas ou grupos de pessoas (em geral os parlamentos) a autoridade para criar normas jurídicas válidas⁸⁷.

Essa tese fundacional do positivismo implica, então, a identificação de uma importante característica do modo como operam as decisões judiciais. Como existem no direito muitos casos difíceis, para os quais inexiste no ordenamento uma regra expressa e dotada do necessário *pedigree* que proponha uma solução incontroversa, muitas situações-limite que se apresentam aos operadores do direito não possuem (nem podem possuir) uma solução clara e objetiva.

Assim, a forma através da qual essas situações especiais poderiam ser solucionadas seria através da *atuação discricionária* do Poder Judiciário⁸⁸: se um caso não se resolve expressamente por uma regra de direito, então a decisão é feita por meio do “discernimento pessoal” de uma autoridade pública, o que, segundo Dworkin, “significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente”⁸⁹.

Para o positivista, portanto, o direito é o direito posto, mas este, reconhecidamente, não é suficiente para solucionar todos os casos concretos que a complexidade da vida humana consegue criar. Os juízes, nessas hipóteses, seriam *livres* para decidir conforme

⁸⁶REIS, Luciana Silva. *Direito e método: a contribuição de Ronald Dworkin*. Idem. p. 40

⁸⁷A afirmação é do próprio Dworkin, em: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 42.

⁸⁸DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 28.

⁸⁹DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 28.

determina sua consciência, desde que oferecessem argumentos suficientemente racionais para justificar suas decisões.

A ideia do poder discricionário dos juízes⁹⁰, entretanto, é fortemente combatida por Dworkin. Segundo ele, ela – assim como todas as pressuposições típicas do positivismo mencionadas anteriormente – é incapaz de traduzir como a prática jurídica verdadeiramente funciona, e isso porque não explica todos os casos em que existem deveres e direitos jurídicos preestabelecidos⁹¹, os quais *devem ser* reconhecidos pelos aplicadores do direito, não em decorrência de uma simples liberalidade dos julgadores, mas sim da *obrigação* que os magistrados possuem de atuar reconhecendo a sua validade jurídica⁹².

Isso é assim porque o positivismo jurídico é uma compreensão satisfatória apenas quando pretende analisar e explicar a lógica por detrás de uma *parcela limitada do direito*, mas é incapaz de explicar o fenômeno jurídico em sua totalidade.

É que o direito opera levando em consideração não apenas um único tipo de padrão normativo, mas diversos deles. Com suas ideias basilares, contudo, o positivismo esquece-

⁹⁰Importante destacar que Dworkin desenvolve uma conceituação específica do que constitui esse poder discricionário. Anota que existem três possíveis sentidos para a ideia, quais sejam: (i) um *fraco*, no qual as ordens emanadas são pouco claras e caberá ao executante utilizar-se de sua capacidade de discernimento e julgamento para realizá-la de forma apropriada; (ii) um *outro sentido fraco*, para referir-se aos casos em que um funcionário é a última autoridade, a última instância responsável por tomar certa decisão; e (iii) um sentido *forte*, quando inexistem padrões que limitem a decisão de certo funcionário, de forma que ele não deverá contar apenas com sua capacidade de discernimento para interpretar as ordens emanadas, mas poderá executá-las livremente (nesse caso, importante notar que a decisão não está livre de críticas; ela simplesmente não está vinculada a padrões específicos e claros exigidos por certa autoridade, mas pode ser revisada por padrões gerais de equidade e bom senso). O primeiro sentido de discricionariedade, contudo, é apontado por Dworkin como tautológico: é bastante óbvio estimar-se que, em havendo alguma ordem pouco clara, ou mesmo uma regra jurídica escrita, que requer interpretação textual, o juiz deva colocar em prática suas faculdades racionais para executar o julgamento e a execução do comando prescritivo; trata-se, pois, de um sentido inútil. Tampouco o segundo sentido apresenta relevância para a compreensão dos princípios jurídicos. O direito como um todo funciona com base em estruturas hierárquicas de autoridade e é não só razoável, como necessário, pressupor que deve existir uma última instância para apreciar as controvérsias jurídicas. Os positivistas, segundo o autor, adotam o terceiro sentido de discricionariedade para construir a sua tese do poder discricionário dos magistrados. Afirmam que, ante a inexistência de uma *regra jurídica* que trate de algum problema específico, inexistem padrões vinculantes a serem aplicados, de forma que suas decisões devem ser guiadas apenas pelo bom senso e pela racionalidade de seus argumentos. Segundo essa postura, “quando o poder discricionário do juiz está em jogo, não podemos mais dizer que ele está vinculado a padrões, mas devemos, em vez disso, falar sobre os padrões que ele tipicamente emprega” para solucionar os casos que julga, como se não houvesse mais uma norma jurídica impondo ao magistrado o reconhecimento de direitos e deveres preexistentes (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 53/55).

⁹¹A existência de deveres, muitas vezes, pode ser controversa, de modo que a simples remissão à existência ou não de normas dotadas de *pedigree* torna-se uma argumentação insuficiente para solucionar o problema. Vegetarianos, por exemplo, podem muito bem afirmar que todos têm um *dever* de não comer carnes, muito embora inexista uma norma jurídica expressa, promulgada pelo Legislativo, neste sentido. Ainda assim, acreditariam que sua afirmação é verdadeira e que erram aqueles que pretendem contestá-la. A lógica crua do positivismo, portanto, falha justamente em lidar com esse tipo de situação, justamente porque apreende o fenômeno jurídico apenas parcialmente (REIS, Luciana Silva. *Direito e método: a contribuição de Ronald Dworkin*. p. 41).

⁹²REIS, Luciana Silva. *Direito e método: a contribuição de Ronald Dworkin*. p. 41.

se de um tipo muito relevante de norma jurídica, o que impossibilita a apreensão da verdadeira gramática que os juízes aplicam em suas manifestações a respeito daquilo que o direito é e prescreve⁹³.

Existem, nesse sentido, as chamadas *regras jurídicas*, mas há também outros tipos de padrões normativos que são igualmente (ou até mesmo mais) relevantes para a solução de problemas jurídicos complexos, os quais são solenemente ignorados pelas teorias positivistas do direito⁹⁴. Dentre estes, deve-se dar especial atenção aos chamados *princípios jurídicos*.

Esta é uma denominação de um determinado tipo de norma jurídica que, todavia, é bastante conhecida pela doutrina nacional. À primeira vista, portanto, poderia parecer que os argumentos de Dworkin não se sustentam, porque ignoram o fato de que os positivistas já consideram e abarcam nas suas conceituações do direito os referidos princípios jurídicos.

Entretanto, Dworkin confere outra importância ao papel desse especial tipo de padrão normativo no funcionamento do sistema jurídico⁹⁵. Mais: sua própria conceituação dos princípios, e a sua diferenciação com relação às regras jurídicas, é radicalmente diferente daquela levada a efeito pelas tradicionais vozes da dogmática jurídica⁹⁶.

Segundo o autor, princípios diferenciam-se das regras não por uma questão quantitativa (qual é mais geral e qual é mais abstrata), mas sim por um motivo de cunho lógico: por mais que ambos apontem para decisões particulares acerca da obrigação jurídica

⁹³MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 162.

⁹⁴“quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões... o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 36 – g.n.).

⁹⁵ Nesse mesmo sentido, Ronaldo Porto Macedo Júnior afirma justamente que Dworkin tem um entendimento bastante radical acerca do reconhecimento dos princípios jurídicos no direito. Muito embora reconheça até mesmo que muitos positivistas passaram a aceitar as críticas de Dworkin, admitindo que princípios podem atuar na decisão jurídica e contar *como* direito, desde que, contudo, essa aceitação tenha sido admitida quando da aceitação da própria regra de reconhecimento (ou seja, da convenção social fundacional do direito), Dworkin insiste na ideia de que esse modo de apreensão do que são princípios jurídicos é equivocado, porque eles não derivam de um acordo convencional, mas sim de outro processo de justificação da obrigatoriedade das normas jurídicas, que será apresentado na seção seguinte do trabalho (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 172).

⁹⁶“Princípios são, tradicionalmente, definidos como “mandamentos nucleares” ou “disposições fundamentais”, ou ainda como “núcleos de condensações”. A nomenclatura pode variar um pouco de autor para autor – e são vários os que se dedicaram ao problema dos princípios jurídicos no Brasil – mas a ideia costuma ser a mesma: princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental” (SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. In: *Revista Latino-Americana e Estudos Constitucionais*, v. 1, 2003, p. 612).

em circunstâncias específicas⁹⁷, cada qual o faz de um modo peculiar.

As regras são aplicáveis segundo a maneira do “tudo ou nada”: “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”⁹⁸ a ser tomada pelo magistrado.

Pense-se, por exemplo, na seguinte situação, exemplificada por Dworkin: o jogo de beisebol estipula a *regra* de que, se um batedor errar três bolas seguidas, estará fora do jogo. Caso ocorra este evento em uma determinada partida de beisebol, não poderá o juiz, “de modo coerente, reconhecer que este é um enunciado preciso de uma regra do beisebol e decidir que um batedor que errou três bolas não está eliminado”⁹⁹.

Como operam pela lógica do tudo ou nada, as regras ou são válidas e devem ser aplicadas, dando-se ao caso concreto a solução que elas prescrevem (eliminar o jogador que erra três bolas subsequentes), ou então se deve admitir que, ao fundo e ao cabo, a norma não tem validade no sistema normativo (ou porque foi derogada por outra norma, ou porque nunca foi aceita como padrão normativo válido).

Os princípios, todavia, não operam dessa forma. Apontam a decisão para uma determinada direção, mas não deixam de valer, caso não sejam aplicados. Podem, a depender das circunstâncias de cada caso concreto, prevalecer ante outros princípios, mas caso sucumbam a outras normas principiológicas que se revelam mais importantes na solução de certo problema jurídico, não perdem o *status* que possuem de normas válidas¹⁰⁰.

Isso porque, ao contrário das regras, os princípios possuem outra dimensão relevante: o peso¹⁰¹. Essa dimensão implica que este tipo especial de padrão normativo depende, para sua aplicação, de um exercício interpretativo peculiar, que leva em consideração argumentos de natureza moral essencialmente controversos.

Dito de outro modo, eles afirmam razões jurídico-morais que justificam uma determinada decisão, atribuindo-lhes um peso maior ante outras possíveis razões (também jurídico-morais) com as quais competem; funcionam, portanto, segundo uma gramática lógica especial, diferente das regras, que exige a “ponderação – e, portanto, uma prática argumentativa e de justificação – e [que] envolvem a referência a um valor como seu foco

⁹⁷DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira; Idem. p. 39.

⁹⁸DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 39.

⁹⁹DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 39.

¹⁰⁰DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 41.

¹⁰¹DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 41.

intencional determinante”¹⁰².

Tudo isso leva à conclusão de que nenhuma distinção eficaz pode ser feita entre padrões jurídicos e morais¹⁰³, estando ambos intimamente interligados¹⁰⁴. Nenhum acordo convencional do tipo exigido pelas teorias positivistas, portanto, pode apresentar uma diferenciação satisfatória entre princípios de direito e princípios de outra natureza, o que mitiga a compreensão estanque de que o direito resume-se a um conjunto de regras especiais dotadas de *pedigree*¹⁰⁵.

E Dworkin vai além: mesmo que não remontem a um acordo convencional, celebrado pela comunidade, a respeito do que pode ou não ser considerado direito, os princípios constituem razões substantivas que *impõem* aos juízes e juristas a *obrigação* de decidir com justiça¹⁰⁶; eles não ajudam a criar uma visão do que deveria ser, idealmente, o direito, mas ditam o que este corretamente interpretado verdadeiramente diz a respeito da pretensão das partes litigantes¹⁰⁷.

Os princípios, ademais, são padrões normativos que se impõem como obrigatórios não porque atendem a um teste objetivo de validade jurídica ou porque resultam da atuação discricionária dos julgadores, mas justamente porque são “uma exigência de justiça, ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”¹⁰⁸.

Essa também é a conclusão destacada por Ronaldo Porto Macedo Júnior, segundo quem “uma interpretação dos princípios *tal como eles realmente funcionam na prática judicial (fit)* deve reconhecer que os princípios não são meros guias para o exercício de uma

¹⁰²MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 164.

¹⁰³DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 73.

¹⁰⁴Com efeito, ao refutar a ideia hartiana da existência de uma regra social de reconhecimento (vide nota nº 111, *infra*), Dworkin deixa claro porque essa distinção (entre princípios morais e jurídicos) não pode ser feita. Segundo o autor, “dela [da regra social de reconhecimento] depende a ideia ortodoxa de que os padrões jurídicos podem, em princípio e como grupo, ser distinguidos de padrões morais e políticos”, de modo que, demonstrada a impossibilidade de que a juridicidade das normas seja afirmada em função de sua referência a uma regra de reconhecimento, mitigada também está essa ideia de que padrões morais e jurídicos são distintos (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 96).

¹⁰⁵“A prática argumentativa com os princípios constitui-se numa importante dimensão do direito, que, assim, não se resume a um sistema de regras em sentido estrito” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 165).

¹⁰⁶Para Dworkin “é sempre questionável se algum princípio particular obriga, *de fato*, alguma autoridade jurídica. Mas não há nada no caráter lógico de um princípio que o torne incapaz de obrigá-la” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 56). Nas palavras de Ronaldo Porto Macedo Júnior, “uma fenomenologia da atividade judicial mostra que os juízes reconhecem *uma obrigação* para aplicar os princípios” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 164 – g.n.).

¹⁰⁷MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 165.

¹⁰⁸DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira; Idem. p. 36.

atividade discricionária, nem são vinculantes em razão de seu *pedigree*¹⁰⁹.

Eles são obrigatórios, outrossim, “em razão de sua razoabilidade e justiça. Ou seja, em razão de sua natureza substantiva, e não exclusivamente porque são dotados de autoridade, ou *autoritativos (authoritative)*”¹¹⁰.

Não perceber esse caráter vinculante é deixar de notar uma importante dimensão do direito – por isso, as teses da convencionalidade¹¹¹ e da discricionariedade¹¹² não podem persistir, justamente porque, “tal como formulada pelos positivistas, é incapaz de captar essa dimensão relevante e essencial do direito”¹¹³.

Tanto é assim que, quando decisões judiciais são tomadas contrariando este ou aquele princípio, é extremamente comum que sejam formuladas críticas a ela com base no argumento de que foi inobservado o referido padrão normativo, o qual caberia ao magistrado avaliar e considerar ao formular sua decisão: “A maior parte dos críticos diria que *é seu*

¹⁰⁹MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 165 – g.o.

¹¹⁰MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 164 – g.o.

¹¹¹Na verdade, Dworkin chega a admitir que “não posso realmente querer afirmar a existência de um sistema jurídico que não tenha um teste fundamental para identificar as regras e os princípios do direito... é preciso entender minha declaração de que não existe tal regra fundamental que signifique simplesmente que *o teste fundamental deve ser demasiadamente complexo* para que se possa enunciá-lo na forma de uma simples regra” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 94 – g.n.). O que ele contesta, a bem da verdade, é a ideia positivista de que esse teste poderia ser reduzido à identificação de uma *regra social de reconhecimento, aceita convencionalmente por todos*, que determinaria os limites do dever de um juiz de reconhecer uma regra ou um princípio como pertencente ao direito a partir da observação da forma usual através da qual os juízes decidem seus casos concretos. Segundo essa tese, observando-se como opera a prática judicial, é possível atestar que “apenas regras e princípios promulgados pelo Parlamento, formulados nas decisões judiciais ou estabelecidos a partir de um costume muito antigo” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 95) são aqueles reconhecidos como parte integrante do direito. É essa versão do teste de *pedigree* que Dworkin aponta como simplista, pois incapaz de levar em consideração a complexidade dos sistemas jurídicos, em especial a participação que princípios morais possuem na determinação de soluções para problemas jurídicos complexos. Essa é uma postura que leva em consideração apenas uma “dimensão externa” do problema, que pouco tem a acrescentar a ele. Na verdade, compreender o porquê da *obrigação* que os juízes têm de adotar certos padrões como critérios decisórios dos casos que se lhe apresentam não é um objetivo que pode ser alcançado apenas notando quais são as práticas usuais dos magistrados em determinada comunidade política; há, antes, um componente *normativo* que determina o caráter vinculante dessa conduta dos juízes: eles levam em consideração estes ou aqueles princípios e regras jurídicos, porque se sentem *obrigados* a levá-los em consideração, porque há algum padrão mais amplo e rigoroso que determina ser *correta* a referência a estes, e não outros, princípios e regras jurídicos relevantes, *ainda que nenhum acordo sobre quais princípios são de fato obrigatórios possa existir*. A regra social de reconhecimento do positivismo, portanto, nada tem a dizer sobre essa “dimensão interna” do dever dos juízes de decidirem casos complexos – revela-se, por conseguinte, eminentemente falha (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 81).

¹¹²A qual afirma, frise-se, que “quando o poder discricionário do juiz está em jogo, não podemos mais dizer que ele está vinculado a padrões, mas devemos, em vez disso, falar sobre os padrões que ele tipicamente emprega” para solucionar os casos que julga, como se não houvesse mais uma norma jurídica impondo ao magistrado o reconhecimento de direitos e deveres preexistentes. Os princípios jurídicos são, pois, tratados como se não fossem obrigatórios, como se não fossem sequer parte do direito vinculante (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. pp. 55/56).

¹¹³MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 165.

dever [do juiz] avaliar esses princípios [que foram inobservados] e que o autor da ação *tinha o direito* de esperar que ele assim procedesse”¹¹⁴.

Os princípios, portanto, devem ser compreendidos como parte integrante do direito, possuindo *obligatoriedade de lei*¹¹⁵. Não basta afirmar que se tratam de padrões normativos extrajurídicos, que podem ser utilizados segundo a discricionariedade dos magistrados¹¹⁶. Esta é uma forma alternativa – e incorreta – de conceituar os princípios e a própria prática jurídica¹¹⁷.

Ocorre que, se há um *dever*, por parte dos juízes, de decidir casos difíceis com base em alguns padrões normativos específicos, compreendidos também como normas jurídicas válidas¹¹⁸, e esse dever não pode ser explicado a partir de uma regra social de reconhecimento (ou outro teste convencional análogo), alguma forma alternativa de justificá-lo deve ser desenvolvida pela teoria do direito¹¹⁹.

É assim que inicia-se a construção da teoria interpretativa dworkiana, alternativa às tradicionais compreensões positivistas do direito. Quando Dworkin afirma que “os juízes têm o dever de usar alguns princípios, mas não outros”, em suas decisões, o que está querendo dizer é que eles devem estar dispostos *a argumentar em favor da melhor teoria capaz de justificar* a importância dos padrões normativos que serão por ele aplicados, ainda

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 56

¹¹⁵ “Se um juiz acredita que os princípios que ele tem obrigação de reconhecer apontam em uma direção e os princípios que apontam em outra direção não têm igual peso, então ele *deve* decidir de acordo com isso, do mesmo modo que ele deve seguir uma regra que ele acredita obrigatória. Ele pode, sem dúvida, estar errado na sua avaliação dos princípios, mas pode também estar errado em seu juízo de que a regra é obrigatória” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 57).

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. pp. 46/47.

¹¹⁷ Para demonstrar que esse é um problema terminológico sério, Dworkin faz uma comparação com as regras jurídicas: “há uma diferença entre dizer que os ingleses adotam como regra que se deve ver um filme por semana e dizer que os ingleses estão submetidos a uma regra que estabelece o dever de ver um filme por semana. A segunda afirmação, ao contrário da primeira, implica que, se um inglês não seguir a regra, ele estará sujeito à crítica ou à censura. A primeira não exclui a possibilidade de um tipo de crítica – podemos dizer que quem não vê filmes está negligenciando sua educação – mas não sugerimos que ele está fazendo alguma coisa errada precisamente por não seguir a regra” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. pp. 47/48). Para o autor, é evidente que o conceito de direito mais correto é aquele que trata os princípios tal qual a segunda proposição referente às regras jurídicas.

¹¹⁸ Até porque Dworkin nunca negou que apenas alguns princípios são efetivamente jurídicos, relevantes, portanto, para a solução de casos complexos: “Faz parte do meu argumento que alguns princípios devam ser considerados como direito e, portanto, estejam presentes em argumentos judiciais, enquanto outros não. Se isso é verdade, deve haver alguma espécie de teste que possa ser usada para distinguir entre uns e outros” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 94) – o que Dworkin nega é, repise-se, que o teste proposto pelos positivistas seja um teste capaz de descrever com veracidade as práticas jurídicas contemporâneas – vide nota nº 110, *supra*.

¹¹⁹ Uma forma mais complexa, que não se resume a um simples teste de *pedigree*, como defendem as teorias positivistas do direito.

que em detrimento de outros tantos¹²⁰.

Para se compreender a forma como essa argumentação pode ser desenvolvida, contudo, é importante notar que a crítica dworkiana foi ampliada a um nível ainda mais filosófico e abstrato, que precisa ser explorado em sequência.

De fato, muitos autores positivistas pretenderam contra-argumentar as críticas iniciais de Dworkin indicando que princípios – e até mesmo os princípios morais – poderiam ser incorporados ao direito desde que fossem reconhecidos pela regra de reconhecimento ou qualquer outro teste convencional similar que fosse capaz de atribuir juridicidade aos padrões normativos em questão.

Entendem, portanto, que o positivismo jurídico seria capaz de explicar todas as dimensões da prática jurídica, não deixando de considerar qualquer padrão normativo que desempenhasse papel relevante na sua operacionalidade usual.

Ocorre que esse tipo de contra-argumento se esquece de um problema prévio, a respeito da possibilidade de que algum teste convencional deste tipo seja efetivamente elaborado; esquece-se que podem existir (como de fato existem) controvérsias e debates sobre qual seria o teste mais apropriado¹²¹, o que revela uma dimensão ainda mais profunda da argumentação jurídica que o positivismo continua incapaz de descrever apropriadamente.

1.2.2.2. *O direito controverso.*

A crítica dworkiana formulada em *Levando os direitos a sério* chama a atenção para a insuficiência das teorias positivistas em apreender a real operacionalidade do direito, dada a incapacidade que elas sustentam de reconhecer o papel (central) desempenhado por determinados padrões normativos na resolução de casos jurídicos complexos.

Ainda que relevante, contudo, esse primeiro ataque ao positivismo jurídico não esgota a investida dworkiana contra o *modus operandi* tradicional da teoria geral do direito – ele, muito pelo contrário, apenas prenuncia aquela que constitui a principal crítica metodológica não só ao positivismo, mas às mais consagradas filosofias do direito da

¹²⁰“Para ele [um crítico das teses dworkianas], se eu disser que os juízes têm o dever de usar alguns princípios, mas não outros, ou de atribuir a um princípio um determinado peso, mas não mais do que esse peso, segue-se daí que estou comprometido com a ideia de que existe um teste fundamental para o direito. O que realmente se segue é que fico comprometido com alguma versão da segunda tese, a saber, que é possível fazer uma defesa persuasiva em apoio de uma teoria [de moralidade política] em vez de outra, a respeito de como os juízes devem (*must*) decidir nos casos difíceis” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. Idem. p. 96).

¹²¹MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 191.

contemporaneidade.

É em *O Império do Direito* que Dworkin traça a sua mais completa revisão da teoria jurídica tradicional, chamando a atenção para um importante fato, em geral renegado pelos juristas acadêmicos e práticos, sobre como opera a divergência em questões relativas ao direito.

Dworkin nota que existem, basicamente, três diferentes tipos de questões que são suscitadas pelos processos judiciais: (i) questões de fato, que dizem respeito, essencialmente, ao que ocorreu na realidade empírica que levou algum tipo de litígio ao Judiciário; (ii) questões de direito, que dizem respeito a qual lei se aplica aos fatos do caso concreto, assim como a que conclusões se pode derivar da norma legal para a realidade concreta; e (iii) questões de moralidade e fidelidade, que dizem respeito à necessidade de se rever leis injustas, ou à obrigatoriedade de se respeitá-las, independentemente de seu conteúdo material controverso¹²².

Conquanto o primeiro tipo de questão é bastante direto e de fácil apreensão, não sendo necessário muito esforço para se compreender sobre o que divergem os aplicadores do direito quando debatem sobre questões fáticas, o segundo tipo apresenta uma natureza muito mais complexa.

Advogados e juízes frequentemente discordam sobre que leis se aplicam a determinado caso concreto, e sobre qual a melhor interpretação a ser conferida a elas, mas o tipo de divergência que alimenta essas discussões não diz respeito a dados empíricos que circundam a resolução do problema.

Não se trata, por exemplo, de saber se a “lei X” se aplica ao caso simplesmente perguntando-se se ela foi ou não aprovada pelo Parlamento, de acordo com as normas vigentes sobre o processo legislativo (uma questão empírica), porque, para muitos magistrados, mesmo as leis assim promulgadas podem, de acordo com a sua interpretação das particularidades do caso, não apresentar nenhuma contribuição para a solução da questão que se propõem a enfrentar¹²³.

Divergências deste tipo, portanto, não são empíricas, nem factuais, e Dworkin

¹²²DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. pp. 05/06.

¹²³Assim é que Dworkin afirma, por exemplo, que em um mesmo caso sobre o direito trabalhista alguns magistrados podem divergir sobre a legislação aplicável, uns defendendo a aplicação das normas favoráveis aos empregados, outros daquelas protetoras dos trabalhadores, muito embora reconheçam que tanto umas quanto as outras são e continuarão sendo normas válidas em decorrência de terem sido promulgadas pelo órgão legislativo competente. Vide: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 06.

entende ser necessário compreendê-las para se compreender como o direito verdadeiramente funciona.

Ele chama a atenção, então, para o fato de que o direito opera com as partes opostas de algum litígio judicial elaborando afirmações sobre aquilo que o direito prescreve, é dizer, elaborando afirmações sobre o que a lei permite, proíbe ou autoriza os cidadãos a fazer¹²⁴.

Essas assertivas são chamadas de *proposições jurídicas*¹²⁵ e a tarefa dos juízes é, justamente, a de determinar quais delas são falsas e quais são verdadeiras de acordo com o que diz o direito, dando ganho de causa para a parte que apresentar as razões mais convincentes em defesa das afirmações que faz no curso do processo.

Como, entretanto, é possível determinar a veracidade ou a falsidade das proposições jurídicas? Dworkin diz que elas são parasitárias de outro tipo de proposições, mais abstratas e gerais, que fornecem os critérios de correção das primeiras: os denominados *fundamentos do direito*¹²⁶.

A afirmação “na Marginal Pinheiros é proibido dirigir acima de 90 km/h” somente pode ser considerada juridicamente verdadeira se houver uma assertiva logicamente predecessora que afirme que a maioria dos vereadores de São Paulo disse “sim” para uma norma que prescrevesse esse limite de velocidade¹²⁷, e que a aceitação dessa norma por parte dos legisladores municipais produziu um direito válido que deve ser observado – ou alguma assertiva alternativa que proponha algum critério de correção para a proposição inicial.

Juízes e advogados, por sua vez, podem divergir tanto com relação a um tipo de proposição, quanto com relação ao outro. Podem concordar, por exemplo, sobre os fundamentos do direito, acreditando que, se o Parlamento promulgou uma lei sem vícios formais, ela de fato é válida e merece acatamento irrestrito, mas discordar sobre o *fato* de a Câmara Municipal paulistana ter realmente dito “sim” para uma norma que estabelecesse o limite de velocidade em 90 km/h na Marginal Pinheiros.

¹²⁴Como chama a atenção Ronaldo Porto Macedo Júnior, no direito, quando um advogado argumenta a favor de seu cliente, ele utiliza *critérios de verdade* para defender seus argumentos, ponderando que qualquer posição contrária adota critérios equivocados (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. p. 184).

¹²⁵O vocabulário é de Dworkin, vide: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 07.

¹²⁶O vocabulário também é de Dworkin, vide: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 07. Um fundamento do direito seria, por exemplo, aquele que determinasse que a vontade do constituinte originário deve ser sempre respeitada, de modo que a interpretação constitucional deva se ater ao sentido literal do texto contido na Constituição; trata-se, pois, de uma proposição que pretende estabelecer um *critério de veracidade* para as proposições jurídicas em geral (REIS, Luciana Silva. *Direito e método*: a contribuição de Ronald Dworkin. Dissertação (mestrado). Idem. p. 47).

¹²⁷O exemplo é análogo ao que oferece Dworkin em seu livro. Vide: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 07.

Podem, de outro lado, discordar sobre os próprios fundamentos do direito; podem acreditar que existem outras proposições gerais que são responsáveis por determinar a veracidade das proposições jurídicas do primeiro tipo, e não apenas aquela que diz que se o Legislativo aprovou, então tem-se um direito válido a ser observado.

Juízes e advogados podem divergir, portanto, sobre a questão de se o *corpus* do direito escrito e das decisões judiciais predecessoras esgotam os fundamentos pertinentes do direito¹²⁸, acreditando que existem outros padrões argumentativos que podem influenciar na determinação da veracidade das proposições jurídicas em geral; podem, por exemplo, defender a ideia de que apenas se a maioria das pessoas observa o limite estabelecido pela lei, ou se as autoridades efetivamente responsabilizam os infratores, a proposição jurídica “na Marginal Pinheiros é proibido dirigir acima de 90 km/h” é verdadeira.

Esse segundo tipo de divergência, a que Dworkin dá a alcunha de *divergência teórica sobre o direito*, é justamente aquele que as teorias positivistas falham em apreender, o que resulta na sua incapacidade de descrever a prática jurídica de forma apropriada¹²⁹. Mas por quê?

Outra vez mais a crítica dworkiana volta-se contra as bases filosóficas do positivismo jurídico, notadamente contra a sua tese central da convencionalidade¹³⁰, que passa a ser refutada de forma ainda mais enfática pelo pensador norte-americano.

Para Dworkin, o positivismo, ao conceituar o direito, adota o ponto de vista da *simples questão de fato*, segundo o qual ele nada mais é do que aquilo que as instituições jurídicas (como as legislaturas e os tribunais) decidiram no passado. Se estas instituições decidiram anteriormente que os trabalhadores podem ser indenizados por acidentes causados por seus colegas de trabalho, por exemplo, então isso é o direito; se decidiram o contrário, então o contrário que é o direito¹³¹.

Nesse contexto, as questões relativas ao direito sempre podem ser respondidas mediante a consulta ao que disseram essas decisões do passado. “Em outras palavras, o direito existe como simples fato, e o que o direito é não depende, de modo algum, daquilo

¹²⁸DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 08.

¹²⁹Dworkin é expresso, nesse sentido; afirma que as doutrinas tradicionais do direito não têm nenhuma teoria plausível sobre a divergência teórica no direito. Vide: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 10.

¹³⁰O fato de que este é o alvo principal das críticas dworkianas é referendado por outras interpretações da obra do autor: REIS, Luciana Silva. *Direito e método: a contribuição de Ronald Dworkin*. Dissertação (mestrado). Idem. p. 61; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 186.

¹³¹DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 10.

que ele deveria ser”¹³² – quando juízes parecem ter divergências teóricas sobre o que é o direito, na verdade estão divergindo sobre o que ele deveria ser (questões de moralidade e de fidelidade ao direito), não sobre o que ele efetivamente é¹³³.

Numa disputa entre juízes, portanto, sobre qual a melhor decisão para um caso controverso, dado que eles não podem discordar sobre nenhuma questão de direito¹³⁴ (apenas sobre questões empíricas), um dos lados deve estar desobedecendo a lei, o que geralmente se imputa aos juízes que tomam as decisões mais inusitadas, no sentido usual do termo¹³⁵.

Ao reconhecer esse ponto de vista da simples questão de fato, as teorias positivistas passam a afirmar que as divergências teóricas no direito são nada mais que uma *ilusão*. Como o direito depende apenas daquilo que disseram as instituições jurídicas no passado (que leis foram aprovadas, que precedentes foram formulados), qualquer divergência sobre o que ele prescreve só pode ser entendida como uma divergência *empírica* a respeito da história dessas decisões – se existe ou não alguma decisão predecessora estabelecendo normas a serem aplicadas no caso; se essas decisões foram ou não tomadas de forma legítima; se, sob certas circunstâncias especiais, elas foram ou não afastadas por outras decisões, etc.

Os fundamentos do direito, contudo, são sempre incontestes. E isso é assim, porque “juristas e juízes usam basicamente *os mesmos critérios* (ainda que estes estejam escondidos e não sejam reconhecidos por todos) ao decidir quando proposições jurídicas são verdadeiras ou falsas”¹³⁶, demonstrando um *acordo* sobre aquilo que fundamenta o sistema jurídico como um todo.

De fato, filósofos do direito que defendem o positivismo sustentam que “a divergência teórica sobre os fundamentos do direito deve ser um pretexto, pois o próprio significado da palavra ‘direito’ faz o direito depender de certos critérios específicos, e

¹³²DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 10.

¹³³DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 10.

¹³⁴No sentido mais técnico definido por Dworkin e mencionado anteriormente. Por óbvio não se afirma que em processos judiciais questões jurídicas não são discutidas; apenas se consigna que elas são debatidas com referência a realidades históricas e factuais, como, por exemplo, se houve a aprovação da norma pelo parlamento, ou se a norma a ser invocada não perdeu sua validade pela promulgação de uma lei contraditória mais recente.

¹³⁵Essa tese, deve-se destacar, não é ingênua ao ponto de negar o fato autoevidente de que inexistem regras jurídicas claras para todas as situações complexas que a prática jurídica pode suscitar. Nessas hipóteses, contudo, em que o direito aparenta ser silente, invoca-se a antiga ideia de discricionariedade para suprimir as lacunas do ordenamento, reconhecendo-se que os julgadores utilizam-se de seu discernimento pessoal para criar um novo direito para o caso concreto; por isso o direito é uma questão sempre factual: se há alguma lei aplicável ela deve ser historicamente identificável, do contrário há uma “zona cinzenta” que deve ser integrada e preenchida pela atuação discricionária do julgador (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 12).

¹³⁶REIS, Luciana Silva. *Direito e método*: a contribuição de Ronald Dworkin. Dissertação (mestrado). Idem. p. 52 – g.n.

qualquer advogado que rejeitasse ou contestasse esses critérios estaria dizendo absurdos que contradizem a si mesmos”¹³⁷.

A esse tipo de racionalidade dá-se o nome de *semântica criterial*; para ela, apenas se compartilharmos critérios comuns sobre o uso de uma palavra poderemos aplicá-la de forma útil e coesa¹³⁸. Os critérios compartilhados são aquilo que atribuem significado à palavra e, sem eles, a aplicação dos conceitos torna-se impossível ou, no mínimo, absurdamente incoerente.

Nem sempre, todavia, as pessoas têm consciência plena sobre que critérios são estes; quando, por exemplo, alguém utiliza a palavra “causa”, em geral ele é entendido pelos demais porque todos têm noções similares a respeito do que pode ser tomado como a causa de alguma coisa, muito embora não seja óbvio que eles saibam quais critérios utilizam para chegar a essa conclusão.

Nas palavras de Dworkin, “cabe à filosofia explicá-los [os critérios] a nós”¹³⁹, mas mesmo na ausência dessa explicação eles existem e é somente por existirem que o uso da palavra “causa” pode ser compreendido por todos.

Com o direito aconteceria algo similar; “todos usamos os mesmos critérios factuais para formular, aceitar e rejeitar afirmações sobre a natureza do direito, mas ignoramos o que são esses critérios”¹⁴⁰. Caberia aos jusfilósofos identificar que critérios seriam esses e, em geral, eles defendem a ideia de que as regras usuais para o uso da palavra direito o ligam “ao fato histórico puro e simples”¹⁴¹.

Teorias como essas (dentre as quais se insere todo o positivismo jurídico) são chamadas de *teorias semânticas do direito* e reafirmam a já mencionada tese da convencionalidade, segundo a qual o direito é aquilo que as pessoas *concordam* em reconhecer como sendo direito¹⁴².

¹³⁷DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. pp. 38/39.

¹³⁸MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 181.

¹³⁹DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 39.

¹⁴⁰DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 39.

¹⁴¹DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 39.

¹⁴²Há uma passagem em que Dworkin resume, com maestria, essas ideias: “As teorias semânticas pressupõem que os advogados e juízes usam basicamente os mesmos critérios (embora estes sejam ocultos e passem despercebidos) para decidir quando as proposições jurídicas são falsas ou verdadeiras; elas pressupõem que os advogados realmente estejam de acordo quanto aos fundamentos do direito. Essas teorias divergem sobre quais critérios os advogados de fato compartilham e sobre os fundamentos que esses critérios na verdade estipulam... As teorias semânticas mais influentes sustentam que os critérios comuns levam a verdade das proposições jurídicas a depender de certos eventos históricos específicos. Essas teorias positivistas, como são chamadas, sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato, aquele segundo o qual a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições

O direito, assim apreendido, é visto como um *conceito criterial*¹⁴³, que depende, para sua aplicação, apenas do reconhecimento de critérios comuns que permitam o uso compartilhado de seu significado e dimensão.

O problema, contudo, ressurgiu quando Dworkin chama a atenção para o fato de que esse tipo de compreensão da prática jurídica se ajusta mal (*fits badly*) a como ela realmente se desenvolve. Basta notar como argumentam advogados e decidem juízes para se perceber que inexistem entre eles qualquer acordo convencional sobre o que o direito realmente exige em cada situação concreta.

Mais: quando se procura identificar um critério compartilhado por todos a respeito do que o direito é, cria-se um impedimento real para a compreensão de como efetivamente funciona a linguagem jurídica¹⁴⁴ nos casos em que juízes e advogados discordam sobre o direito. O direito é um *conceito interpretativo*¹⁴⁵, portanto incapaz de ser definido criterialmente¹⁴⁶.

Com efeito, os desacordos usuais do direito não são relativos ao simples ajuste dos critérios de veracidade das proposições jurídicas aos casos particulares, não são empíricos. São, antes, desacordos *sobre os próprios critérios* que devem ser aplicados¹⁴⁷ para se determinar quais são os corretos fundamentos da prática jurídica.

Dito de outro modo, os desacordos jurídicos são mais complexos do que a filosofia positivista defende e recaem sobre os critérios de verdade¹⁴⁸ que os juízes aplicam às proposições que lhes são apresentadas a respeito do que o direito prescreve.

Como salienta Ronaldo Porto Macedo Júnior, citando Gerald J. Postema, quando um advogado argumenta a favor de seu cliente ele utiliza *critérios de verdade* para defender os seus argumentos, ponderando que qualquer posição contrária às teses que sustenta adota

jurídicas” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 41).

¹⁴³“Dworkin assim define os *conceitos criteriosais*: ‘as pessoas compartilham alguns conceitos apenas quando elas concordam com a definição – tosca ou precisa – que *fixa os critérios para a correta aplicação do termo ou da frase associada*’. Desse modo, pode-se afirmar que as pessoas compartilham o conceito de *solteiro* quando sabem que um solteiro é um homem não casado. Do mesmo modo, as pessoas compreendem o conceito de *triângulo equilátero* apenas quando sabem que tal triângulo tem todos os lados do mesmo tamanho. Nesses casos, o conceito vem acompanhado do critério que permite que os seus usuários conheçam o seu significado” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 253 – g.o.).

¹⁴⁴MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 183.

¹⁴⁵A ideia de conceito interpretativo será explicada em maiores detalhes na seção seguinte do trabalho.

¹⁴⁶MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 183.

¹⁴⁷MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 184.

¹⁴⁸MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 187.

critérios equivocados a respeito do que diz o direito; mas os advogados da parte contrária farão o mesmo, e sustentarão teses diferentes, *baseadas em critérios de verdade também distintos*, o que apenas confirma a existência de divergências mais profundas na prática jurídica¹⁴⁹.

Em outras palavras, juristas baseiam-se em *concepções que competem entre si* sobre os tipos de argumentos que podem ser usados para estabelecer a verdade das demandas que fazem em juízo; nutrem, portanto, divergências teóricas a respeito dos fundamentos do direito.

Nesse sentido, é impossível dissociar as discordâncias sobre os casos jurídicos concretos (aplicação do direito) daquelas discordâncias sobre o que é o direito, sobre os verdadeiros fundamentos do direito.

Questões práticas resolvem-se, portanto, como uma continuidade das questões sobre a teoria geral do direito¹⁵⁰, é dizer, as afirmações que qualquer aplicador do direito faz sobre aquilo que o sistema jurídico exige em cada caso concreto têm um “valor de verdade que depende do significado atribuído ao direito”¹⁵¹.

Os desacordos existentes nos tribunais são, pois, decorrentes de desacordos teóricos estabelecidos em níveis mais abstratos da argumentação jurídica, porque existe uma dependência lógica dos argumentos práticos elaborados pelos advogados nos tribunais com relação às pressuposições teóricas que eles possuem sobre o significado e o alcance do direito¹⁵².

Como diz Ronaldo Porto Macedo Júnior, a teoria do direito é um pressuposto de inteligibilidade das práticas argumentativas levadas a efeito nos tribunais¹⁵³.

Dworkin introduz alguns exemplos para ilustrar sua argumentação. No mais interessante deles, chamado de “caso do *snail darter*”, fica bastante evidente como as

¹⁴⁹MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 186 – g.n.

¹⁵⁰MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. pp. 186/187.

¹⁵¹MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “A crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua relevância: um esquema de crítica conceitual”. Idem. p. 135.

¹⁵²MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 195.

¹⁵³Isso não quer dizer, naturalmente, que todos os juristas (advogados e juízes, por exemplo) têm bem desenvolvida a teoria do direito que adotam ao elaborar seus argumentos práticos nos tribunais. O que ocorre é que eles, ao fundo e ao cabo, pressupõem, mesmo de forma mecânica e inconsciente, que a sua abordagem prática é boa por ser parte de uma abordagem mais geral e abstrata do que constitui o direito – e é a partir daí que constroem seus argumentos, quaisquer que sejam eles, de forma intimamente conectada com a concepção do direito que consideram a mais adequada. Vide: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 195.

divergências nos debates jurídicos são mais profundas do que o positivismo consegue apreender.

Em 1973, havia nos Estados Unidos uma grande preocupação com a preservação de espécies animais, o que levou à promulgação da chamada Lei das Espécies Ameaçadas, que autorizava o Ministro do Interior designar que espécies estariam correndo o risco de desaparecer em função da destruição de seus habitats naturais.

Motivados por essa norma legal, um grupo de preservacionistas do Tennessee se opôs ao projeto de construção de uma barragem no Vale do Tennessee, que visava a produzir um aumento desnecessário (na visão do grupo) de energia elétrica na região; argumentavam que as obras destruiriam o habitat natural de um pequeno peixe chamado *snail darter*, muito embora nenhum interesse científico ou importância ecológica especial houvesse na conservação de tal espécie animal.

Ainda assim, convenceram o Ministro do Interior a declarar o peixe uma espécie ameaçada, embargando as obras que, àquela altura, já estavam bem avançadas e haviam consumiram grandes quantidades de recursos públicos. A Administração do Vale contrapôs-se à decisão, e o caso chegou à Suprema Corte norte-americana¹⁵⁴.

Os defensores da construção argumentaram que a lei em questão não poderia ser interpretada de modo a impedir a conclusão de projetos já avançados e, para sustentar seu ponto de vista, chamaram a atenção

para várias leis do Congresso, todas aprovadas depois de o ministro ter declarado que a conclusão da barragem destruiria o *snail darter*, o que sugeria que o Congresso desejava que a barragem fosse concluída a despeito da declaração. O Congresso autorizara, especificamente, a dotação de recursos para a continuidade do projeto mesmo após o ministro ter apontado aquele peixe como espécie ameaçada, e várias de suas comissões declararam, específica e reiteradamente, discordar do ministro¹⁵⁵.

Ainda assim o presidente da Corte, que teve seu voto acompanhado pela maioria dos julgadores, deu ganho de causa aos ambientalistas. Argumentou que não caberia à Suprema Corte “especular e muito menos agir, com base na questão de se o Congresso teria alterado sua posição se os eventos específicos deste caso tivessem sido previstos”¹⁵⁶ e terminou por

¹⁵⁴*Tennessee Valley Authority vs. Hill*, 437 US 153 (1978).

¹⁵⁵DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. pp. 26/27.

¹⁵⁶DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 27.

adotar uma compreensão específica sobre a natureza do direito, segundo a qual os juízes, ao interpretarem uma lei, devem respeitar as intenções originais do legislador.

Segundo ele, “o histórico do processo legislativo que leva à promulgação da Lei das Espécies Ameaçadas não autorizava tal conclusão [favorável à construção]... pois era claro que o Congresso queria dar às espécies em extinção um alto grau de proteção, mesmo em detrimento de outros objetivos sociais”¹⁵⁷, como o não desperdício de recursos públicos empregados na construção embargada.

Houve, contudo, um voto dissidente. O juiz Lewis Powell, que foi acompanhado por outro julgador, declarou ser absurda a decisão da maioria. Concordou que não caberia à Corte “retificar políticas ou juízos políticos emanados do Poder Legislativo”¹⁵⁸, mas sustentou que “quando a formação da lei e o processo legislativo, como neste caso, não precisam ser interpretados para chegar a tal resultado, considero dever desta Corte adotar uma interpretação eficaz, que seja compatível com o pouco de bom senso e com o bem-estar público”¹⁵⁹.

Adotou, portanto, nas palavras de Dworkin, “outra teoria sobre o modo como as intenções da legislatura afetam a lei por trás do texto”¹⁶⁰, o que confirmaria a ideia de que a divergência sustentada por ambos os julgadores não era empírica, mas teórica:

se tomarmos as opiniões desses dois juízes por seu significado aparente, eles não divergiram sobre nenhuma questão de fato histórico. Não divergiram quando ao estado mental dos vários congressistas que se reuniram para promulgar a Lei das Espécies Ameaçadas... Nem discordaram sobre a questão da fidelidade. Ambos admitiram que a Corte deveria seguir a lei. Discordaram sobre o sentido da lei; discordaram sobre o modo como os juízes deveriam decidir sobre qual norma jurídica resultava de um texto específico promulgado pelo Congresso¹⁶¹.

Sendo assim, Dworkin reafirma sua visão de que o positivismo interpreta mal a prática jurídica, porque não vê que advogados e juízes que debatem diversos casos concretos divergem sobre a legislação e o precedente (fundamentos do direito) de forma mais fundamental do que se possa imaginar em um primeiro momento.

¹⁵⁷DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 28.

¹⁵⁸DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 28.

¹⁵⁹DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 28.

¹⁶⁰DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. pp. 28/29.

¹⁶¹DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 29.

Debaterem, por exemplo, sobre por quê razões se reconhece que atos legislativos, como as leis ambientais, impõem direitos e deveres que todos devem acatar¹⁶², o que é fundamental para compreender até que ponto esses direitos e deveres realmente podem se impor em situações concretas dotadas de inúmeras particularidades especiais.

Dworkin introduz, então, seu famoso argumento do agulhão semântico (*semantic stick*), fundamental para compreender porque as teorias positivistas são muito frágeis na tarefa de descrever o direito.

As vítimas do agulhão são justamente aquelas pessoas que pensam que só é possível discutir-se sensatamente sobre algum assunto se compartilharmos os mesmos critérios para decidir quando as proposições são bem fundadas; aplicando-se isso ao direito, as vítimas do agulhão seriam aqueles que, como os positivistas, acreditam que existem regras fundamentais, ainda que ocultas, que *devem* estar contidas na prática jurídica, necessárias para explicar o conceito central de direito¹⁶³. Isso é, contudo, “uma imagem demasiado tosca do que deve ser a divergência”¹⁶⁴ no direito.

Se opondo, portanto, a este tipo de compreensão da prática jurídica, Dworkin combate, mais uma vez, a tese da convencionalidade, apontando-a como um *erro filosófico* do positivismo jurídico, e sustenta assim que um novo entendimento da prática judicial deve ser fornecido pelos juristas acadêmicos – uma compreensão que seja capaz de apreender e explicar o real caráter do direito, que reconheça e explique a existência de desacordos teóricos¹⁶⁵ na prática judicial.

Os caminhos estão abertos para elaborar uma nova filosofia do direito; cumpre, agora, desenvolvê-la, lembrando que esse novo entendimento de como funciona a interpretação jurídica servirá como a metodologia argumentativa da presente dissertação, daí a importância destes itens introdutórios do trabalho.

1.2.3. Moralidade, princípios e argumentação: a ideia de interpretação construtiva no direito.

Em *Levando os direitos a sério*, Dworkin formulou sua primeira crítica ao positivismo jurídico, demonstrando como o direito leva em consideração, para além das

¹⁶²DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 52.

¹⁶³DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. pp. 55/56.

¹⁶⁴DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 56.

¹⁶⁵REIS, Luciana Silva. *Direito e método: a contribuição de Ronald Dworkin*. Dissertação (mestrado). Idem. p. 61.

regras, um padrão normativo bastante peculiar, aparentemente ignorado pelas abordagens usuais da filosofia do direito – os princípios.

Com esse primeiro ataque, o autor pretendeu chamar a atenção para a existência de uma especial gramática argumentativa presente na prática judicial, derivada das características particulares deste padrão normativo atípico, afirmando que as teorias tradicionais do direito – muito fiéis ao compromisso de identificar como sendo normas jurídicas apenas aquelas dotadas de certo *pedigree* – não davam conta de apreendê-la e explicá-la de forma apropriada, revelando-se falhas na tarefa de compreender o fenômeno jurídico em sua completude.

Mais: pretendeu demonstrar que a prática jurídica não conta apenas com padrões normativos precisos¹⁶⁶, mas leva em consideração normas mais perenes, cuja interpretação depende de um exercício argumentativo mais elaborado.

Em *O império do direito*, sua crítica foi além e, atacando os próprios fundamentos filosóficos do positivismo jurídico, pretendeu demonstrar que o direito não é uma prática social passível de ser compreendida com referência a critérios convencionais aceitos por todos; ela sustenta divergências mais profundas entre os seus participantes, e reconhecer a existência deste tipo de desacordo – como não o fez o positivismo – é essencial para explicar como ela realmente funciona.

O que é o direito, *o que deve ser considerado parte dele*, é sempre algo em disputa, que fornece, na verdade, um foco para o desacordo e não um repositório de convergências¹⁶⁷.

Mas o que essas características intrínsecas ao direito têm a dizer sobre ele? De que modo identificá-las permite compreender como opera a prática jurídica e, mais, permite fornecer uma teoria geral do direito alternativa, que consiga oferecer uma metodologia mais esclarecida para a interpretação e aplicação do direito?

Pois bem. Uma vez que os desacordos teóricos são tratados como parte integrante do direito, isto é, a partir do momento que se reconhece que a atividade jurídica não está alicerçada em uma atitude de simples aceitação de regras convencionais, mas desenvolve-se através do confronto entre duas ou mais concepções diferentes acerca daquilo que o direito prescreve, então torna-se imperativo reconhecer que essa prática é, essencialmente, *argumentativa e interpretativa*. Isso significa, basicamente, duas coisas.

¹⁶⁶É o que nota Ronaldo Porto Macedo Júnior: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. pp. 200/201.

¹⁶⁷Em outros termos: o direito não é, nem pode ser visto como, um fato social bruto, de aceitação geral e padronizada dos critérios encarregados de definir aquilo que ele é (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. pp. 212/213).

Em primeiro lugar, que os atores envolvidos nessa atividade entendem que aquilo que ela permite ou exige depende da veracidade de certas proposições, as quais só adquirem sentido pela e na prática, a qual, por sua vez, se desenvolve através da mobilização de argumentos dos mais diversos tipos, cujo objetivo declarado é o de defender essas proposições em face de outras concorrentes¹⁶⁸.

Em segundo lugar, que os conceitos oriundos e característicos dessa prática têm os seus significados determinados e/ou esclarecidos em função “das condições de verdade das práticas argumentativas que o constituem”¹⁶⁹ - isto é, a utilidade de um conceito jurídico advém do poder persuasivo dos argumentos que o elaboram.

De fato, as condições de verdade das proposições jurídicas não são extraídas de padrões comuns de comportamento dos participantes da prática judicial (de algum dado da realidade), mas sim da força e da coerência da argumentação elaborada¹⁷⁰ a favor dessas mesmas proposições.

Dessa forma, os conceitos jurídicos, incluindo aí o próprio conceito de direito, serão sempre *conceitos contestados*, ou *conceitos interpretativos*¹⁷¹, ou seja, conceitos que se referem a práticas e tradições compartilhadas por pessoas¹⁷² que, todavia, fazem e disputam alegações sobre qual é a melhor interpretação que pode ser conferida a elas¹⁷³.

Mas em que, mais detalhadamente, consiste uma prática interpretativa desta espécie?

¹⁶⁸MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. p. 198.

¹⁶⁹MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. p. 210.

¹⁷⁰Macedo Júnior fala em construções teóricas metodologicamente orientadas, que devem pressupor coerência, falta de contradição, economicidade, clareza, dentre outros (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. p. 206).

¹⁷¹Importante notar que, para Dworkin, “conceitos interpretativos ‘nos encorajam a refletir sobre e também a contestar o que algumas práticas que construímos exigem’...” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. p. 256).

¹⁷²De fato, como sugere Ronaldo Porto Macedo Júnior, é preciso tomar cuidado ao entender o papel que tais práticas compartilhadas possuem na constituição dos conceitos interpretativos. Com essa assertiva, não se quer dizer que as pessoas compartilham critérios para determinar o conteúdo do conceito em questão (esse seria, como visto, o caso dos conceitos criteriosos, justamente o que Dworkin afirma não ser o caso do conceito de direito); na verdade, “para Dworkin, ‘conceitos interpretativos também exigem que as pessoas compartilhem uma prática, elas precisam convergir em tratá-lo como interpretativo. Mas isso não significa convergir na aplicação do conceito’ - o que ocorre, justamente, porque inexistem critérios compartilhados para definir seu conteúdo (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. pp. 256/259 – g.o.).

¹⁷³REIS, Luciana Silva. *Direito e método*: a contribuição de Ronald Dworkin. Dissertação (mestrado). Idem. p. 62. É esse também o ensinamento de Dworkin, para quem, ao raciocinarem sobre o que o direito realmente prescreve ou autoriza, em geral, as pessoas que tomam parte de seu funcionamento não concordam, mas discordam sobre qual a melhor interpretação que lhe deve ser conferida (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 57). A mesma ideia pode ser vista, também, em: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. p. 198.

Como ela funciona? Dworkin desenvolve a questão, que precisa ser explorada agora; ele desenvolve, de modo mais específico, o que denomina de uma *teoria da interpretação*, essencial para a compreensão eficaz da operacionalidade do direito.

Dworkin destaca, então, que a interpretação jurídica é um caso particular do empreendimento interpretativo em geral¹⁷⁴. As pessoas interpretam em contextos diferentes e, ao diferenciá-los, dá-se conta da existência de distintas formas de interpretação.

Uma delas, por exemplo, é chamada por Dworkin de *interpretação conversacional*. Trata-se daquele caso mais evidente da atitude interpretativa, quando as pessoas interpretam o que as outras estão dizendo (os sons e os sinais que emitem), nas conversações que estabelecem nos seus contatos diários¹⁷⁵.

Há, ainda, outros casos: a interpretação científica, a interpretação artística e, naturalmente, a jurídica. Estas duas últimas pertencem a uma mesma categoria de práticas interpretativas, a que Dworkin confere o nome de *interpretações criativas*. Se assemelham, porque em ambas se pretende interpretar coisas que as pessoas criaram (e não fatos ou dados da realidade empírica, como na interpretação científica) como algo distinto delas mesmas, do que elas dizem ou fazem¹⁷⁶.

Práticas interpretativas criativas tampouco são, portanto, conversacionais; são, antes, *construtivas*, porque nelas o intérprete orienta sua ação na busca não das intenções do que disse o autor da prática¹⁷⁷, mas sim de uma *intencionalidade* contida no próprio empreendimento a ser interpretado¹⁷⁸, o que significa, em outras palavras, que a “interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito num objeto ou prática de modo a torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou gênero ao qual ele pertence”¹⁷⁹.

A busca por essa intencionalidade (*point*) da prática, segundo Dworkin, significa que “um participante interpretando uma prática social [...] atribui valor para a prática descrevendo algum esquema de interesses ou objetivos ou princípios aos quais a prática serve, expressa ou exemplifica”¹⁸⁰; nem sempre, contudo, haverá acordo sobre que

¹⁷⁴MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 215.

¹⁷⁵DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 60.

¹⁷⁶DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 61.

¹⁷⁷Dworkin é claro nesse sentido: a interpretação construtiva preocupa-se com os propósitos, não com as causas de uma prática ou objeto; e com os propósitos não do autor, mas do próprio intérprete (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 63).

¹⁷⁸MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 215.

¹⁷⁹MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 215.

¹⁸⁰DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 64.

interesses, objetivos ou princípios a prática efeticamente promove¹⁸¹ – e é este tipo de divergência que, justamente, gera muitos dos desacordos teóricos subjacentes à interpretação jurídica.

Seja como for, em resumo, a interpretação jurídica envolve uma *atitude interpretativa*¹⁸², que envolve, por sua vez, a *imposição de um propósito* à prática jurídica – não um propósito arbitrário qualquer, mas um que seja descoberto, descrito e atribuído à prática, de forma coerente com os padrões comportamentais que ela oferece¹⁸³.

Esse propósito elucida um valor que é atribuído à prática, o qual é entendido como constitutivo da mesma e, assim, vincula a interpretação da prática aos padrões que ele (o valor) promove¹⁸⁴. Em palavras mais simples, o valor que se confere à prática orienta e influi a forma como ela é interpretada e conformada no futuro.

Como afirma Ronaldo Porto Macedo Júnior, o engajamento interpretativo tem, pois, duas pressuposições: (i) a prática não só existe, mas tem um valor, um *point*, porque serve a algum interesse ou princípio; e (ii) os requisitos da prática, os juízos que ela apoia, são sensíveis a seu *point*, de modo que suas regras são entendidas e aplicadas em função desse *point*¹⁸⁵.

Um exemplo paradigmático é oferecido por Dworkin para esclarecer como funciona essa prática interpretativa construtiva: a analogia da cortesia.

Segundo o autor, o direito se assemelha às práticas de cortesia em um seguinte sentido. Suponha-se uma comunidade imaginária, onde dois amigos, “A” e “B”, conversam sobre o encontro que um deles teve com uma menina, um dia antes. Nessa comunidade, por sinal, vigoram certas “regras de cortesia”, que funcionam como um tabu – estão lá, postas e

¹⁸¹Como diz o autor, muitas vezes os dados comportamentais brutos da prática (como as pessoas agem nela) vão tornar indeterminada a atribuição de valores deste tipo, porque os dados disponíveis serão compatíveis com valores até mesmo antagônicos; nesses casos, então, “Se os dados brutos não estabelecem diferenças entre essas interpretações antagônicas, a opção de cada intérprete deve refletir a interpretação que, de seu ponto de vista, atribui o máximo de valor à prática – qual delas é capaz de mostrá-la com mais nitidez” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 64).

¹⁸²Essa atitude interpretativa, é importante dizer, surge como simples consequência de questões históricas e sociológicas: por alguma razão, as pessoas passam a adotar uma atitude crítica e reflexiva com relação a determinada prática social, o que faz com que ela passe a ser objeto de interpretações dos seus participantes. Isso ocorreu com o direito, que até hoje desenvolve-se como uma prática interpretativa, não meramente consensual (REIS, Luciana Silva. *Direito e método: a contribuição de Ronald Dworkin*. Dissertação (mestrado). Idem. p. 76).

¹⁸³MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 216.

¹⁸⁴MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 217. Dworkin chega a dizer que a interpretação procura ver o objeto interpretado como se este fosse o *produto* de uma decisão de perseguir certos objetivos ou visões específicas (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 71).

¹⁸⁵MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. pp. 216/217.

em vigor, mas ninguém as contesta.

Segundo essas regras tradicionais, a cortesia, quando pensada na relação entre homem e mulher, é entendida como a necessidade de que o homem priorize e presenteie a mulher com favores e gentilezas, independentemente do que ela realmente deseja. Orientado por essa concepção do que é ser cortês, o amigo “B” recrimina “A”, que, na noite anterior, quis dividir a conta do jantar com sua parceira¹⁸⁶.

Para tanto, oferece exemplos que comprovam ser a sua tese adequada e bem ajustada aos fatos sociais que, praticados usualmente na sua comunidade, deixam entrever que as práticas reais de cortesia envolvem esse tipo de deferência masculina com relação às mulheres (homens, em geral, deixam as mulheres sair primeiro do elevador, abrem as portas para elas, puxam cadeiras para que se sentem antes, etc.)¹⁸⁷.

“A”, contudo, não aceita a repreensão do amigo. Desenvolve uma *atitude interpretativa* sobre a cortesia¹⁸⁸ e, assumindo que ela não apenas existe, mas serve a alguma finalidade, procura demonstrar como as exigências do comportamento cortês não são apenas aquilo que sempre se imaginou que fosse, nem tampouco aquilo que as regras tradicionais sempre indicaram, mas formulam-se como consequência de outros propósitos, mais nobres, que se pode atribuir a esta prática social¹⁸⁹.

Adotando essa atitude interpretativa, “A” deixa de ver a cortesia como uma prática estanque e, ao lhe impor um propósito diferente, que entende ser o *mais adequado*, reestrutura-a à luz dessa nova finalidade que lhe atribuiu¹⁹⁰.

Afirma, portanto, que ser cortês com uma mulher significa expressar-lhe consideração e respeitar a sua dignidade, o que envolve tratar-lhe com igualdade, respeitando seus desejos. Cita, inclusive, exemplos nos quais a prioridade irrestrita poderia soar ofensiva às mulheres, como se indicasse alguma inferioridade delas (mulheres poderiam se ofender ao serem impedidas de, p.ex., arcar com seus próprios gastos, caso assim o desejassem)¹⁹¹.

Dessa forma, nessa situação ilustrativa, “B” dirá que “A” violou uma regra de

¹⁸⁶Muito embora a analogia da cortesia seja feita por Dworkin, o exemplo dos dois amigos é oferecido por Ronaldo Porto Macedo Júnior em sua tese de Livre-docência, posteriormente transformada no livro ora citado. Optou-se por utilizar esse exemplo específico dado o seu alto potencial ilustrativo dos argumentos dworkianos (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. pp. 203 e ss.).

¹⁸⁷MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 203.

¹⁸⁸No sentido explicitado na nota nº 182, *supra*.

¹⁸⁹DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 57.

¹⁹⁰DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 58.

¹⁹¹MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 204.

cortesia, embora este discorde disso – eles possuem um desacordo autêntico, tal qual Dworkin afirma existir nas práticas jurídicas em geral, no qual “A” compreende o significado e a censura de seu amigo, embora não a aceite¹⁹².

Importante nisso é notar que o desacordo entre os amigos surge, essencialmente, porque cada qual atribui *um valor diferente* às práticas de cortesia.

Nesse sentido, pouco importa o que as regras tradicionais sobre a cortesia diziam sobre essas práticas até então; o significado normativo do que é ser cortês com alguém, ao fundo e ao cabo, depende mais da intencionalidade que lhe é atribuída¹⁹³ do que das convenções arraigadas que se estabeleceram, no passado, sobre ele. Como diz Dworkin, a “interpretação decide não apenas por que a cortesia existe, mas também o que, propriamente entendida, ela agora requer”¹⁹⁴.

O direito, segundo Dworkin, funciona de modo análogo. Sua compreensão efetiva depende não de convenções, mas dos valores que lhes são atribuídos como prioritários¹⁹⁵, e esse tipo de atribuição exerce-se através do trabalho argumentativo, que faz remissão constante ao vasto rol de princípios (morais, jurídicos, etc.), e outros padrões normativos imprecisos, que permeiam e legitimam a prática jurídica como um todo.

Definir, por exemplo, o alcance de um direito constitucional, como o direito à liberdade de expressão, será uma tarefa que procurará identificar o *valor mais apropriado* que o direito pode, coerente e adequadamente¹⁹⁶, atribuir a tal norma legal, o que se consegue através de um vasto trabalho argumentativo que mostre a concepção da expressão livre em sua melhor luz, é dizer, da forma mais bem fundamentada e que sirva aos mais convincentes interesses e objetivos que ela possa servir, na comunidade em que é interpretada.

Essa é, nos dizeres de Dworkin, a nova imagem da jurisdição¹⁹⁷: o direito enquanto prática interpretativa, prática à qual juízes, advogados e juristas em geral aderem e passam a desenvolver, em resposta às suas convicções e tendências¹⁹⁸, teorias operacionais sobre a

¹⁹²MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. p. 204.

¹⁹³MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. p. 217.

¹⁹⁴Citação de Dworkin em: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. p. 218.

¹⁹⁵“nós elaboramos o conceito [interpretativo, como o direito] atribuindo valor e propósito à prática, e nós formamos visão sobre as condições de verdade de demandas particulares que as pessoas fazem dentro de práticas sob a luz dos propósitos e dos valores que nós lhe atribuímos” - citação de Dworkin em: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. pp. 260/261.

¹⁹⁶A ideia do que seja essa coerência e adequação será explicada adiante, em maiores detalhes.

¹⁹⁷DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 112.

¹⁹⁸“As teorias interpretativas de cada juiz se fundamentam em suas próprias convicções sobre o ‘sentido’ - o

melhor interpretação de suas responsabilidades; quando divergem sobre algo (divergências que são interpretativas), divergem sobre qual a melhor interpretação de algum aspecto pertinente do exercício desta prática¹⁹⁹.

Isso porque, como afirma Ronaldo Porto Macedo Júnior, “no jogo interpretativo reflexivo do direito e da cortesia, o valor da prática em questão ganha certa independência com relação às regras convencionalmente aceitas”²⁰⁰, que passam a ser condicionadas e sensíveis aos valores a que a prática serve.

Dito de outro modo, o próprio conteúdo dessas regras, o qual é determinado senão por meio da atividade interpretativa, é identificado e conformado aos valores e interesses que a prática procura promover.

Nas palavras de Dworkin: “a interpretação retorna (*folds back*) à prática, alterando o seu formato, e o novo formato encoraja reinterpretações subsequentes, de modo que a prática se modifica dramaticamente”²⁰¹, indefinidamente²⁰² - como afirma o autor, “a prática

propósito, objetivo ou princípio justificativo – da prática do direito como um todo, e essas convicções serão inevitavelmente diferentes, pelo menos quanto aos detalhes, daquelas de outros juizes” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 110).

¹⁹⁹DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 109.

²⁰⁰MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 219.

²⁰¹Citação de Dworkin em: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 220.

²⁰²Obviamente, autores positivistas elaboraram vastas respostas aos argumentos de Dworkin. Este trabalho, contudo, não se destina a entrar neste debate da filosofia do direito, procurando oferecer alguma resposta inovadora para eles. A teoria dworkiana é assumida como a mais apropriada, e apenas se indica suas mais elementares características a fim de se explicar a metodologia interpretativa que será usada na segunda parte da dissertação. Ainda assim, um importante desdobramento deste debate merece, aqui, ser pontuado, porque a resposta que Dworkin oferece às críticas positivistas é, nos dizeres de Ronaldo Porto Macedo Júnior, surpreendentemente engenhosa para ser olvidada. Críticos positivistas atacam Dworkin afirmando que sua teoria incorre em petição de princípio – exige premissas que, na verdade, ele mesma intenciona comprovar; assume que a moralidade influencia a interpretação do direito, muito embora essa pressuposição, contestada fortemente pelo positivismo, seja justamente aquilo que a teoria da interpretação construtiva pretende defender com seus argumentos. De fato, autores positivistas não aceitam que a interpretação e os argumentos normativos, orientados pelo *point* da prática jurídica, são parte ínsita ao próprio conceito de direito; para eles, esse tipo de racionalidade não oferece considerações que possam, de fato, afirmar o que as regras da prática jurídica atualmente são. A resposta de Dworkin, então, surge com toda sua engenhosidade: a compreensão mais adequada a respeito do problema (se a reflexão normativa moral, realizada por práticas interpretativas, é de fato parte do conceito de direito) é em si um problema interpretativo; depende da existência de melhores critérios interpretativos que possam evidenciar a sua adequação (*fit*) com a realidade que se quer explicar, qual seja, como a prática jurídica realmente funciona. E basta olhar de modo mais amplo como o direito se desenvolve ao longo dos tempos para se notar que a perspectiva dworkiana é mais convincente. Observando-se a prática jurídica em períodos diferentes da história da humanidade, nota-se que os padrões de decisão judicial alteram-se muito ao longo do tempo – o que hoje se entende como família, por exemplo, não é o mesmo que entendia-se há um século; este tipo de mudança nos padrões de racionalidade jurídica, entretanto, não podem ser explicados com base em uma pressuposição convencionalista do direito. A bem da verdade, a melhor compreensão que se pode ter sobre eles implica o reconhecimento da existência daquele movimento de crítica interna das regras existentes que apenas a teoria dworkiana permite explicar. Em outras palavras: “a explicação convencionalista fracassa porquanto não apresenta uma boa adequação (*fit*) com uma correta interpretação da própria história das práticas jurídicas”; mais: “juizes no sistema jurídico norte-americano, por exemplo,

jurídica contemporânea [é] como uma política em processo de desenvolvimento”²⁰³.

Algumas questões, contudo, permanecem ainda muito obscuras. Como, então, determinar qual interpretação da prática seria a mais apropriada? Ou qual é o verdadeiro valor que ela promove? Mesmo ao fim da discussão, os amigos “A” e “B” poderiam continuar insistindo no ponto de vista que defenderam originariamente e alguma forma de solucionar o impasse seria necessária.

A teoria interpretativista de Dworkin, como dito e redito, rejeita concepções do direito (e da cortesia) que pretendem identificar o critério de correção das proposições a partir da identificação de certo *estado de coisas* no mundo (convenções)²⁰⁴.

Afirma, outrossim, que a veracidade das assertivas feitas sobre o que o direito (e a cortesia) exige em determinado caso concreto depende de uma *teoria da correção moral*²⁰⁵, é dizer, da apresentação de uma justificativa para essas proposições que seja *substantivamente* mais valiosa e consistente do que as alternativas restantes.

Uma analogia permite esclarecer o argumento. Quando, por exemplo, alguém

trataram as técnicas que eles usam para interpretar leis e avaliar precedentes – mesmo aqueles que ninguém contesta – não simplesmente como ferramentas passadas pela tradição de seu ofício, mas como princípios que entendem poder ser justificados em uma teoria política mais profunda, e quando passam a duvidar disso, seja por que razão for, eles constroem teorias que lhes parecem melhores” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. pp. 226/228).

²⁰³DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 271. Outra analogia, oferecida por Dworkin tanto em *O Império do Direito*, quanto em outro artigo fundamental na obra do autor (“De que maneira o Direito se assemelha à literatura”), constante do livro *Uma questão de princípio* (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 217/250), permite elucidar de forma mais clara o que significa afirmar que a prática jurídica está em processo constante de desenvolvimento. Dworkin diz que a interpretação jurídica se assemelha à interpretação artística, de modo que a atividade judicial funcionaria como um romance escrito em cadeia, é dizer, um livro que é redigido não por um, mas por vários autores em sequência. Nesse empreendimento, um autor escreve um capítulo da obra e a passa adiante, para outro escritor que, após interpretar o texto que recebeu, dá-lhe continuidade, acrescentando um novo capítulo ao romance; esse padrão comportamental se repete outras muitas vezes, de modo que cada nova parte da estória é elaborada por um diferente autor. Nesse processo, cada escritor que recebe o livro deve procurar dar sequência à narrativa elaborando-a da melhor maneira que conseguir, como se fosse a produção de um único autor; para tanto, emite diversas opiniões sobre o texto que tem em mãos, que avaliam tanto aspectos formais da redação (coerência interna, integridade textual, etc.), quanto questões mais substantivas, relativas a juízos estéticos sobre a qualidade da obra – opiniões que, por sua vez, servem para que ele consiga justificar o texto que escreverá, apresentando-o como aquele que fará do romance o melhor que ele poderia ser. O direito funciona de modo análogo: juízes decidem casos como coautores num processo de elaboração de uma longa história que a sociedade pretende contar; para tanto, interpretam os capítulos já redigidos no passado e apresentam suas contribuições como a melhor forma de dar sequência ao enredo que eles são chamados a complementar – e o fazem justificando suas decisões com base tanto em juízos formais, relativos à coerência dos adendos com o que foi dito anteriormente, quanto substantivos, que pretendem demonstrar ser a contribuição fornecida a mais valiosa do ponto de vista não da estética (naturalmente), mas da moral política da comunidade que estão a servir (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. pp. 275 e ss.). Esses dois tipos de juízos serão explicados em maiores detalhes mais adiante, neste trabalho.

²⁰⁴MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “A crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua relevância: um esquema de crítica conceitual”. Idem. p. 144.

²⁰⁵MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “A crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua relevância: um esquema de crítica conceitual”. Idem. p. 145.

procura identificar se um objeto é feito de ouro ou não, a pessoa deve analisar a essência do material que compõe esse objeto e, se notar que a sua composição química é exatamente aquela que o elemento ouro possui, concluirá que o utensílio sob sua análise é efetivamente feito deste metal.

De forma similar, é necessário que o intérprete procure identificar a *essência* dos conceitos jurídicos que pretende interpretar (como, por exemplo, a liberdade e a igualdade).

Ocorre, todavia, que, para especificar o sentido desses conceitos, não é possível adotar como referência algum dado do mundo natural, como no caso do ouro (em que a composição química do material identificava sua essência). Conceitos jurídicos como a liberdade e a igualdade são sujeitos – diferentemente dos conceitos naturais – às preocupações e necessidades daqueles que tentam defini-los.

Dependem, em outras palavras, da *intencionalidade* que se atribui a eles, ou seja, daquilo que de importante e valioso eles podem oferecer às pessoas a que servirão²⁰⁶. Dworkin assim resume o raciocínio: “nossas interpretações [...] devem tentar mostrar o que há de bom [valioso] na virtude [conceito] em questão. Elas devem tentar mostrar por que, se a virtude [conceito] é prejudicada, algo de ruim aconteceu, que algo de valor foi perdido, que as pessoas não foram tratadas conforme tinham o direito de ser tratadas”²⁰⁷.

Para tanto, reflexões de natureza moral são fundamentais, pois elas é que se prestam a destacar e debater que valores os conceitos interpretados procuram promover – é preciso, pois, uma *análise filosófica* para se dizer o que os conceitos jurídicos realmente são²⁰⁸.

Dessa forma, “o critério de correção, nessa visão, não depende do consenso ou da certeza, mas antes da existência de melhores argumentos que o fundamentem”²⁰⁹. Em outros termos, uma proposição jurídica garante seu valor de verdade “por estar justificada pelas melhores razões”²¹⁰ disponíveis ao intérprete.

É evidente, contudo, que mesmo os melhores argumentos seriam passíveis de alguma contestação, mas isso não implica a inexistência de um critério capaz de solucionar a questão; sempre haverá algum argumento que consegue *atender melhor* as exigências da boa

²⁰⁶Conceitos jurídicos se referem a valores e “não podemos entender um valor a não ser que entendamos por que é importante que respeitemos ou promovamos esse valor, a não ser que entendamos o que é bom a respeito dele” (DWORKIN, Ronald. “Do values conflict? A hedgehog’s approach”. In: *Arizona Law Review*, n. 43, v. 251, 2001, p. 255).

²⁰⁷DWORKIN, Ronald. “Do values conflict? A hedgehog’s approach”. Idem. p. 255.

²⁰⁸DWORKIN, Ronald. “Do values conflict? A hedgehog’s approach”. Idem. p. 255.

²⁰⁹MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 220.

²¹⁰MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “A crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua relevância: um esquema de crítica conceitual”. Idem. p. 148.

argumentação, e isso bastará para definir qual concepção acerca da prática interpretada é mais apropriada; seja como for, o único modo de mostrar que a interpretação concorrente está errada é, também, desconstruindo-a argumentativamente²¹¹.

De todo modo, é fundamental aqui notar como a leitura dworkiana do direito confere a ele uma significativa dimensão *avaliativa* e *valorativa*, não apenas autoritativa (ou seja, baseada em convenções sociais que simplesmente reconhecem certas práticas de autoridade como existentes)²¹². Argumentação jurídica e argumentação moral são vistas como práticas similares e indissociáveis²¹³.

O que, entretanto, caracteriza um bom argumento, do ponto de vista da prática interpretativa do direito? Dois critérios, dois tipos de juízos que devem ser feitos pelo intérprete, são essenciais para a construção de uma interpretação convincente: como afirma Ronaldo Porto Macedo Júnior, “a melhor reconstrução [do que o direito diz ou exige] será aquela que apresenta a melhor adequação (*fit*) e oferece a melhor justificação do objeto a ser descrito”²¹⁴.

Dworkin também é claro com relação ao assunto: na interpretação construtiva (que caracteriza o direito, frise-se), os intérpretes “tentam apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como a encontram [juízo de adequação] e a melhor justificativa dessa prática [juízo de justificação]”²¹⁵.

É preciso, portanto, explicar em que consistem esses juízos.

A ideia de *adequação*, na teoria interpretativa de Dworkin, remete à importância que o passado e a história têm na elaboração de uma interpretação convincente do direito²¹⁶.

Sustentar a ideia de que a prática jurídica contemporânea é – e sempre será – interpretativa, portanto, não significa menosprezar o papel que as decisões políticas do

²¹¹MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. p. 221/223.

²¹²MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. p. 158.

²¹³A tese (positivista) da separabilidade entre direito e moral é, pois, contestada por Dworkin. Na verdade, o autor critica essa postura *arquimediana* do positivismo, de achar que só é possível determinar a verdade de uma proposição se forem identificadas coisas no mundo que atestem a sua correção; para ele, a tentativa de usurpar o direito do campo de batalha substantivo e valorativo, dos juízos de correção moral, é um erro metodológico, que deve ser corrigido (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. p. 198). Até porque, como visto anteriormente, sequer é possível fazer uma distinção coerente entre princípios jurídicos e princípios morais – ambos influenciam igual e simultaneamente a atividade interpretativa e argumentativa que é o direito. Vide nota nº 104, *supra*.

²¹⁴MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. p. 194.

²¹⁵DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 112.

²¹⁶Importância, que, contudo, não é absoluta, como se verá adiante – e, neste ponto, a crítica ao positivismo se faz mais evidente. Vide: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. pp. 273/274.

passado (tanto das legislaturas, quanto dos próprios órgãos judiciais) possuem na estipulação do significado e do alcance do direito.

Isso porque, apesar dos constantes desacordos sobre como a prática jurídica deve ser interpretada, existem forças de convergência que procuram atenuar essas divergências; existem, no direito, como em qualquer outra prática social similar, determinados *paradigmas*, ou seja, “proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância”²¹⁷, os quais têm papel essencial na estipulação de interpretações convincentes do objeto a ser interpretado.

Ninguém negaria, por exemplo, que os diversos códigos vigentes atualmente no Brasil são parte constitutiva do que se entende por direito no país e, dessa forma, fornecer uma concepção da atividade jurisdicional que faça vista grossa a essas (e muitas outras) leis demonstraria uma inconsistência argumentativa difícil de ser ignorada.

Os juízos de adequação são aqueles que pretendem, justamente, demonstrar a coerência da interpretação oferecida com relação aos paradigmas vigentes na atualidade; como diz Dworkin, “os paradigmas serão tratados como exemplos concretos aos quais qualquer interpretação plausível deve ajustar-se e os argumentos contra uma interpretação consistirão, sempre que possível, em demonstrar que ela é incapaz de incluir ou explicar um caso paradigmático”²¹⁸.

A elaboração de um argumento forte a respeito do que o direito exige em determinada circunstância, por conseguinte, depende da possibilidade de se demonstrar que a interpretação sugerida não contraria certos requisitos da prática judicial que são, em geral, reconhecidos pelos que nela tomam parte; depende, por exemplo, da demonstração de que essas supostas exigências do direito estão em acordo com precedentes judiciais importantes do passado, ou que se ajustam aos textos das leis e outros atos normativos aplicáveis ao caso concreto que se pretende solucionar.

Ainda assim, a força centrípeta que os paradigmas exercem, atenuando os desacordos teóricos existentes sobre aquilo que o direito é, não deve ser superestimada. A atitude interpretativa pode favorecer, mas também pode invalidar essas tendências de acordo – e as discussões serão tão mais fortes quanto mais polêmicas e controversas forem as questões jurídicas colocadas em debate²¹⁹.

Nesse momento, o segundo tipo de juízo necessário para apresentar o direito em sua

²¹⁷DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 110.

²¹⁸DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 88.

²¹⁹DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 110.

melhor luz – o juízo de justificação – mostra a sua importância.

O intérprete deve, então, procurar fornecer uma *fundamentação geral* para os principais elementos que ele destaca como relevantes na etapa anterior de sua argumentação²²⁰. Para tanto, deve adicionar a ela certas *convicções substantivas* a respeito de que tipos de justificativa são capazes de apresentar a prática jurídica em sua melhor forma²²¹, é dizer, do modo mais coerente não só com o teor explícito das decisões políticas do passado²²², mas também com toda a vasta gama de princípios que elas (e outras tantas) promovem na comunidade a que servem²²³.

Essas convicções substantivas consistem em, basicamente, argumentos que consigam explicar porque, dentre as diversas interpretações disponíveis, aquela adotada pelo intérprete é a que alcança não só a maior adequação aos paradigmas enumerados anteriormente, mas também fornece uma justificação dos requisitos do direito (aquilo que ele exige, na situação concreta analisada) mais apropriada do *ponto de vista da moralidade política*²²⁴.

Dworkin é claro, nesse sentido: “Ele [o intérprete], então, deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, *do ponto de vista da moral política*, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo”²²⁵.

Isso significa, em curtas palavras, que o intérprete deve demonstrar que a interpretação que ele oferece é a mais atrativa, porque ela favorece, de algum modo, princípios de moralidade política que são reputados como mais importantes do que aqueles que seriam favorecidos por interpretações concorrentes.

²²⁰MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. p. 229.

²²¹REIS, Luciana Silva. *Direito e método*: a contribuição de Ronald Dworkin. Dissertação (mestrado). Idem. p. 74.

²²²Isso porque, como afirma Dworkin, “o direito... contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões [políticas, tomadas no passado], mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. pp. 273/274).

²²³Desenvolvem-se, portanto, argumentos “sobre as razões por que vale a pena buscar uma prática com essa forma geral” que foi identificada pelo intérprete ao destacar os paradigmas de direito que orientam a sua interpretação (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. p. 229).

²²⁴DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 286. O ponto de vista da moralidade política é aquele que pretende demonstrar a adequação da interpretação fornecida com relação a questões não só de justiça abstrata, mas de toda a vasta gama de princípios e valores políticos que uma sociedade pode identificar. Pretende, portanto, demonstrar que as interpretações fornecidas são mais apropriadas porque valorizam mais a democracia, ou porque protegem com maior ênfase os direitos individuais, ou porque asseguram maior respeito aos valores comunitários compartilhados, etc. - a importância a ser conferida a cada um desses valores, por sua vez, faz parte da própria argumentação baseada em juízos de moral política que o magistrado deverá elaborar.

²²⁵DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 306 – g.n.

Deve demonstrar, por sua vez, porque esses princípios por ele reivindicados são mais importantes do que os restantes, e o faz apontando o maior “peso moral” que eles possuem na sua comunidade – apontando que, ao optar por uns e não outros, direciona-a a um futuro melhor, pois a faz comprometida com *valores e interesses* (com um *point* valorativo, uma intencionalidade) mais dignos de serem perseguidos do que os demais²²⁶.

Este é o ponto da argumentação jurídica em que os juízos de correção moral se fazem presentes, revelando toda a dimensão teórica e filosófica que está subentendida na tarefa de interpretar e aplicar o direito: é o momento em que o intérprete procura identificar a qual apelo valorativo (qual *point* valorativo) a prática interpretada faz referência, para ser melhor compreendida, e apresenta as justificativas substantivas, do ponto de vista da moral política, que corroboram essa sua sugestão inicial.

Um exemplo, também oferecido por Dworkin em *O império do direito*, permitirá tornar mais claro como funciona a argumentação com base nesses dois tipos de juízo (de adequação e de justificação) – trata-se do caso McLoughlin.

Dworkin conta que o marido e os quatro filhos da Sra. McLoughlin foram feridos em um acidente de carro, mais ou menos às quatro da tarde, do dia 19 de outubro de 1973. Assim que informada da ocorrência do infortúnio, por volta das seis horas da tarde, ela foi até o hospital onde estavam sendo atendidos os feridos e, ali, descobriu que sua filha morrera e seu marido e demais filhos estavam em estado grave.

Em função das más notícias, a Sra. McLoughlin teve um colapso nervoso, motivo

²²⁶O argumento dworkiano sobre como funciona a metodologia interpretativa, em especial no que diz respeito à análise da justificação da interpretação oferecida, é, na verdade, um pouco mais complexo do que isso – envolve uma conceitografia particular elaborada pelo autor americano, é dizer, uma categorização dos diferentes tipos de conceitos que identificamos nas práticas sociais e na especificação de como cada qual deve ser abordado e justificado pelo intérprete. Ainda assim, a ideia geral defendida por Dworkin (suficiente para os propósitos introdutórios desta seção do trabalho) é precisamente essa: a de que a interpretação do direito envolve a identificação de um “conjunto de valores que melhor justificam as práticas jurídicas”, o que é feito a partir de um exercício argumentativo de moralidade política. Por exemplo: enquanto alguns autores, como o próprio Dworkin, podem defender que o valor primordial da ordem jurídica é o valor da igualdade, outros, como Raz e Shapiro, defendem uma ideia antagônica, de que a ordem jurídica prioriza a sua “capacidade de ordenar e facilitar o planejamento dos cidadãos e de coordenar suas atividades tendo-se em vista os interesses do indivíduo e da eficiência coletiva”. Ambas são sugestões distintas para os propósitos da prática jurídica e defender cada qual depende da apresentação de argumentos que mostrem qual dessas concepções a respeito do *point* valorativo do direito é a mais valiosa *enquanto ideal político*, é dizer, a que confere uma justificação para a prática judicial de modo a fazer dela a melhor possível enquanto instrumento de coerção estatal por excelência (de exercício legítimo do poder político, portanto) nas sociedades contemporâneas. A identificação e justificação desses valores, por sua vez, é importante, porque eles é que servirão como guia para apontar o valor de verdade das proposições jurídicas que são formuladas para informar o que direito requer em cada situação concreta – por exemplo, “a resposta à questão acerca da existência de um direito ao casamento gay depende do nosso entendimento sobre qual é a melhor justificação do conceito de *casamento* e da moralidade política na qual o casamento se realiza... [sobre] qual concepção melhor justifica o ‘valor do casamento’ quando integrado à rede de valores que o qualifica na sociedade contemporânea” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. pp. 261/267).

pelo qual, posteriormente, processou o motorista responsável pelo acidente, pleiteando uma indenização por danos morais, haja vista sua negligência na condução do veículo.

Ao arrazoar seu ponto de vista perante o tribunal, o advogado que a representava chamou a atenção para o fato de que existiam diversos precedentes judiciais que condenavam pessoas negligentes a pagarem uma indenização a outras, que sofreram danos morais ao verem seus parentes próximos feridos ou mortos.

Esses precedentes, contudo, guardavam todos uma grande diferença com relação ao caso da Sra. McLoughlin: neles, o pleiteante tinha estado presente no momento do acidente, tendo visto, ao vivo e a cores, o momento em que seus parentes haviam sido ofendidos – o que foi motivo suficiente para gerar um complexo debate judicial acerca da existência ou não de um direito de serem ressarcidas civilmente todas as pessoas que estejam em situações idênticas à da infeliz senhora (inclusive ela própria, naturalmente)²²⁷.

De um lado, havia quem entendesse que os precedentes citados eram suficientemente distintos do caso da Sra. McLoughlin, de modo a impedir sua aplicação na resolução do imbróglio; argumentavam que, por não estar presente no momento do acidente, os danos morais que veio a sofrer não eram “previsíveis”, sendo impassíveis de indenização²²⁸.

Outros intérpretes, contudo, argumentaram que seria errada a decisão que negasse o direito à indenização em hipóteses que seriam meritórias de algum tipo de ressarcimento por danos como aqueles sofridos pela vítima, defendendo a aplicação dos precedentes ao caso da Sra. McLoughlin²²⁹.

Como, entretanto, um intérprete dworkiano do direito lidaria com a questão²³⁰?

Em primeiro lugar, Dworkin ensina que um julgador que pretendesse enfrentar o dilema posto pelo caso da Sra. McLoughlin deveria “encontrar, se puder, alguma teoria

²²⁷O caso está narrado em: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. pp. 29/30.

²²⁸É o caso, por exemplo, do julgador de primeira instância que julgou o caso da Sra. McLoughlin, conforme relata Dworkin: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 33.

²²⁹É o caso de dois julgadores da Câmara dos Lordes, órgão judicial de maior hierarquia na Inglaterra, que apreciaram um dos recursos movidos pela pleiteante: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 35.

²³⁰Importante frisar, aqui, que nenhuma crítica que pretendesse afirmar que a teoria interpretativa dworkiana não se aplica ao direito brasileiro, porque aqui adota-se o sistema da “civil law”, e não um sistema de precedentes como a “common law”, poderia prosperar. Isso porque não é difícil imaginar que, mesmo em um sistema de leis escritas, existem disposições normativas tão abstratas que dependem, também, de complementações feitas pelos julgadores para serem aplicadas; o Código Civil brasileiro, por exemplo, poderia muito bem apenas afirmar que “merece indenização toda pessoa que sofre danos”, deixando em aberto uma especificação maior dos casos em que tal reparação, de fato, se faz necessária. Ainda que isso não ocorra com relação às normas que tratam, no Brasil, da responsabilidade civil por culpa, o exemplo ilustrativo possui uma racionalidade que é bastante condizente com a realidade do direito brasileiro – e, aqui, isso é suficiente para manter a utilidade argumentativa do exemplo dworkiano.

coerente sobre os direitos legais à indenização por danos morais, tal que um dirigente político com a mesma teoria pudesse ter chegado à maioria dos resultados que os precedentes relatam”²³¹.

Ele precisaria, portanto, oferecer uma interpretação do direito – mais especificamente falando, do direito de responsabilidade civil por atos culposos – que fosse, ao mesmo tempo, ajustada aos precedentes invocados na discussão judicial em questão (juízos de adequação) e consistente em suas ponderações substantivas (juízos de justificação).

Um intérprete hipotético, então, poderia encontrar três possíveis interpretações para esse ramo do direito civil, as quais seriam enunciadas através das seguintes proposições jurídicas: (i) uma pessoa só tem direito à indenização nos casos de lesão corporal; (ii) uma pessoa tem direito à indenização nos casos de danos morais ou físicos que sejam consequência de uma conduta imprudente, mas apenas quando este dano for razoavelmente previsível; e (iii) uma pessoa tem direito à indenização por danos, morais ou físicos, razoavelmente previsíveis, desde que o reconhecimento de tal direito não imponha encargos financeiros muito pesados àqueles cuja imprudência seja desproporcional à sua falta²³².

Como, então, o intérprete poderia optar por uma, dentre as três teorias postas à sua disposição?

Pois bem. Ele deverá, de início, notar se elas são teorias que guardam correlação com os casos relatados pelas partes envolvidas na disputa; deverá, nas palavras de Dworkin, “verificar cada hipótese dessa breve lista [de teorias interpretativas] perguntando-se se uma pessoa poderia ter dado os vereditos dos casos precedentes se estivesse, coerente e conscientemente, aplicando os princípios subjacentes a cada interpretação”²³³ proposta.

Fazendo isso, então, notará que a primeira opção, que apenas concede indenizações em casos de lesão corporal, é demasiado contraditória com o direito já produzido em sua comunidade. Ele a descartará de imediato²³⁴, porque não terá dificuldades em notar que nenhum juízo de adequação com relação às práticas jurídicas do seu povo pode ser oferecido: existem vários casos, como os relatados pela defesa da Sra. McLoughlin, que concedem não

²³¹DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 288.

²³²Dworkin, na verdade, faz uma análise mais minuciosa do caso; ele oferece seis, e não três teorias interpretativas diferentes. Entretanto, para os fins da argumentação deste trabalho, a menção às únicas citadas é mais do que suficiente: elas permitirão ilustrar como funciona a argumentação jurídica na interpretação construtiva de forma satisfatória, de modo que não é necessário estender a narração do caso, tal qual o faz Dworkin. Para maiores detalhes sobre a análise feita pelo jurista americano, vide: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. pp. 288 e ss.

²³³DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 290.

²³⁴É a mesma conclusão de Dworkin: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 290.

só indenizações por danos morais, mas os concedem até mesmo a pessoas que não foram diretamente agredidas pelos ofensores.

Subsistiriam, entretanto, as teorias dois e três. Essas passam pelo teste de adequação e o intérprete consegue demonstrar que os princípios que elas enunciam se ajustam de forma suficientemente satisfatória a interpretações feitas no passado – ainda que, nos dizeres de Dworkin, “somente porque nenhum desses precedentes tenha apresentado fatos que pudessem estabelecer distinções entre eles [os princípios]”²³⁵.

O intérprete deve, então, procurar decidir-se entre ambas. Primeiro, ele deverá perguntar-se se alguma delas pode ser excluída por ser incompatível com a prática jurídica como um todo, não só com relação ao direito da responsabilidade civil por culpa - “deve confrontar cada interpretação com outras decisões do passado, para além daquelas que envolvem danos morais, que aparentemente poderiam colocá-las em pauta”²³⁶.

Se, todavia, ainda assim as duas mostrarem-se suficientemente adequadas, a tarefa do intérprete deverá prosseguir mais adiante. Deverá, agora, ser resolvida no âmbito dos juízos de justificação²³⁷.

Dworkin oferece uma importante dica de como operam esses outros juízos: “ele [o intérprete] deverá levar em consideração não apenas o número de decisões que são importantes para cada interpretação, mas se as decisões que exprimem um princípio parecem mais importantes, fundamentais ou de maior alcance que as decisões que exprimem o outro”²³⁸.

Para defender a tese de que uma decisão é mais importante ou fundamental que outra é que, por sinal, o intérprete fará menção aos juízos de correção moral que, segundo Dworkin, integram a prática interpretativa do direito – ele vai procurar demonstrar, do ponto de vista da moralidade política, que uma, e não a outra, solução é a mais apropriada e bem justificada para conformar a sua comunidade política no futuro.

²³⁵DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 293.

²³⁶DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. P. 293. Aqui, no direito brasileiro, poderia ser pensado da seguinte forma: as teorias restantes seriam testadas comparativamente a outras normas legais, ou decisões jurisprudenciais, que tenham alguma relevância na especificação das regras sobre a responsabilidade de pessoas em geral, como no âmbito penal ou administrativo; seriam testadas, naturalmente, em função da sua adequação ao texto constitucional, supremo na hierarquia normativa do país, e assim por diante.

²³⁷Importante, aqui, destacar que Dworkin é muito no claro no sentido de que não importa apenas constatar qual interpretação se ajusta ao maior número de precedentes; na verdade, uma interpretação pode subsistir mesmo que o princípio por ela enunciado não seja sequer mencionado explicitamente em decisões do passado – basta que não seja com elas contraditório. Vide: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. pp. 296/297.

²³⁸DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 296.

O trecho em que Dworkin descreve como o intérprete deve operar neste momento é tão claro e preciso que a sua transcrição integral é superior a qualquer tentativa de paráfrase; seguem as palavras do autor:

[o intérprete] deve decidir qual é a interpretação que mostra o histórico jurídico como o melhor possível do ponto de vista da moral política substantiva. Vai compor e comparar duas análises. A primeira pressupõe que a comunidade personificada adotou e está fazendo cumprir o princípio de previsibilidade como sua prova de responsabilidade moral por danos causados por negligência, que as diferentes decisões às quais ela chegou têm por objetivo dar efeito a esse princípio, ainda que muitas vezes tenha se desviado e tomado decisões que a previsibilidade condenaria. A segunda pressupõe, por sua vez, que a comunidade adotou e está fazendo cumprir o princípio da previsibilidade limitado por um teto máximo imposto à responsabilidade, ainda que se tenha desviado muitas vezes desse princípio. Tudo considerado, que análise mostra a comunidade sob uma luz melhor, a partir do ponto de vista da moral política? A resposta de Hércules [o intérprete hipotético] vai depender de suas convicções sobre as duas virtudes que constituem a moral política que aqui consideramos: a justiça e a equidade²³⁹.

Assim, se o intérprete entender, por exemplo, que o direito promove valores mais importantes quando assegura que as pessoas sejam sempre indenizadas por danos sofridos pela negligência de outros, sem importar-se com o quanto essa exigência é difícil de ser cumprida em determinadas circunstâncias, defenderá a aplicação da teoria número dois ao caso concreto²⁴⁰ – e daria ganho de causa à Sra. McLoughlin.

Se, todavia, ele reputar ser importante levar em consideração, nos casos de acidentes oriundos de comportamentos culposos, os valores da justiça socioeconômica, entendendo que as impossibilidades financeiras dos agentes de arcar com indenizações elevadas justificariam o afastamento da responsabilidade civil, então dará preferência à interpretação três – e, nesse caso, só daria a vitória à Sra. McLoughlin caso o motorista responsável pelo acidente tivesse condições financeiras que autorizassem a sua condenação ao pagamento de

²³⁹DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 298.

²⁴⁰DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 298.

uma indenização.

Tanto para uma, quanto para outra solução, o intérprete deverá apresentar argumentos coerentes e convincentes para fundamentar a sua decisão – os quais, deve-se reforçar, fundamentam-se e fazem referência à melhor teoria política encontrada para justificar as considerações substantivas que decidem o caso²⁴¹.

E é nesse sentido, por sinal, que o sucesso da decisão dependerá, exclusivamente, do poder de persuasão que a argumentação oferecida conseguir apresentar. Será ela, em outras palavras, bem-sucedida, apenas quando conseguir convencer que, somente ao ser observada e respeitada, encaminhar-se-á a comunidade política na direção de um futuro melhor.

Dworkin afirma, assim, que o direito está constantemente em busca de um sonho – o sonho de se revelar da forma mais purificada, mais correta o possível. O direito não existe em função das autoridades que lhe representam, tampouco do catálogo de regras e princípios passíveis de serem identificados nas práticas judiciais em geral – o direito afirma-se pela atitude, a atitude de interpretar o que dizem as suas instituições, *buscando fazer delas as melhores disponíveis* para uma comunidade que se pretenda justa, fraterna e democrática²⁴².

Isso, necessariamente, perpassa pela argumentação filosófica e moral, que intenciona atribuir à prática jurídica a sua melhor forma, não somente porque é aquela que melhor se ajusta ao conjunto de decisões políticas já tomadas no passado, mas também porque é aquela que promove os melhores e mais importantes valores que podem ser cultuados por uma civilização qualquer:

Os tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes, mas não seus videntes e profetas. Compete aos filósofos, caso estejam dispostos, a tarefa de colocar em prática as ambições do direito quanto a si mesmo, a forma mais pura dentro e além do direito que possuímos... O debate deve caminhar agora para o plano da moral política abstrata; deve mover-se em direção a debates de teoria utópica. Entretanto, o debate ainda pertencerá ao direito, pelo

²⁴¹Isso significa, retomando o caso citado no texto principal, que o intérprete deverá decidir entre as interpretações dois e três afirmando não só que entende ser correta, segundo o direito, a irrestrita indenização daqueles que sofrem danos por negligência de terceiros ou a limitação de tal responsabilização nos casos em que as dificuldades financeiras do agente assim exigirem. Ele deverá argumentar e justificar porque a opção eleita, qualquer que seja ela, é mais valiosa do ponto de vista da moral política, o que significa demonstrar que ela promove um arranjo institucional mais razoável e justo para a comunidade política, ou que ela assegura com maiores rigores a proteção de direitos fundamentais, ou que ela favorece um sistema de convivência social (um sistema político) mais apropriado, etc.

²⁴²“A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 492).

menos num sentido atenuado, pois cada competidor começará a estabelecer um esboço contemporâneo do futuro que celebra... Cada uma das filosofias rivais usa e respeita a integridade dessa forma, bem como os valores que a sustentam. Cada uma propõe mostrar como o direito pode desenvolver-se em direção à justiça enquanto preserva a integridade em todas as suas etapas. Cada uma alega que seu ponto de vista pode ser assegurado pela comunidade que avança através de uma série de passos, nenhum dos quais seria revolucionário, e todos eles iriam fundamentar-se e ocorrer dentro de uma estrutura já existente²⁴³.

Decidir qual, dentre as muitas interpretações disponíveis, é a que melhor desenvolve o direito neste caminho da justiça e da purificação é a árdua tarefa que cumpre aos juristas, acadêmicos e práticos, realizar – sempre vigiados pelo olhar crítico dos colegas, aptos a fornecerem interpretações que possam aprimorar ainda mais o longo caminho que a prática judicial pretende traçar para a comunidade a que serve.

Explicada, assim, a metodologia de interpretação do direito elaborada pelo autor norte-americano, algumas considerações preliminares são ainda relevantes para este trabalho. É preciso demonstrar como outros instrumentos interpretativos, mais comuns e reconhecidos pela doutrina penal brasileira, são insuficientes para estabelecer a crítica da legislação criminal vigente.

A isso se dedicam os dois itens subsequentes desta dissertação.

1.2.4. Por quê não o bem jurídico?

Não é novidade alguma o fato de que a doutrina jurídico-penal, tanto internacional quanto brasileira, dedicou grandes esforços à tentativa de estabelecer os limites da atuação legítima do direito repressivo estatal.

Muito embora influentes autores tenham procurado negar a possibilidade de que a dogmática do direito penal possa oferecer parâmetros críticos para refrear e controlar a intervenção penal do Estado²⁴⁴, ainda é predominante nas escolas de direito a intuição de

²⁴³DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. pp. 486/487.

²⁴⁴O caso mais notório é, naturalmente, a obra de Günther Jakobs, segundo quem as decisões sobre que condutas devem ou não ser criminalizadas não devem ser objeto de reflexão e estudo do direito penal, mas exclusivamente do debate político-democrático, levado a efeito pelos agentes da política legislativa estatal. Vide, dentre outros: JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro

que as ciências criminais podem, e *devem*, elaborar instrumentos para a crítica (e consequente revisão) da legislação penal promulgada pelo poder constituído do Estado.

Dentro deste debate ganha especial destaque, então, o conceito de *bem jurídico*, assumido por grande parte dos doutrinadores como o instituto por excelência de controle da ingerência estatal, exercida através da repressão de condutas reputadas como delituosas.

É difícil, contudo, falar em homogeneidade na definição do que seja o bem jurídico; o conceito apresenta um longo percurso de elaboração dogmática, sendo a sua delimitação influenciada direta e inescapavelmente pelo arcabouço metodológico que regia as ciências criminais em cada fase do seu desenvolvimento histórico²⁴⁵.

Seja como for, o conceito resistiu ao longo do tempo e diversos autores da atualidade ainda procuram especificar seu conteúdo e alcance, ressaltando a centralidade que ele possui para o fornecimento não só de um conteúdo material do delito, como também para a determinação da própria finalidade do direito criminal.

Assim é que parte significativa da doutrina penal contemporânea afirma que o escopo do sistema repressivo estatal é nada mais nada menos do que a *proteção subsidiária de bem jurídicos penais*²⁴⁶; definem, além disso, o próprio crime como algo a mais do que o simples descumprimento formal da lei tipificadora: o delito é a ofensa a um bem jurídico, e, apenas ali onde este é identificado, o tipo penal incriminador pode se sustentar²⁴⁷.

Lopes. Barueri: Manole, 2003, pp. 22 e ss. Importante destacar, desde já, que a concepção jakobesiana tampouco será referendada por esse trabalho – na realidade, quando comparada à teoria do bem jurídico, impossível não se reconhecer a superioridade desta última. Apenas se menciona a sua teorização sobre o problema em função do notório destaque que possui não só no debate internacional sobre os critérios de legitimidade das normas penais, como também no nacional. Seja como for, sua fragilidade é de fácil constatação: a concepção funcionalista sistêmica de Jakobs, que confere ao direito penal um caráter essencialmente autopoietico (a função do sistema criminal é a de, independentemente de seu conteúdo, preservar, contrafaticamente, as expectativas normativas dos cidadãos, estabelecidas em decorrência da existência de normas de proibição penal), pretende negar qualquer influência do debate político-moral na definição dos requisitos (exigências) do sistema repressor estatal; em outros dizeres, Jakobs nega a possibilidade de que o intérprete do direito penal possa fazer juízos de correção moral sobre as normas que é chamado a aplicar, o que constitui uma forma de descrever as práticas judiciais fundamentalmente contrária a como elas ocorrem na realidade, como já apontado. Pior: constitui uma forma de tentar desprover o direito penal de quaisquer reflexões e ponderações valorativas, o que é absolutamente impossível, dado que o direito é permeado por padrões normativos de forte conteúdo moral. A teoria do bem jurídico, pelo menos, reconhece existir alguma forma de discussão avaliativa deste tipo *dentro* do debate jurídico-penal, ainda que o faça adotando premissas que, como se verá, são equivocadas.

²⁴⁵Para uma excelente análise da influência das escolas do pensamento penal na definição do conceito de bem jurídico, vide: MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal*. Barcelona: PPU, 1991, pp. 13 e ss.

²⁴⁶BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. pp. 65/75.

²⁴⁷BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. 2010, pp. 75/82. Por isso, diz-se que “as situações sobre as quais a intervenção penal se justifica não devem ser livremente estabelecidas pelo legislador, constituindo o bem jurídico e o princípio da ofensividade... os limites críticos fundamentais do direito penal” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-

O bem jurídico atuaria, dessa forma, como um “conceito-moldura”, que estabeleceria os limites da atuação legítima do direito penal: apenas onde houver algo (um interesse, um valor) passível de ser definido como um bem jurídico-penal, digno da proteção coerciva estatal, poderá subsistir, como legítima, a norma incriminadora²⁴⁸ - do contrário, não²⁴⁹.

Essa é a chamada função crítica, ou político-criminal, do bem jurídico, que desempenha papel destacado nas reflexões atuais sobre a legitimidade das normas penais²⁵⁰.

A correção/adequação de uma norma criminal é, em outras palavras, confirmada apenas se for possível identificar nela um intuito protetivo de algum bem jurídico²⁵¹, de modo que precisar o que pode ser elevado a essa categoria é a tarefa que o penalista deve assumir em suas reflexões acadêmicas. A compreensão do que pode ser (ou não) um bem jurídico (definir o seu conteúdo), portanto, passa a desempenhar papel central na estipulação dos limites do direito penal²⁵².

Para tanto, a doutrina tenta oferecer critérios para a especificação do conceito.

Docência). Idem. p. 80).

²⁴⁸É o que afirma, por exemplo, Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, em sua Tese de Livre-Docência sobre o tema: “Estabelecida a função do direito penal como instrumento subsidiário de tutela de bens jurídicos e o conteúdo material do delito como ofensa a um bem jurídico, as situações sobre as quais a intervenção penal se justifica não devem ser livremente estabelecidas pelo legislador, constituindo o bem jurídico e o princípio da ofensividade as molduras mínimas das decisões político-criminais” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. p. 410).

²⁴⁹Por isso, chega-se a afirmar que “o bem jurídico porta, assim, o núcleo da justificação de uma proibição de atuar” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. p. 129).

²⁵⁰O conceito tem, ainda, outras duas funções, muito frequentemente anunciadas pela doutrina penal: (i) a função sistemática, de permitir a ordenação e classificação das tipificações em função dos bens jurídicos que tutelam; e (ii) a função dogmática, aquela que se relaciona ao processo de interpretação e aplicação das normas penais. Segundo esta função, o bem jurídico tem o importante papel de orientar e modelar a aplicação das normas penais, sempre procurando ressaltar a necessidade de que o crime só seja constatado, em cada caso prático concreto, quando houver a efetiva lesão do bem jurídico tutelado; em termos mais pragmáticos, destaca-se, nesse sentido, como “consequência dogmática principal desse uso intrassistêmico do conceito de bem jurídico, a duplicação da antijuridicidade, entendida nos sentido formal (violação da norma correspondente ao tipo delitivo) e material (lesão ou colocação em perigo do interesse protegido)” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. p. 143).

²⁵¹A análise a ser feita, para fins de crítica do sistema penal, é simples: “estabelecidos quais interesses podem ser legitimamente dignos de tutela penal, busca-se verificar sua vinculação com os tipos penais efetivamente vigentes no ordenamento jurídico-penal” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. p. 142). Essa reflexão, por sinal, é o que permite a doutrina criticar a legitimidade de normas penais que protegem apenas “concepções morais” dos cidadãos (dentre as quais, por exemplo, o crime de adultério seria um exemplo recorrente), ou mesmo simples “infrações de deveres”, desprovidos de algum conteúdo material relevante (como, p.ex., as infrações típicas do tráfego de automóveis). Vide: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. p. 410.

²⁵²“Atribuir ao direito penal a função de proteção de bens jurídicos e definir o conteúdo material do delito como ofensa a um bem jurídico implica assumir o ônus de estabelecer com clareza o conteúdo deste último” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. pp. 81/82).

Afirma, em linhas gerais²⁵³, que a estipulação de seu conteúdo advém da análise conjunta, complementar, de duas teses diferentes acerca da natureza do bem jurídico-penal: as teses sociológicas e as teses constitucionais.

As primeiras²⁵⁴ são aquelas que procuram identificar um pressuposto material para a determinação do conteúdo dos bens jurídicos, e o fazem tomando como referência a realidade social na qual o ordenamento jurídico está inserido. Reconduzem a definição do conceito, portanto, à observação e descrição de dados da realidade empírica que autorizariam a incidência de uma intervenção penal.

Autorizam identificar algo como um bem jurídico quando se consegue constatar, no seio da comunidade política, a existência de um reconhecimento social acerca da importância de algum interesse ou valor, dos indivíduos ou da sociedade em geral. Afirmam, assim, que os bens jurídicos devem “ser identificados com *situações* ou *estados* de destacado valor social, merecedores, por isso, de tutela penal”²⁵⁵.

A ideia é, essencialmente, que a observação da realidade social permite identificar aqueles interesses e valores que, de modo mais ou menos *consensual*, a comunidade como um todo reputa como importantes, seja para o desenvolvimento pessoal dos indivíduos, seja para o bom funcionamento das instituições que a eles procuram servir²⁵⁶.

E, para tanto, faz-se necessária não uma análise avaliativa-argumentativa a respeito do que são valores/interesses fundamentalmente importantes, o que as teorias sociológicas

²⁵³Aqui é importante reforçar que, na verdade, são muitas as sugestões de parâmetros para a conceituação do bem jurídico, de modo que seria impossível (e mesmo desnecessário) citá-las todas no espaço limitado desta dissertação. Procurou-se, então, entoar aquela que seria a sugestão mais influente e bem acabada no contexto brasileiro contemporâneo, notadamente aquela elaborada pela Professora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara em sua Tese de Livre-Docência, defendida na Universidade de São Paulo. A opção justifica-se por dois motivos: primeiro, porque o trabalho da professora revela-se como a obra mais atual, no Brasil, voltada à análise específica da teoria do bem jurídico, abordando e analisando todas as contribuições mais recentes da doutrina brasileira e estrangeira para o desenvolvimento acadêmico do instituto em questão – é, portanto, uma obra de referência bastante sincronizada com o estado atual dos debates em torno da teoria do bem jurídico nos círculos acadêmicos do direito penal hodierno. Segundo, porque acredita-se que as posições substantivas tomadas pela professora na obra oferecem uma conceituação do bem jurídico que, em linhas bem gerais, revela-se a mais próxima de algo que se poderia chamar de um consenso sobre o que é um bem jurídico penalmente relevante.

²⁵⁴Diversos são os autores que procuram identificar na Constituição os critérios determinantes do que é um bem jurídico-penal. A doutrina, que encontrou na Itália seu mais fértil terreno, é respaldada também por autores espanhóis, alemães e brasileiros da doutrina do direito penal. Fazendo menção à ideia de vários desses autores, vide: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. pp. 119/126.

²⁵⁵BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. p. 128 – g.n.

²⁵⁶Mencionando as ideias de um autor adepto das teses sociológicas, o espanhol Santiago Mir Puig, afirma Ana Elisa Bechara: “os bens jurídicos são interesses reais das pessoas, sejam diretamente vinculados à sua individualidade, sejam mediados por instituições das quais dependem” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. p. 130).

do bem jurídico reputam como “valorações subjetivo-morais” (ainda que fique pouco claro o que se quer dizer com isso).

É preciso, antes, que seja feita uma análise *empírica* do âmbito social e que se identifique, ali, que tipos de disfuncionalidade do sistema representariam prejuízos significativos aos cidadãos, de modo a serem essas situações indicadoras da existência de valores/interesses merecedores de proteção via direito criminal²⁵⁷.

As teses constitucionais, por sua vez, procuram identificar os bens jurídicos passíveis de tutela penal na vasta gama de valores/interesses²⁵⁸ que estão inseridos nos textos constitucionais²⁵⁹. Entendem fundamentalmente que, “se a sanção penal é apta a afetar diretamente os direitos constitucionalmente protegidos, o direito penal deve proteger apenas valores também consagrados na lei fundamental”²⁶⁰ – os quais, por sua vez, reverberam um *mínimo de consenso social* a respeito do que é ou não reputado como importante na comunidade²⁶¹.

Isso não significa, contudo, que todo e qualquer valor/interesse protegido pela Constituição mereça ser preservado através da intervenção criminal²⁶²; na verdade, a Carta

²⁵⁷A ideia é explícita, nesse sentido: “O direito penal, como condição da vida social dos indivíduos, não pode interferir nos valores morais, insuscetíveis de imposição coativa, devendo reagir apenas contra comportamentos disfuncionais à subsistência dos sistemas sociais. E essa disfuncionalidade é, conforme MIR PUIG, *objeto de estudo da criminologia, mediante a observação empírica dos processos sociais*, de modo a distingui o punível das meras crenças éticas individuais... O conceito de bem jurídico não deve, portanto, ser buscado em uma realidade naturalística nem em uma valoração subjetivo-moral, e sim no âmbito social” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. p. 131 – g.n.).

²⁵⁸Existe um grande debate na doutrina penal sobre o que constitui o conteúdo de um bem jurídico – um interesse, um valor ou um bem. Essa é uma distinção conceitual que, contudo, tem nenhuma relevância prática para as considerações a serem feitas neste trabalho, de modo que é irrelevante tomar partido a favor de qualquer uma das concepções (os argumentos elaborados para desacreditar o papel argumentativo da teoria do bem jurídico aplicam-se tanto para as abordagens que o definem como um interesse, quanto para aquelas que o definem como um valor ou bem). Por isso, utilizar-se-á, ao se falar sobre o possível conteúdo do bem jurídico nesta dissertação, a dicotomia “valor/interesse”, de forma indistinta; não se faz menção aos “bens”, porque, em linhas gerais, no Brasil, esta é a abordagem que menos adeptos conseguiu angariar nos últimos anos. Sobre o debate em questão, vide: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. pp. 138/140.

²⁵⁹“Passa-se, então, a buscar na Constituição, como fonte normativa suprema de todo ordenamento jurídico, os objetos aos quais deve o direito penal conferir proteção” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. p. 119).

²⁶⁰BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. p. 119.

²⁶¹BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. p. 141.

²⁶²A ideia de que existem mandamentos constitucionais de criminalização, assim, é frequentemente apontada como importante crítica às teorias constitucionais puras do bem jurídico. Vide: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. pp. 126/128. Ainda sobre a impossibilidade de que o texto constitucional sirva como fundamento mandatório da intervenção criminal, defendendo-se a tese de que a Constituição constitui, na verdade, apenas uma moldura que o direito penal não pode transpor (um limite negativo às criminalizações), vide: PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo:

Política “deve ser apenas um limite negativo na definição de bens jurídicos”²⁶³, o que, dito de outro modo, indica que o texto constitucional serve apenas como um parâmetro para determinar que determinados interesses ou valores, por não estarem albergados na lei fundamental, não podem ser considerados bem jurídicos e, assim, não podem sofrer proteção penal legítima²⁶⁴.

A contribuição das teses constitucionais para a definição do conteúdo do bem jurídico, portanto, se perfaz contrapondo os valores/interesses identificados na etapa sociológica com o texto da Constituição e verificando se aquilo que, na realidade concreta, a comunidade política julga como valioso possui o devido respaldo constitucional para ser tutelado através da mais dura forma de intervenção estatal:

Conceituando o bem jurídico como síntese normativa de um interesse social fundamental, o seu conteúdo pode ser extraído conforme as atuais teses constitucionais e sociológicas, tomadas de modo complementar. A definição de um bem jurídico dotado de dignidade penal passa, assim, por dois momentos: em primeiro lugar, busca-se na realidade social seu fundamento dinâmico; em seguida, verifica-se nos princípios e valores constitucionais os critérios para determinar a necessidade de sua proteção penal²⁶⁵.

A teoria do bem jurídico, portanto, “apenas fornece elementos para determinar quando *não* se pode considerar um interesse específico como bem jurídico”²⁶⁶.

Desempenha seu papel crítico, pois, quando emite um *juízo negativo* acerca da legitimidade de determinada intervenção criminal, justamente por não identificar, nela, qualquer valor/interesse digno da referida proteção estatal²⁶⁷.

Quando, entretanto, permite concluir pela existência deles, serve apenas e tão somente como um *indício* da legitimidade da incriminação – fornece um primeiro passo para

Editora Revista dos Tribunais, 2003.

²⁶³BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. p. 128.

²⁶⁴Seria o caso, por exemplo, de uma lei brasileira que pretendesse criminalizar a prática de relações homoafetivas: inexistente no texto constitucional nacional a positivação de valores condizentes com tal legislação (poder-se-ia, inclusive, argumentar que a Carta Magna do país promove valores contrapostos a tal medida criminalizadora), que seria, portanto, carente de um bem jurídico e, logo, de legitimidade penal.

²⁶⁵BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. p. 411.

²⁶⁶BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. p. 141 – g.n.

²⁶⁷Vide nota nº 251, *supra*.

a argumentação em sua defesa, mas jamais uma justificação suficiente²⁶⁸, a qual depende, ainda, da análise de outros tantos princípios reitores do direito penal (como o da ofensividade, o da subsidiariedade, etc.)²⁶⁹.

Pois bem. A partir dessas reduzidas considerações sobre a teoria do bem jurídico já é possível notar-se porque essa sua operacionalidade revela-se insatisfatória para a discussão sobre a legitimidade das normas penais.

Duas, na verdade, são as razões para se duvidar de seu real potencial interpretativo e crítico do direito penal.

A primeira, de cunho lógico, decorre do fato de que a teoria do bem jurídico incorre em petição de princípio: oferece como conclusão a ideia de que o conteúdo do bem jurídico é determinado a partir da identificação de certos consensos sociais sobre quais valores/interesses o direito penal deve se preocupar, muito embora adote como premissa (sem apontar qualquer justificativa para tanto) justamente a ideia de que acordos deste tipo são passíveis de serem identificados na realidade social.

A segunda, intimamente conectada com a primeira, possui caráter material: decorre do fato de que essa premissa da teoria é *substancialmente equivocada*.

Com efeito, assumindo-se o pressuposto de que a avaliação a respeito da existência ou não de dignidade penal na proibição de determinados comportamentos é, ao fundo e ao cabo, uma avaliação a respeito do que o direito bem compreendido realmente exige (já que a verificação da ausência de legitimidade penal é uma constatação de que a norma incriminadora deve ser revista, por não poder integrar o ordenamento jurídico de forma coerente), a lógica por detrás da identificação de bens jurídicos peca pelos mesmos equívocos filosóficos que as teorias positivistas, segundo Dworkin, insistem em praticar.

De fato, tal qual é compreendido, o conceito de bem jurídico é tratado como um *conceito criterial*, e não *interpretativo*, o que indica que o seu uso no debate sobre a legitimidade de normas penais fornece uma apreensão errada da gramática argumentativa que verdadeiramente caracteriza a prática jurídica.

Se o conteúdo do bem jurídico deve ser definido tanto pela identificação de um consenso a respeito de quais valores e interesses da realidade social são dignos de tutela

²⁶⁸Assim diz a doutrina penal: “é apenas isso que exige o critério do bem jurídico, cuja função crítica de limite ou garantia consiste na necessidade de o delito referir-se à sua ofensa como condição necessária, porém não suficiente, para legitimar a intervenção penal” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. p. 141).

²⁶⁹BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. pp. 386/387.

penal, quanto pela comparação negativa destes com os valores/interesses, também tidos por consensuais, plasmados no texto constitucional, está subjacente à conceituação do instituto em questão a assunção da ideia de que *existem critérios compartilhados por todos* que são capazes de definir o sentido que o bem jurídico deve assumir na argumentação em que é utilizado.

Isso, todavia, é um equívoco, porque faz vistas grossas ao caráter essencialmente interpretativo e argumentativo que marca a prática jurídica contemporânea²⁷⁰.

Com efeito, inexistem critérios consensuais deste tipo em qualquer seara da interpretação do direito²⁷¹. Dito de outro modo, nenhum *acordo* entre os participantes da prática judicial pode ser identificado na tarefa de determinar que valores/interesses são, de forma legítima, passíveis de proteção penal.

Na verdade, o que sempre haverá são desacordos teóricos justamente sobre que valores/interesses a norma penal procura efetivamente tutelar, assim como sobre a possibilidade de que estes valores/interesses justifiquem ou não a intervenção do braço mais forte do Estado, na tentativa de assegurar a sua proteção através do direito²⁷².

E desacordos deste tipo, por sua vez, demandam o reconhecimento dos métodos da interpretação construtiva para serem bem compreendidos e devidamente superados²⁷³ – e não da semântica criterial limitada que a teoria do bem jurídico consegue oferecer ao lidar com o problema.

De fato, a insistência em se identificar um bem jurídico no processo de discussão sobre a legitimidade das intervenções penais, a partir da procura por dados da realidade social que lhe deem algum conteúdo material, termina por tirar o foco do debate daquilo que realmente interessa para a sua apropriada resolução: a reflexão *substantiva*, do ponto de vista

²⁷⁰“Uma concepção adequada do conceito de direito deve ser capaz de autocompreender-se como uma concepção interpretativa, e não criterial ou natural. Além disso, ela deve também ser interpretativa, na medida em que considera a dimensão da intencionalidade do conceito (propósito) e do valor como seu elemento distintivo” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 261).

²⁷¹Ao que se remete a toda a argumentação desenvolvida nas seções predecessoras deste trabalho.

²⁷²É curioso notar, a esse propósito, que mesmo os defensores da teoria do bem jurídico reconhecem que uma definição exaustiva de um conceito como esse é absolutamente impossível de ser alcançada; mais: reconhecem que “as diversas concepções sobre o bem jurídico são expressões de diferentes opções filosófico-políticas” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. p. 410), mas nada disso impede que eles insistam na possibilidade de que seja feita alguma definição consensual, em análises específicas e isoladas, sobre a existência de um bem jurídico subjacente a uma norma penal. O equívoco da teoria, portanto, é também evidenciado por constatações que lhes são inerentes, o que apenas reforça a inaptidão da mesma para lidar com o problema da legitimidade das normas penais.

²⁷³“demanda é a existência de *melhores argumentos ou justificações* que a [a solução do problema] embasem (melhor *fit* e melhor atenção ao apelo valorativo)” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Idem. p. 288 – g.n).

da moral política, sobre quais são os valores/interesses com que o sistema criminal pode legitimamente se preocupar.

A teoria do bem jurídico é, portanto, inútil, porque essencialmente dispensável²⁷⁴. Ela nada acrescenta²⁷⁵ à tarefa de identificar a existência de excessos ou não nas proibições penais e isso porque, no fundo, é a substância da argumentação (os juízos de correção moral) sobre o que pode ou não receber tutela penal que vai *realmente contar* para atestar ou renegar a correção da norma criminal.

Em outras palavras, o debate sobre a melhor interpretação de uma norma incriminadora (sobre se ela pode fazer parte ou não, de forma coerente com seu arcabouço principiológico, do direito vigente) prescinde da busca pelo respeito a um teste (de semântica criterial) como aquele que propõe a teoria do bem jurídico; ele depende, muito mais, da existência de uma *boa justificação* (fundamentalmente moral e, portanto, controversa), a ser *avaliada argumentativamente*, para a integração ou exclusão da criminalização ao ordenamento jurídico em vigor.

Identificar essa falha operacional da teoria do bem jurídico é importante não como mero preciosismo metodológico, mas porque somente assim o jurista, acadêmico ou prático, pode “construir uma ferramenta analítica para ajudar a entender a lógica da interpretação

²⁷⁴Importante aqui destacar que tampouco as demais funções do bem jurídico possuem qualquer papel relevante para o funcionamento do sistema penal. Em especial, deve-se chamar a atenção para os motivos que mitigam a importância dogmática do bem jurídico. Em primeiro lugar, a própria doutrina tradicional apenas confere importância ao papel imaneente do bem jurídico se lhe for possível, também, conferir alguma importância político-criminal - “Em todo caso, porém, ressalte-se que a função dogmática do bem jurídico não pode ser vista de forma autônoma à sua função limitadora, como pretendem as correntes funcionalistas sistêmicas, sob pena de subtrair da análise da hipótese concreta justamente seu elemento de concreção, representado pelo bem jurídico... Negar a função limitadora do bem jurídico significa, portanto, esvaziar sua função dogmática, convertendo a estrutura do delito em construção meramente espiritualizada, a possibilitar uma aplicação desmedida e autoritária do direito penal” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). Idem. p. 143). De todo modo, as críticas formuladas para desvalidar a função crítica do bem jurídico se aplicam com igual intensidade ao problema da interpretação intrassistêmica, representada por sua função dogmática: não é possível trabalhar-se, na interpretação do direito, com um conceito criterial, definido a partir da busca por algum referencial convencional, como o é o bem jurídico. De fato, os métodos da interpretação construtiva se prestam com muito maior eficiência a essa missão. Note-se, a esse propósito, que a própria ideia central da interpretação construtiva, de que interpretar é identificar um valor a ser perseguido pela prática interpretada, já desempenharia o papel que a função dogmática do bem jurídico pretende efetivar: o de orientar a interpretação e a aplicação das normas jurídicas em função do *point* valorativo que elas procuram promover. A grande questão é que, ao se reconhecer a superioridade da interpretação construtiva, também se reconhece a importância que o trabalho argumentativo, guiado por juízos de correção moral, desempenha na constatação e defesa de quais são esses valores que cada norma penal intenciona proteger – afinal, a busca pela melhor interpretação do direito não requer a identificação de algum consenso sobre o que lhe é importante, mas “demanda é a existência de melhores argumentos ou justificações que a embasem (melhor *fit* e melhor *atenção ao apelo valorativo*)” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. p. 288).

²⁷⁵Não oferece nenhum instrumento argumentativo efetivamente importante ou consistente.

[jurídica] e os diferentes modos pelos quais uma interpretação pode ser desafiada”²⁷⁶ - uma ferramenta que seja não só intelectualmente mais honesta²⁷⁷, mas também mais eficaz no escopo de pontuar os argumentos que efetivamente podem solucionar os impasses que ela se propõe a enfrentar.

Dito de outro modo: somente reconhecendo-se a superioridade da interpretação construtiva (e da argumentação substantiva, do ponto de vista da moral política, que ela estimula) como metodologia de determinação dos requisitos do direito (dentre os quais aqui se destaca a necessidade, ou não, de revisão das normas incriminadoras) é que será possível dar-se a devida atenção aos *tipos de argumentos que realmente importam* na definição dos valores/interesses penalmente relevantes e, assim, na averiguação da legitimidade de uma norma penal.

E mais: somente assim é possível integrar, em uma mesma tarefa interpretativa, *todos* os juízos relevantes para a discussão sobre a correção das proibições criminais – tanto essa existência de valores/interesses juridico-penalmente relevantes que sejam subjacentes a elas, quanto a sua congruência e adequação com relação aos princípios penais fundamentais (ofensividade, subsidiariedade, taxatividade, etc.).

Assim sendo, desmistificada a teoria do bem jurídico, pode-se voltar as atenções, agora, para outro recurso interpretativo que a teoria dworkiana do direito procura desvalidar: a regra decisória da proporcionalidade, de inspiração alexyana e que é, ainda, amplamente recepcionada por trabalhos consagrados da dogmática penal brasileira.

²⁷⁶MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Idem. p. 270.

²⁷⁷Uma passagem da introdução que Dworkin fez ao seu livro *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana* é especialmente importante para esclarecer a importância, para a honestidade e clareza intelectuais, da superação dos modelos interpretativos tradicionais do direito – uma crítica que se ajusta perfeitamente ao que ora se argumenta: “Não só admito como afirmo categoricamente que as opiniões constitucionais são sensíveis às convicções políticas. Se não fossem, como eu já disse, não poderíamos classificar os juristas como conservadores, moderados, liberais ou radicais, nem mesmo aproximadamente como fazemos hoje. O que queremos saber, antes, é se essa influência é indevida. A política constitucional tem sido atrapalhada e corrompida pela ideia falsa de que os juízes (se não fossem tão sedentos de poder) poderiam usar estratégias de interpretação constitucional politicamente neutras. Os juízes que fazem eco a essa ideia falsa procuram ocultar até de si próprios a inevitável influência de suas próprias convicções, e o que resulta daí é uma suntuosa mendacidade. Os motivos reais das decisões ficam ocultos tanto de uma legítima inspeção pública quanto de um utilíssimo debate público. Já a leitura moral prega uma coisa diferente. Ela explica por que a fidelidade à Constituição e ao direito *exige* que os juízes façam juízos atuais de moralidade política e encoraja assim a franca demonstração das verdadeiras bases desses juízos, na esperança de que os juízes elaborem argumentos sinceros, fundamentados em princípios, que permitam ao público participar da discussão” (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 57 – g.o.).

1.2.5. Por quê não a regra da proporcionalidade?

A regra da proporcionalidade constitui um instrumento de argumentação jurídica que possui cada vez maior destaque não só no cenário nacional, como também internacional. É frequentemente utilizada por Cortes Superiores na resolução de casos constitucionais complexos²⁷⁸ e a sua recepção pelo próprio direito penal tampouco tardou a acontecer²⁷⁹.

Ainda assim, a sua operacionalidade no processo de adjudicação de direitos está longe de ser satisfatória. Para, contudo, se destacar os problemas que ela oferece para a interpretação e aplicação do direito, é fundamental conhecer em maiores detalhes como a referida regra decisória está teoricamente estruturada.

Nesse sentido, importa notar que o seu potencial teórico foi consolidado, sobretudo, em decorrência da produção acadêmica do professor alemão Robert Alexy, quem desenvolveu uma teoria constitucional que utiliza, de modo central, a ideia de proporcionalidade como o critério solucionador dos conflitos entre normas garantidoras de direitos fundamentais.

O edifício teórico alexyano, por sua vez, desenvolveu-se a partir de uma constatação bastante familiar à teoria dworkiana apresentada anteriormente: a noção de que nos sistemas jurídicos contemporâneos dois padrões normativos diferentes convivem e são aplicados frequentemente na resolução dos casos jurídicos em geral. São, assim também chamados por Alexy, as regras e os princípios de direito.

As regras seriam aquelas normas jurídicas que aplicam-se segundo um método interpretativo denominado de subsunção, que tem uma operacionalidade dedutiva, de acordo com as regras da lógica formal: “quando temos uma norma de direito, essa norma é aplicável a um caso concreto em questão se os elementos da norma encontrarem correspondência com o caso”²⁸⁰.

Dito de outro modo, regras são normas jurídicas que se aplicam a uma situação concreta porque conseguem descrever essa situação de forma objetiva, prevendo para ela

²⁷⁸Vide as considerações sobre o uso cada vez mais hegemônico da regra da proporcionalidade, em especial a menção aos países em que Cortes Superiores a adotam de forma frequente, em: MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. In: *Teoria jurídica contemporânea*, v. 1, jul/dez 2016, p. 37.

²⁷⁹Por todos, vide: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. “O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, 2010, p. 267.

²⁸⁰MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 39.

uma consequência também objetiva, de fácil apreensão. São normas que apresentam um *comando definitivo* e que não admitem aplicações em diferentes graduações.

Um caso penal é bastante ilustrativo da hipótese: se o homicídio é definido pela lei como a conduta de “matar alguém”, se temos um caso em que “A” matou “B”, então a regra jurídico-penal que criminaliza o homicídio deve se aplicar, por subsunção, a essa situação de forma incontestada²⁸¹.

Princípios, de outro lado, são padrões normativos que não podem ser aplicados por essa gramática simplificada. Não operam, nos termos de Alexy, segundo a lógica do “tudo ou nada”, mas funcionam, antes, como “mandamentos de otimização”.

Isso significa, em outros dizeres, que são padrões normativos que “demandam sua realização na maior medida do possível”²⁸², ou seja, que devem ser tornadas eficazes, em cada situação concreta, da forma mais ampla que puderem, sem que deixem de ser consideradas válidas caso sofram algum tipo de restrição no seu alcance ou conteúdo.

As palavras do próprio Alexy são bastante úteis para reforçar e esclarecer a distinção:

A fundamentação da teoria dos princípios é a distinção teórica de normas entre regras e princípios. Regras são normas que demandam algo em caráter definitivo. Elas são comandos definitivos. Sua forma de aplicação é a subsunção. Se uma regra é válida e se suas condições de aplicação são preenchidas, é definitivamente requerido que seja feito exatamente como as demandas exigem. Se isso é feito, então a regra é obedecida, se não é feito, a regra não é obedecida. Em contraste, princípios são mandamentos de otimização. Como tais, eles demandam que algo deva ser realizado ‘na maior extensão possível dadas as possibilidades fáticas e jurídicas’. Regras à parte, as possibilidades jurídicas são determinadas essencialmente pelos princípios contrapostos. Por essa razão, princípios, cada um tomado isoladamente, sempre expressam meramente um requerimento

²⁸¹Isso, obviamente, exclui da apreciação alguns casos mais complexos da aplicação de regras jurídicas, quando, por exemplo, duas delas entram em conflito. O ponto é que essa discussão é irrelevante para os propósitos da presente dissertação, por isso não deverá ser aprofundada; seja como for, a solução alexyana para esse tipo de dificuldade é bastante coerente e não apresenta problemas maiores para a sua teoria. Em geral, perpassa pela conclusão de que situações conflituosas deste tipo são solucionadas por nova subsunção, normalmente de uma meta-regra que propõe uma explicação certa para a forma como embates normativos desta monta devem ser solucionados – caso clássico seria a ideia de que *lex posterior derogat priori*, ou seja, de que as regras jurídicas mais novas é que se aplicam ao caso concreto, por terem revogado as suas predecessoras. Vide: MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 40.

²⁸²MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 40.

*prima facie*²⁸³.

A aplicação das normas principiológicas, portanto, é feita de forma fundamentalmente diferente daquela levada a efeito com as regras. Nesse sentido, ainda segundo Alexy, “a determinação do grau apropriado de satisfação de um princípio em relação aos requerimentos de outros princípios é feita *pela ponderação*”²⁸⁴.

E é justamente no contexto da ponderação que a regra da proporcionalidade se faz presente: ela é, por excelência, o instrumento através do qual os juízos de ponderação são realizados; ela é, portanto, um método interpretativo que se contrapõe à subsunção²⁸⁵.

Ainda é preciso, contudo, compreender como a regra da proporcionalidade se estrutura internamente e pode, assim, ser aplicada.

Se os princípios, enquanto mandamentos de otimização, devem ser realizados na maior extensão possível, dadas as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso, são justamente essas circunstâncias que serão avaliadas a fim de determinar o grau apropriado de efetivação de cada norma principiológica.

As circunstâncias fáticas, em primeiro lugar, são consideradas nos dois primeiros juízos que a regra da proporcionalidade se propõe a fazer: o juízo de adequação e o juízo de necessidade²⁸⁶.

No primeiro, tem-se uma simples aplicação do conhecido ótimo de Pareto: o exame de adequação impede que sejam tomadas decisões que restrinjam algum princípio sem que outro seja simultaneamente favorecido: “o princípio da adequação exclui a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados”²⁸⁷.

Se, por exemplo, um tribunal decide restringir o direito de um grupo de manifestantes de se reunirem para protestar em alguma avenida da cidade de São Paulo, sem que isso resultasse em benefícios para o trânsito da capital, porque no momento do protesto a via já estaria interditada, por exemplo, a interpretação poderia ser bloqueada em função deste

²⁸³ALEXY, Robert. “Constitutional rights and proportionality”. In: *Revus. Eslovênia*, v. 22, 2014, p. 51 (tradução livre).

²⁸⁴ALEXY, Robert. “Constitutional rights and proportionality”. Idem. p. 51 – g.n. (tradução livre).

²⁸⁵MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 39.

²⁸⁶Importante notar que os juízos que compõem a regra da proporcionalidade são sequenciais, é dizer, devem ser realizados observando-se sempre uma regra de prioridade de uns com relação aos outros. Assim, se a interpretação passa no juízo de adequação, pode ser feito o de necessidade; se ela atender também a essa outra etapa da ponderação, o terceiro e último juízo (a ser abordado logo em seguida neste trabalho) pode ser realizado. As etapas guardam, portanto, uma relação de subsidiariedade entre si (MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 44.).

²⁸⁷ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade”. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. In: *Ratio Juris*, v. 12, n. 2, 2003, p. 136.

exame de adequação.

No segundo, o juízo de necessidade, exige-se que, “caso existam duas formas de se promover um determinado princípio que tenha passado pela etapa da adequação, seja escolhida a forma que interfira menos com algum outro princípio”²⁸⁸ - em resumo, deve-se optar pela opção menos restritiva dentre aquelas que, tendo atendido ao juízo de adequação, estão à disposição do intérprete.

Pense-se na seguinte situação: um tribunal decide que o direito ao sigilo das comunicações pode ser restringido na hipótese de investigações criminais, do ponto de vista do juízo de adequação, porque admite que somente assim será melhor promovido o direito fundamental à segurança pública.

Dentre as opções de restrição, encontra duas: as interceptações telefônicas autorizadas por decisão judicial e a possibilidade de que os órgãos de investigação, discricionariamente, instaurem escutas telefônicas na casa dos investigados. Em decorrência do juízo de necessidade, a primeira solução deve ser preferida à segunda, por ser menos restritiva de direitos fundamentais.

Há, contudo, uma terceira fase inerente à regra da proporcionalidade, na qual as circunstâncias jurídicas são avalizadas: o chamado juízo de proporcionalidade em sentido estrito.

Trata-se do momento da ponderação em que o julgador deve atender, então, o que Alexy chama de Primeira Lei do Balanceamento (*First Law of Balancing*): “quanto maior o grau de não satisfação de, ou de detrimento em relação a um determinado princípio, maior deve ser a importância de satisfazer o outro”²⁸⁹. Dito de outro modo, trata-se de uma avaliação a respeito da intensidade com que um princípio é restrito em comparação à importância de que se realize o princípio colidente.

Assim, conclui-se que “uma decisão será considerada desproporcional em sentido estrito caso as justificativas para sua adoção *não tenham peso suficiente* para se sobreponem em relação a algum princípio concorrente”²⁹⁰.

É aqui que tem-se, efetivamente, os esforços argumentativos do intérprete para defender a sua decisão – é onde ele, precipuamente, desenvolverá o raciocínio jurídico que sustenta a sua interpretação²⁹¹. Nesse ponto é que, de modo mais evidente, os problemas

²⁸⁸MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 42.

²⁸⁹ALEXY, Robert. “Constitutional rights and proportionality”. Idem. p. 53.

²⁹⁰MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 43.

²⁹¹MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 44.

inerentes à regra da proporcionalidade emergem²⁹².

Três são as insuficiências que acometem a ideia de proporcionalidade como modelo decisório de questões judiciais: uma insuficiência conceitual, uma insuficiência teórica e uma insuficiência moral.

Em primeiro lugar, a regra da proporcionalidade não só reafirma, como estimula uma confusão conceitual bastante recorrente no pensamento jurídico contemporâneo: a ideia de que os princípios de direito entram em rota de colisão, de modo que torna-se necessário realizar uma ponderação entre eles, a fim de se determinar em que medida cada qual será realizado.

Essa é uma ideia filosoficamente equivocada, porque não são propriamente os princípios (e os direitos que eles conseqüentemente preveem) que conflitam uns com os outros, senão aqueles valores e interesses por eles protegidos e/ou promovidos²⁹³.

O filósofo norte-americano T. M. Scanlon, comentando um artigo publicado pelo professor de direito constitucional James E. Fleming²⁹⁴, chamou a atenção justamente para esse problema dos raciocínios jurídicos que procuram realizar um balanceamento (*balancing*) entre direitos supostamente colidentes.

Quando alguém, por exemplo, faz menção à privacidade, pode estar se referindo a duas coisas diferentes: o *valor* da privacidade, segundo o qual é considerado algo positivo a capacidade que cada pessoa tem de conduzir certas partes de sua vida livre do escrutínio dos demais, e os *direitos institucionais* (princípios de direito) que asseguram esse valor e lhe garantem alguma proteção formal do Estado, especificando aquilo que as pessoas em geral podem ou não fazer, olhar ou ouvir sem a permissão dos indivíduos afetados²⁹⁵.

²⁹²MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 42.

²⁹³Com essa afirmação, é importante destacar que o pensamento da dissertação afasta-se, ainda que pontualmente, do pensamento de Ronald Dworkin. Aqui não é o *locus* apropriado para discutir-se a filosófica questão a respeito da possibilidade de valores (morais, jurídicos, políticos, quaisquer que sejam) entrarem em conflito (por isso a posição teórica de Dworkin sequer vai ser contestada nesse aspecto, que pouco importa para o restante do trabalho), mas é importante destacar, por honestidade intelectual, que o autor adotado como referência em boa parte deste trabalho nega até mesmo essa hipótese: Dworkin é incisivo ao afirmar que os valores não colidem, mas dependem de uma compreensão geral mais bem formulada que permita explicar como eles convivem de forma ajustada entre si; para ele, no fundo, os supostos conflitos de valores (e também de direitos) apenas deixam transparecer que a compreensão que se tem dos valores em questão não está tão bem articulada, demandando interpretações que possibilitem apresentar um esquema institucional mais coerente, no qual esses valores consigam conviver com limites mais precisos e coesos entre si. Esse é um projeto teórico complexo que Dworkin desenvolveu de forma mais bem acabada no seu livro *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor* (DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014), mas pode ser identificado, resumidamente, em: DWORKIN, Ronald. “Do values conflict? A hedgehog’s approach”. Idem. pp. 251/260.

²⁹⁴FLEMING, James. “Securing Deliberative Democracy”. In: *Fordham Law Review*, Nova Iorque, v. 72, issue 5, 2004, pp. 1435/1446.

²⁹⁵SCANLON, T. M. “Adjusting rights and balancing values”. In: *Fordham Law Review*, Nova Iorque, v. 72,

Tanto está-se diante de coisas distintas que, alerta Scanlon, a intensidade com que as pessoas desfrutam de cada uma pode ser significativamente desigual em certas situações concretas²⁹⁶: uma pessoa pode ter mais ou menos privacidade do que outra (seja porque seus direitos estão sendo violados, seja porque mora em um lugar remoto, onde menos pessoas acessam sua vida, seja porque é uma pessoa pública, muito controlada pela mídia), embora ambas desfrutem dos mesmos direitos de proteção à sua vida íntima²⁹⁷.

Confundir essas duas ideias, entretanto, é um erro comum do pensamento jurídico contemporâneo que, nada obstante, traz consequências ruins para a compreensão dos processos de adjudicação de direitos; conforme afirma Scanlon, “usar esses termos sem claramente distinguir entre esses dois entendimentos diferentes pode levar à confusão sobre ideias como ‘conflito’, ‘colisão’ e ‘balanceamento’”²⁹⁸ de princípios jurídicos.

Scanlon então demonstra como *os valores e os interesses* podem efetivamente entrar em rota de conflito (o que ocorre quando a promoção de um leva ao comprometimento de outro), exigindo algum tipo de balanceamento para que sejam equilibrados. Esse balanceamento ocorre quando se procura decidir, com argumentos de princípio, qual dos dois valores colidentes é, na situação, mais importante do que o outro²⁹⁹.

Os direitos, e normas jurídicas que os instituem, por outro lado, não entram em similar colisão. O que ocorre é, em linhas gerais, mais ou menos o seguinte: um determinado conjunto de prerrogativas, estabelecidas por algum princípio legal, que autoriza as pessoas a fazerem certas coisas pode ter uma parte de seu conteúdo proibido por outra equivalente determinação institucional do direito.

Por exemplo: o princípio que institui o direito à liberdade de expressão pode autorizar as pessoas a divulgarem informações embaraçosas e comprometedoras sobre os oficiais do governo, muito embora o princípio que institui o direito à privacidade proíba justamente esse tipo de comportamento³⁰⁰.

issue 5, 2004, p. 1478, <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol72/iss5/7> – acesso em 25.11.2017.

²⁹⁶Essa diferenciação, ademais, está de acordo com os postulados da teoria dworkiana da interpretação construtiva: a ideia de que as normas jurídicas e o direito como um todo são orientados por valores subjacentes que lhes conferem uma específica intencionalidade, um *point* valorativo a ser perseguido e promovido.

²⁹⁷SCANLON, T. M. “Adjusting rights and balancing values”. Idem. p. 1478, <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol72/iss5/7> – acesso em 25.11.2017.

²⁹⁸SCANLON, T. M. “Adjusting rights and balancing values”. Idem. p. 1478, <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol72/iss5/7> – acesso em 25.11.2017.

²⁹⁹Scanlon não oferece explicações de como essa argumentação poderia ser desenvolvida, mas, é importante notar, a interpretação construtiva de Dworkin é justamente uma forma de se decidir essa questão, como se pontuará adiante.

³⁰⁰O exemplo é de Scanlon: SCANLON, T. M. “Adjusting rights and balancing values”. Idem. p. 1478, <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol72/iss5/7> – acesso em 25.11.2017.

Nesses casos, Scanlon defende que deve ser feito não um balanceamento (ponderação) entre os princípios, mas sim um *ajuste* dos direitos uns com relação aos outros, de modo a torná-los coerentes entre si: “o que precisamos fazer nesses casos é ajustar o nosso entendimento desses direitos de modo a fazê-los coerentes”³⁰¹.

Dito de outro modo, é preciso que seja *fornecida uma interpretação desses direitos e princípios legais* que consiga apresentá-los, na linguagem dworkiana, em sua melhor luz, o que pressupõe não só uma boa justificação substantiva, mas também uma coerência sistêmica generalizada (é dizer, um ajuste do sentido e alcance de cada princípio/direito legal com relação aos seus pares).

A regra da proporcionalidade, enquanto modelo decisório que, entretanto, pressupõe, na sua terceira etapa, a prática de um exercício de ponderação *de princípios* (e dos direitos neles instituídos), revela-se, portanto, conceitualmente equivocada. Seria correta apenas se referida à instância dos *valores* que dão substância e conteúdo a esses princípios e direitos jurídicos (o que, como se verá, tampouco é a melhor opção disponível).

Esse dado, contudo, poderia parecer um tanto quanto frívolo (um simples caso de preciosismo conceitual, um exercício de definição filosófica de um conceito sem desdobramentos práticos importantes), não fosse um aspecto contestável da teoria subjacente à ideia de proporcionalidade.

Quando Alexy define os princípios de direito como mandamentos de otimização, alegando que a regra da proporcionalidade visa a otimizá-los o máximo possível em cada situação concreta, assume também que existe uma relação necessária no sentido inverso, “ou seja, a proporcionalidade para fazer sentido pressupõe a natureza dos princípios como mandamento de otimização”³⁰² - é o que chama de *primeira regra da necessidade*.

Isso termina por reduzir significativamente as formas de raciocínio prático que os defensores da regra da proporcionalidade reconhecem como possíveis na interpretação do direito.

Para eles, se princípios são mandamentos de otimização, somente podem ser aplicados pela ponderação, enquanto as regras jurídicas, gramaticalmente diversas, aplicam-se somente pelo processo de subsunção – e essas duas linhas de interpretação *esgotam* as formas de se raciocinar e argumentar em torno do direito.

³⁰¹SCANLON, T. M. “Adjusting rights and balancing values”. In: *Fordham Law Review*, Nova Iorque, v. 72, issue 5, 2004, p. 1478, <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol72/iss5/7> – acesso em 25.11.2017.

³⁰²MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 52.

Como afirma Alexy, “toda norma é ou uma regra ou um princípio”³⁰³, de modo que essa “cominação de regras e princípios e suas lógicas intrínsecas de subsunção e ponderação consistem nas formas básicas de raciocínio prático na aplicação de normas a um caso concreto”³⁰⁴.

Qualquer tentativa de argumentar sobre princípios, na prática jurídica, sem fazer referência à proporcionalidade, na verdade estará utilizando-a mesmo sem perceber, porque “o balanceamento não é uma alternativa à argumentação, mas uma forma indispensável de discurso prático racional”³⁰⁵.

Mais: porque ele constitui a estrutura da própria argumentação jurídica e moral, uma estrutura *neutra* que, por ser inescapável e permear qualquer racionalização no processo de adjudicação de direitos (especialmente constitucionais), admite na sua racionalidade o recurso a todo tipo de argumentação³⁰⁶, inclusive a moral, embora dela não seja dependente.

Mas esse argumento esquece-se que é possível identificar um terceiro *tipo de raciocínio prático* na argumentação jurídica, que é justamente o modelo da interpretação construtiva fornecido por Ronald Dworkin.

Pense-se, por exemplo, no “conflito” entre liberdade de expressão e privacidade, supramencionado. Nesse caso, como visto, não são bem os princípios que entram em colisão, mas os valores subjacentes a eles³⁰⁷; determinar o sentido de um valor, por sua vez, não é uma tarefa que pode ser realizada com uma simples remissão a dados do mundo, apreensíveis cientificamente³⁰⁸. É, outrossim, uma tarefa que “*depende de uma interpretação específica*”³⁰⁹, justamente aquela teorizada por Dworkin e chamada de interpretação construtiva³¹⁰.

Na verdade, poder-se-ia argumentar que a interpretação construtiva é uma forma de

³⁰³ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 91.

³⁰⁴MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 52.

³⁰⁵ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade”. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Idem. p. 131.

³⁰⁶É uma estrutura que “é em si compatível com diversas concepções normativas” (MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 52.).

³⁰⁷Isso está de acordo com a ideia dworkiana de que não são os direitos à privacidade e liberdade de expressão que entram em conflito, mas duas concepções diferentes dos dois (vide: MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 53). Isso porque, ao falar-se que o conflito dá-se entre concepções desses direitos, chama-se a atenção para o fato de que esse é *um problema interpretativo*, um desacordo teórico entre duas interpretações concorrentes, o que, como já dito e redito, é precipuamente um problema de identificação do *point* valorativo mais apropriado do objeto interpretado.

³⁰⁸“O sentido que esses direitos possuem em nossos desacordos sobre eles não é capturado pelo significado convencional que eles possuem, mas sim pelas interpretações rivais que são levantadas pelos argumentos das partes” (MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 54).

³⁰⁹MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 55 – g.n.

³¹⁰Como demonstrado nos itens predecessores desta dissertação.

raciocínio prático até mesmo *superior* à regra da proporcionalidade.

Esta, que adota o pressuposto conceitual errado de que princípios colidem, poderia ser ainda mais equivocada e dispensável se a melhor interpretação dos valores e direitos que os institucionalizam fosse tal que entendesse todos eles *como compatíveis entre si*, é dizer, organizados num arranjo institucional coeso em que os limites de uns são ajustados aos limites dos demais³¹¹.

Nessa hipótese, o defensor da proporcionalidade precisaria contrastar essa interpretação dos valores coerentes entre si e comprovar que é superior uma concepção que os entenda sempre em conflito, mas “isso em si demanda que se faça uma interpretação construtiva antes de sequer ser possível ponderar, porque é por meio dessa interpretação que definimos o que direitos, princípios ou valores significam”³¹².

E isso traz um problema maior para a regra da proporcionalidade e seus defensores: atesta que “a primeira tese da necessidade, ao tentar defender a proporcionalidade como inescapável, falha exatamente neste ponto”³¹³. Dito em outros termos: “a primeira tese da necessidade torna-se falsa, porque a aplicação de direitos e princípios foi possível *por meio da interpretação construtiva*”³¹⁴.

Mais: “sem essa tese, os defensores da proporcionalidade precisam de um argumento moral próprio à proporcionalidade para a sua adoção. Argumentos morais deste tipo, no entanto, violariam a própria pretensão à neutralidade da estrutura da proporcionalidade”³¹⁵, que perde ainda mais do seu potencial atrativo como método de solução de litígios judiciais.

Essa é a *insuficiência teórica* da regra da proporcionalidade: premissas suas são falhas, de modo que a sua própria utilidade prática é contestável. Ela não é, entretanto, o maior problema que enfrenta a ideia de proporcionalidade – há um último ponto a ser destacado, que diz respeito às suas *insuficiências morais*.

A conceituação alexyana dos princípios jurídicos traz consigo a assunção de outro importante pressuposto teórico da regra da proporcionalidade: o chamado *princípio da*

³¹¹Como Dworkin defende ser possível e como Scanlon, por sinal, entende ser necessário se buscar.

³¹²MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 56.

³¹³MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 56. O autor ainda segue adiante: “A proporcionalidade pressupõe que direitos, princípios e afins conflitam, mas na realidade é necessária uma etapa anterior de reconstrução conceitual que mostre a melhor concepção desses direitos e princípios como conflitantes. Nada garante que esse seja o caso de antemão. Caso a melhor interpretação possível dos direitos e princípios em um determinado caso concreto os reforce mutuamente não há porque utilizar a regra da proporcionalidade” (MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 56).

³¹⁴MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 56 – g.n.

³¹⁵MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 53.

generosidade de definições (definitional generosity), segundo o qual “o intérprete deve adotar *uma visão ampla* sobre o que pode contar como um direito”³¹⁶.

A lógica é bastante simples: se princípios são mandamentos de otimização, que devem ser realizados o máximo possível, é fundamental que não seja excluída *a priori* nenhuma consideração a respeito do que pode figurar em seu conteúdo. Dito de outro modo, “a ponderação deve incluir um rol muito amplo de considerações como *prima facie* passíveis de proteção”³¹⁷ pelo princípio jurídico em questão.

Princípios não possuem sua extensão previamente definida, que é estipulada em cada caso concreto, em função das circunstâncias fáticas e jurídicas que permeiam a sua aplicação. Dessa forma, seu suporte fático deve ser amplo³¹⁸, de modo a não se restringir injustificadamente qualquer uma das suas muitas possibilidades de realização³¹⁹.

Ocorre, todavia, que a assunção deste pressuposto teórico pela regra da proporcionalidade “gera um efeito deletério na adjudicação de direitos humanos, por ser incapaz de explicar o tipo especial de normatividade desses direitos”³²⁰. Para elucidar de que forma isso ocorre, Daniel Murata oferece um exemplo bastante ilustrativo³²¹.

Imagine-se uma sociedade na qual exista uma grande quantidade de furtos e roubos de automóveis, em geral praticados por indivíduos que, de acordo com pesquisas empíricas, pertencem a um grupo social historicamente perseguido por práticas racistas.

Objetivando solucionar o problema de segurança pública, políticos se empenham na aprovação de uma lei que, de forma explícita, adota medidas discriminatórias contra essa minoria social, autorizando que a polícia pare e reviste todo e qualquer automóvel conduzido por alguém pertencente a ela, mesmo que sem justificativas convincentes para tanto. Suponha-se, ainda, que tal medida legislativa revelou-se razoavelmente eficaz na tarefa de

³¹⁶MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 46 – g.n.

³¹⁷MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 46.

³¹⁸Sobre a ideia de suporte fático amplo, contraposta ao suporte fático restrito, e a sua relação com a teoria dos direitos fundamentais, vide: SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 79 e ss.

³¹⁹“Essa estrutura [dos princípios jurídicos] demanda que consideremos todas as instâncias *prima facie* passíveis de arrolamento sob o princípio para o exame da proporcionalidade. Em outras palavras, princípios não possuem sua extensão previamente definida ao caso concreto em mãos, nós não sabemos o que é esse ‘algo’ a ser fomentado pela estrutura alexyana. Ao aplicar a proporcionalidade, portanto, é necessário não delimitar *a priori* o significado e a extensão dos direitos em questão, porque a proporcionalidade, enquanto meta-regra decisória, não nos dá critérios outros para interpretar princípios previamente às suas três etapas. Por exemplo, nós não temos, neste momento, meios para saber se sentimentos religiosos são protegidos ou não pela liberdade religiosa, nem se discriminação contra ‘pecadores’ está protegida por esse direito. O aplicador da proporcionalidade precisa incluir todos esses elementos em seu balanço. Daí o princípio da generosidade de definições” (MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 46.).

³²⁰MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 45.

³²¹MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. pp. 46/47

diminuir a incidência de delitos na sociedade em questão.

Uma disputa judicial sobre a norma inicia-se, com grupos contestando sua constitucionalidade, enquanto outros defendem a sua correção com relação ao ordenamento jurídico nacional.

Se a solução desse problema jurídico procurasse utilizar-se da regra da proporcionalidade, então, dado o princípio da generosidade de definições, deveriam ser levados em consideração no processo de ponderação “todos os interesses envolvidos, sejam eles os interesses das minorias ou os interesses preconceituosos da maioria”³²², sem distinções.

A lei poderia, então, ser considerada adequada (primeira etapa), porque fomentaria um princípio (direito fundamental à segurança pública), muito embora restringisse outro (direito fundamental à igualdade); seria, ainda, passível de ser considerada necessária (segunda etapa), caso não houvesse outra medida equivalente menos restritiva de direitos fundamentais³²³.

Também na terceira etapa da ponderação, a da proporcionalidade em sentido estrito, seria possível validar a norma promulgada, caso fosse demonstrado que “o dano às pessoas da minoria fosse menor que o dano causado às demais pela reversão da lei”³²⁴.

Para tanto, seria necessário um exercício de argumentação que legitimasse conferir maior peso ao direito à segurança do que ao direito à igualdade, mas, dada a generosidade de definições, nenhum tipo de consideração, a favor ou contra a lei, poderia ser excluída desse procedimento argumentativo do intérprete.

A possibilidade de que uma lei evidentemente racista e preconceituosa como esta passasse no teste da proporcionalidade, contudo, é justamente o que atesta as insuficiências morais da teoria alexyana. E isso ocorre, porque essa metodologia interpretativa do direito “não explica bem como nós pensamos sobre direitos e nem é capaz de protegê-los satisfatoriamente”³²⁵. Mas por quê?

O ponto nevrálgico da questão é que, ao se procurar definir os direitos jurídicos de forma apropriada, alguns interesses passíveis de serem identificados no jogo argumentativo devem ser *a priori* excluídos do processo de interpretação, não por arbitrariedade, mas

³²²MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 47.

³²³O exemplo é tratado aqui de forma hipotética, apenas para se demonstrar a fragilidade moral da regra da proporcionalidade. É sabido que, se esse caso fosse real, a lei poderia ser bloqueada já nesta etapa da ponderação, por não ser difícil imaginar medidas menos restritivas do direito fundamental à igualdade.

³²⁴MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. pp. 47/48

³²⁵MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 48.

porque “não consideramos esse tipo de interesse como digno de proteção, porque tais interesses violam aquilo que consideramos valioso nos direitos em questão”³²⁶.

Vale lembrar, a esse respeito, que a elaboração de uma concepção a respeito do que exige algum direito jurídico é um processo essencialmente interpretativo, que depende da indicação do *point* valorativo que esse direito pretende fazer avançar, ou seja, depende de que seja identificado o que nesse direito é estimado como valioso e digno de proteção. Essa é uma tarefa que “demanda *um exercício de raciocínio moral* que a proporcionalidade é incapaz de explicar”³²⁷.

De fato, é preciso reconhecer que a ponderação realizada entre os valores subjacentes aos princípios interpretados é construída³²⁸, sempre, dentro de algum referencial de moralidade política, que ao mesmo tempo justifica e orienta a atribuição dos pesos relativos a cada interesse em disputa, de tal modo que, a depender da racionalidade moral empregada (uma alinhada a concepções mais autocráticas do direito, por exemplo), a argumentação desenvolvida a favor de um ou outro princípio não poderá sequer ser computada no jogo interpretativo do direito³²⁹.

Nesse sentido, a proporcionalidade, tal qual entendida nos termos alexyanos, é problemática porque “*obscurece as considerações morais* que estão no centro das discussões sobre direitos humanos”³³⁰ e “*erode os significados distintos desses direitos* ao transformá-los em algo quantificável”³³¹.

Em outras palavras, como a própria definição dos direitos jurídicos (conceitos interpretativos que são) depende de uma atribuição de valor a eles (de um *point* valorativo que devem perseguir), ela é feita de forma intimamente dependente das teorias morais que lhes são subjacentes, mas “não é toda teoria moral que é comprometida com a defesa dos

³²⁶MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 48 – g.n.

³²⁷MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 48 – g.n.

³²⁸É importante notar como os três tipos de insuficiência da regra da proporcionalidade estão interconectados. De fato, é por insistir na ideia de que a ponderação ocorre entre princípios jurídicos é que o princípio da generosidade de definições e a primeira lei da necessidade ganham relevância na construção da ideia de proporcionalidade; reconhecendo-se, noutra banda, que a ponderação ocorre entre valores, fica mais evidente como a constatação do peso relativo que cada qual receberá, em cada situação concreta, depende essencialmente das teorias morais que orientam o processo interpretativo, o que apenas reafirma a existência de um terceiro tipo de raciocínio prático na interpretação do direito, que não se esgota com as ideias de ponderação e subsunção.

³²⁹É evidente que o que é ou não democrático é, em si, igualmente, um problema interpretativo. Mas é igualmente evidente que, para o bem ou para o mal, existe um mínimo de elementos paradigmáticos que possibilitam identificar um âmbito mais circunscrito de interpretações que se pode chamar de democráticas, enquanto outras não. Essa ideia é, por si só, suficiente para retirar credibilidade do princípio da generosidade de definições.

³³⁰TSAKYRAKIS, Stravos. “Proportionality: an assault on human rights?”. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, n. 3, 2009, p. 493 (tradução livre).

³³¹TSAKYRAKIS, Stravos. “Proportionality: an assault on human rights?”. Idem. p. 487 (tradução livre).

direitos humanos”³³², de modo que, em uma interpretação jurídica realizada em um sistema democrático, algumas considerações podem e devem ser excluídas precipitadamente da argumentação judicial.

O método da interpretação construtiva de Dworkin, nesse sentido, revela-se mais apropriado para validar e descrever como as práticas interpretativas realmente ocorrem em casos jurídicos deste tipo, não só porque evidencia com clareza o papel que as teorias morais invariavelmente desempenham na definição dos conceitos jurídicos em geral, mas porque também permite avaliar a força e a credibilidade dos argumentos lançados em prol de uma ou outra interpretação de modo mais ajustado com a natureza do objeto interpretado³³³.

Sendo assim, tampouco a regra da proporcionalidade se revela como satisfatória na tarefa de interpretar o direito, persistindo-se a insistência em se adotar os métodos dworkianos no seu lugar.

Esclarecido tudo isso, o trabalho já conseguiu explicitar e justificar as bases metodológicas que reivindicará para procurar apontar a inexistência de legitimidade das normas penais que criminalizam condutas ofensivas à honra dos cidadãos.

A interpretação construtiva de Dworkin é a teoria da interpretação constitucional que melhor possibilita compreender o direito fundamental à liberdade de expressão (assim como os outros, naturalmente), e é por meio dela que se conseguirá delimitar e justificar a concepção extensiva dessa garantia constitucional que, argumenta-se, infirma a possibilidade de uma proteção penal da honra.

É ela que fornece, no linguajar dworkiano, uma compreensão do direito à liberdade dos discursos em sua melhor luz, resolvendo o problema jurídico que demarca o objeto material desta dissertação – para o qual se pode, finalmente, voltar as atenções.

³³²MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 50.

³³³Enquanto isso, “a proporcionalidade pode ser tanto utilizada para defender direitos humanos quanto para violá-los. O trabalho real é feito pelas teorias e argumentos morais” (MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. Idem. p. 51), que apenas a interpretação construtiva põe em evidência.

2. DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO (I): APROXIMAÇÕES INICIAIS.

2.1. Introdução:

No capítulo anterior, procurou-se demonstrar não só quais são as bases metodológicas que orientarão o desenvolvimento da presente dissertação³³⁴, mas também que os problemas suscitados pela criminalização de condutas ofensivas à honra (objeto de estudo do trabalho) são condicionados, fundamentalmente, pela extensão que o direito de liberdade de expressão deve receber em uma democracia constitucional como a brasileira³³⁵.

Dito de outro modo, fez-se notar que o enfrentamento das questões relevantes para a superação desses desafios, ou seja, necessárias para se testar a hipótese proposta nesta dissertação³³⁶, depende, essencialmente, da *formulação de uma interpretação coerente* do direito constitucional à liberdade de palavra, único modo de se compreender, de forma mais precisa e normativamente fundamentada, o que deve ser, e em que medida, a honra juridicamente tutelável.

Procurou-se destacar, então, que aquelas metodologias de interpretação constitucional e de avaliação da legitimidade das normas incriminadoras, apesar de frequentemente referenciadas pela literatura brasileira, constitucional e penal, que versa sobre o assunto³³⁷, não se revelam adequadas para a resolução do problema jurídico proposto.

Defendeu-se, então, o recurso a uma metodologia alternativa, alicerçada na teoria do direito do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, fundamentalmente por entender-se que esta constitui uma forma mais apropriada, e honesta, de lidar-se com a adjudicação de direitos constitucionais dotados de forte conteúdo político e moral³³⁸, como é o caso do princípio jurídico garantidor da liberdade dos discursos.

Nesse sentido, e muito embora essa defesa mais geral e abstrata já tenha sido feita neste trabalho, é relevante complementá-la, chamando-se a atenção para a forma através da

³³⁴Vide item 1.2., *supra*.

³³⁵Vide item 1.1., *supra* – mais especificamente, item 1.1.3.

³³⁶Vide item 1.1., *supra*. Trata-se da hipótese de pesquisa de que os crimes contra a honra carecem de legitimidade, devendo, pois, ser retirados do Código Penal brasileiro, dada a sua incompatibilidade com princípios jurídicos e políticos relevantes, que informam o direito nacional.

³³⁷Vide itens 1.2.4. e 1.2.5., *supra*.

³³⁸Vide itens 1.2.1., 1.2.2., e 1.2.3., *supra*.

qual a metodologia dworkiana contribui, especificamente, para o processo de interpretação constitucional do direito de liberdade de palavra.

Duas considerações devem, pois, ser feitas.

Primeiro, é de se ressaltar que as metodologias mais tradicionais de interpretação jurídica, embora rejeitadas anteriormente, não são adotadas e seguidas de forma majoritária exclusivamente pelos doutrinadores brasileiros, mas também pela jurisprudência desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal e pelos principais órgãos judiciais nacionais, quando estes lidam com casos envolvendo o direito constitucional em apreço.

Ronaldo Porto Macedo Júnior, por exemplo, converge com essas reflexões ao chamar a atenção para o fato de que, em casos paradigmáticos envolvendo a interpretação do direito de liberdade de expressão no Brasil, o método da ponderação de direitos é naturalizado e empregado de forma praticamente irreflexiva pelo Judiciário brasileiro³³⁹.

De fato, uma breve e superficial avaliação de casos de grande repercussão no país, e nos quais se exigiu a interpretação deste direito, corrobora essa ideia³⁴⁰.

Em 2016, por exemplo, um juiz criminal do Rio de Janeiro proibiu a venda e a distribuição do livro de Adolf Hitler, *Minha Luta*, com base na aplicação do crime de racismo previsto no artigo 20, da Lei 7.716/89, fundamentando sua decisão no argumento de que “hoje, a hermenêutica pós-positivista resolve a questão [posta no processo] através da harmonização (ponderação) dos direitos fundamentais aparentemente em conflito. Nesse caso concreto, não há conflito a ser resolvido, já que um direito à informação não protege a publicação da bíblia nazista”³⁴¹.

No famoso caso Ellwanger, de igual modo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a prática do crime de racismo na conduta de um escritor e editor que publicou, vendeu e

³³⁹Afirma, nesse sentido, o autor: “acreditamos que o uso das técnicas de ponderação foi naturalizado na prática e doutrina brasileira. Nesse sentido, a aplicação do método da ponderação nos casos envolvendo o direito de liberdade de expressão dificilmente é desafiado pelos juristas, que normalmente divergem sobre como se balancear ou como se avaliar os direitos e decidem cada litígio com base nas situações específicas de cada caso concreto... A ponderação foi trivializada e naturalizada no Brasil” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience?”. In: *Revista Direito GV*, v. 13, n.º. 01, jan/abr – 2017, p. 282 – tradução livre).

³⁴⁰Não se pretende, aqui, fazer nenhuma análise sistemática sobre os casos relevantes envolvendo o direito à liberdade de expressão, mas apenas mencionar exemplos que ajudam a ilustrar as ideias desenvolvidas no texto; os casos, por sinal, são mencionados no artigo citado de Ronaldo Porto Macedo Júnior, quem também reconhece a arbitrariedade das menções, embora ressalte que elas mostram-se adequadas “aos propósitos de demonstrar que os debates sobre os limites e o próprio conceito da liberdade de expressão está se tornando cada dia mais complexo e intenso” no país, o que é suficiente para as ponderações ora desenvolvidas (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience?”. Idem. p. 280).

³⁴¹Citado em: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience?”. Idem. p. 276.

distribuiu material com conteúdo antissemita, com base na ideia de que, em determinadas circunstâncias, “a garantia da liberdade de expressão é retraída em nome dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade judicial”³⁴², direitos que, após a atividade ponderativa, prevaleceriam diante da liberdade dos discursos.

O desafio em se superar essas metodologias dominantes, portanto, é um tanto quanto mais complicado, o que, todavia, não deve bastar para frear a empreitada ora proposta. Uma análise mais descortinada das implicações desse fato ajudará a entender os motivos.

Isso porque, em segundo lugar, e de forma intimamente conectada com essa primeira complementação, é interessante notar que as críticas feitas no capítulo anterior aos métodos interpretativos usuais da doutrina e – agora se pode dizer – da jurisprudência brasileiras se aplicam de forma particular e *ainda mais urgente* aos casos em que é exigida a determinação do conteúdo normativo do específico direito à liberdade de manifestação do pensamento.

Com efeito, um dos principais problemas associados ao método da ponderação de direitos, como visto, é o de que ele não permite uma análise conceitual mais aprofundada daquilo que está posto em jogo no litígio judicial; a ponderação de direitos, em outros dizeres, se esquia de uma reflexão moral e filosófica mais completa a respeito dos valores e interesses balizados em cada situação, o que dá margem à tomada de decisões controversas e possivelmente contrárias a princípios democráticos fundacionais.

Em casos em que se discute o alcance do direito à liberdade de palavra, dotado de forte conotação moral e política, dada a sua centralidade para os regimes democráticos constitucionais, isso é especialmente relevante, e significa que restrições poderão ser impostas à garantia constitucional em questão, mesmo que ausente uma justificativa teórica bem construída e fundamentada para tanto.

Esses riscos do emprego da técnica da ponderação de direitos às hipóteses relevantes para este trabalho, por sinal, são também reconhecidos e ressaltados por diversos autores que procuraram estudar os métodos plausíveis de interpretação constitucional.

Mencionando o trabalho de um dos mais efusivos críticos da técnica ponderativa, Alexander Aleinikoff, Ronaldo Porto Macedo Júnior destaca que o balanceamento de direitos em função das circunstâncias concretas de cada caso, na verdade, leva a uma situação decisória na qual os julgadores

simplesmente não divulgam as fontes dos pesos assinalados para

³⁴²Vide: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience?”. Idem. p. 280.

cada interesse balanceado. Essas decisões ponderativas estão radicalmente implícitas (*underwritten*): interesses são identificados e um vencedor é proclamado, ou uma regra é enunciada para especificar o balanceamento mais apropriado, mas há pouca discussão a respeito dos parâmetros que guiam a decisão... Em grande escala, a ponderação ocorre dentro de uma caixa-preta³⁴³.

Dessa forma, é dito que a ponderação de direitos mitiga nossa compreensão do direito como uma empreitada interpretativa, transformando as análises jurídicas de casos concretos em uma simples avaliação da razoabilidade das atividades legislativa e governamental³⁴⁴; no tocante ao direito de liberdade de expressão, isso é especialmente perigoso, justamente porque torna-se “difícil evitar a impressão de que os diferentes padrões adotados nas decisões são, no fim, uma simples expressão das bases ideológicas que guiaram as preferências individuais dos julgadores”³⁴⁵, o que pode resultar em restrições ilegítimas e mal fundamentadas a esse crucial direito fundamental³⁴⁶.

Chama a atenção, por exemplo, como importante ilustração dessa crítica, o fato de que, no julgamento do mencionado caso *Ellwanger*, dois ministros empregaram o método da ponderação alexyana em suas decisões, muito embora tenham, ao final, de forma quase que arbitrária, chegado a conclusões diametralmente opostas³⁴⁷.

³⁴³Citando Aleinikoff, vide: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience?”. Idem. pp. 296/297 (tradução livre).

³⁴⁴MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience?”. Idem. p. 297.

³⁴⁵MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience?”. Idem. p. 281.

³⁴⁶De fato, a falta de padrões racionais aptos a guiarem as decisões baseadas na ponderação é uma crítica comum à aplicação deste método interpretativo aos casos envolvendo a liberdade de expressão. O professor americano Melville Nimmer, por exemplo, é outro autor que destaca que os litigantes não podem, nos debates jurídicos deste tipo, reivindicar um padrão ao qual se apearem para que possam medir se ao seu interesse em se expressar livremente será dado um peso maior ou menor do que ao interesse que lhe é conflitante, o que torna as decisões precárias e inseguras. Vide: NIMMER, Melville B. “The right to speak from times to Time: first amendment theory applied to libel and misapplied to privacy”. In: *California Law Review*, vol. 56, n. 04, 1968, p. 939. No mesmo artigo, a propósito, o professor ainda pontua outras fortes críticas ao método da ponderação caso a caso, dentre as quais é importante destacar aquela que aponta para a realidade de que os resultados de decisões deste tipo, na maioria das vezes, tendem a dar maior peso aos interesses que, em tese, conflitam com a liberdade de expressão, o que ele julga não ser mera coincidência, mas um indicativo dos riscos desta metodologia para o debate livre na sociedade (NIMMER, Melville B. “The right to speak from times to Time: first amendment theory applied to libel and misapplied to privacy”. Idem. pp. 939/ss.). De igual forma, Kent Greenawalt alerta para o fato de que, no processo de ponderação, como todos os interesses e fatores relevantes em cada caso devem ser colocados na balança, casos de adjudicação do direito à liberdade discursiva podem ser resolvidos privilegiando certos interesses governamentais na restrição dos atos de expressão, ainda que seja equivocadamente aceitas limitações a garantias constitucionais com fundamento nesse tipo de racionalidade (GREENAWALT, Kent. *Fighting words: individuals, communities and liberties of speech*. New Jersey: Princeton University Press, 1996, p. 12).

³⁴⁷É o caso dos votos do Min. Marco Aurélio e do Min. Gilmar Mendes, como ressalta Ronaldo Porto Macedo Jr.: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Freedom of expression: what lessons should we learn from US

A ponderação, nesse sentido, revela-se especialmente deletéria nas hipóteses que interessam a esta dissertação, o que reforça a necessidade de sua superação. Fundamentalmente, essas críticas que lhes são dirigidas poderiam ser resumidas na ideia de que a sua metodologia pretensamente neutra, despida de valorações morais, *empobrece significativamente o debate interpretativo*³⁴⁸, impossibilitando a real compreensão do que deve significar um direito à liberdade discursiva. Mas por quê?

Aqui, é importante chamar a atenção para outro aspecto do raciocínio de Aleinikoff, segundo quem

nós, na vida e no direito, frequentemente tomamos decisões de formas que não podem ser caracterizadas como uma ponderação. Muitas decisões são baseadas nas noções de certo e errado, de justiça, mérito, amor e paixão, o que nada tem que ver com o balanceamento... Por trás de muitas das importantes decisões que tomamos, as crenças mais importantes que sustentamos são *juízos de princípio*, que não podem ser reduzidos a uma ponderação de interesses³⁴⁹.

Essa ideia de *juízos de princípio*, orientados por noções sobre o que é certo ou errado, por sua vez, implica o reconhecimento de que a definição do alcance de um direito jurídico depende de uma construção conceitual mais elaborada sobre o que verdadeiramente significa esse direito – repise-se: direitos não devem ser ponderados, mas ajustados uns aos outros, a fim de que a interpretação e aplicação de cada um deles sejam coerentes entre si, de acordo, ainda, com a importância (moral, política e jurídica) que se dá aos valores e interesses a eles subjacentes³⁵⁰.

No caso específico do direito à liberdade de expressão, então, qualquer análise legal a respeito do seu real significado deve ser iniciada “com uma teoria a respeito do que essa expressão [que é legalmente protegida] deve significar”³⁵¹.

O desenvolvimento de uma resposta a esse questionamento, entretanto, não pode ser

experience?”. Idem. p. 280.

³⁴⁸“A consequência da naturalização da ponderação como o único método para a adjudicação de casos envolvendo a liberdade de expressão é o *risco de se perder a especial riqueza da construção conceitual e filosófica* que marcou a existência desses casos” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience?”. Idem. p. 298 – g.n.).

³⁴⁹ALEINIKOFF, Alexander. “Constitutional law in the age of balancing”. In: *The Yale Law Journal*, v. 96, nº. 05, 1987, pp. 996/997 (tradução livre) – g.n.

³⁵⁰Vide, igualmente, item 1.2.5., *supra*.

³⁵¹MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience?”. Idem. p. 284.

feito de forma isenta de valorações morais e políticas; a bem da verdade, “o primeiro passo para se analisar a liberdade de expressão requer uma *investigação conceitual que é vinculada com alguma concepção de justiça* e, dessa forma, o seu sentido *também é conectado com uma rede de conceitos políticos e morais*”³⁵², os quais não podem ser desconsiderados na tarefa interpretativa do jurista³⁵³.

Nesse sentido, é fundamental reconhecer, antes de mais nada, que a liberdade de expressão é não só um tema jurídico complexo, mas também um tópico de grande complexidade política: ela dá margem não só a inúmeros casos judiciais de difícil resolução, como suscita, de igual modo, a oposição entre as mais apaixonadas posições políticas que se possa ter em mente.

De um lado, conservadores, situados mais à direita no cenário político, não deixam de reconhecer sua importância para o regime democrático, mas tampouco aceitam conferir a ela uma primazia absoluta ante outros valores sociais que julgam imprescindíveis³⁵⁴.

De outro, pensadores da esquerda insurgem-se insistentemente contra possíveis desdobramentos dessa garantia constitucional, em geral apregoando que a sua proteção institucional não pode ser feita de forma a sobrepor-se a outros princípios políticos prioritários, como o ideal da igualdade entre os cidadãos³⁵⁵.

Liberais, por sua vez, muito embora tendam a ser os mais áduos defensores da expressão livre, dificilmente se veem em acordo ao oferecerem as razões que entendem serem as mais pertinentes e adequadas para detalhar os fundamentos e o alcance corretos

³⁵²MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience?”. Idem. p. 285 – g.n.

³⁵³De fato, na linguagem dworkiana *supra* mencionada, é necessário que sejam feitos juízos de justificação, baseados em considerações de moralidade política, a fim de que seja apresentada e defendida a melhor concepção do direito interpretado, de acordo com a rede de princípios e valores que permeiam o sistema jurídico nacional.

³⁵⁴Basta ver, nesse sentido, os acalorados debates que a proibição da pornografia suscitou em democracias ocidentais, como os Estados Unidos, nos últimos tempos. De forma recorrente, adeptos de concepções políticas conservadoras se insurgiram contra a legalidade da divulgação de material pornográfico nesse país, alicerçados, justamente, na ideia de que a livre expressão encontra fortes obstáculos diante de outros interesses sociais relevantes, notadamente o interesse de que os padrões sexuais tradicionais não sejam corrompidos e adulterados em decorrência de um ambiente moral excessivamente permissivo com relação às questões sexuais (SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 106 e ss.). Sobre o tema, vide, ainda, dentre outros, o importante ensaio de Ronald Dworkin “*Temos direito à pornografia?*”, publicado em: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. Idem. pp. 497 e ss.

³⁵⁵Mais uma vez, a questão da pornografia é bastante exemplificativa: não só de conservadores e moralistas o discurso pornográfico sofre ataques, mas também de muitas pensadores feministas que, adeptas de teorias políticas de esquerda, condenam a divulgação de material pornográfico sob o argumento de que este reforça os padrões de dominação masculina em nossa sociedade. Vide: DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. pp. 435 e ss.

dessa liberdade pública³⁵⁶.

Mas, justamente em função desta miríade de complexidades que instiga, a liberdade de expressão é um tema urgente. Compreender a apropriada dimensão da sua proteção jurisdicional, bem como delimitar os seus desdobramentos mais significativos, é essencial para a conformação de um sistema social justo.

Para, contudo, se imiscuir nas primeiras considerações sobre o tema, talvez seja interessante deixar as controvérsias de lado e chamar a atenção para o fato de que nem tudo é duvidoso quando se discute a liberdade de expressão.

É um fato incontroverso, por exemplo, que as democracias ocidentais, atualmente, instituem de forma uniforme algum espaço de proteção jurídica³⁵⁷ dos discursos³⁵⁸.

Nos principais textos constitucionais contemporâneos, a liberdade de expressão do pensamento e das opiniões é expressamente prevista como uma garantia dos indivíduos e – ainda que possa haver quem se oponha a esse fato – de algumas entidades coletivas (pense-se, por exemplo, na imprensa, como categoria coletiva, que possui um especial direito à expressão livre).

Na Constituição brasileira, ela vem insculpida, em todas as suas dimensões, no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais, mais especificamente no artigo 5º, incisos IV e IX, os quais determinam, respectivamente, que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” e que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

E é justamente em função disso, por sinal, que se diz que a liberdade de expressão deve ser compreendida como um *direito jurídico* dos cidadãos e, como tal, destina-se a assegurar-lhes um espaço infranqueável de proteção através do Direito.

Ocorre que, desfrutando desta qualidade específica, a garantia da expressão livre termina por se ver imersa em um problema jusfilosófico mais específico, que diz respeito,

³⁵⁶ Isso leva, por exemplo, o autor liberal Joseph Raz a constatar que a liberdade de expressão é um “quebra-cabeça” da teoria política liberal (“*a liberal puzzle*”). Vide: RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 146. Muitos são, de fato, os autores que anotam a dificuldade de se encontrar justificativas uniformes para a importância deste direito constitucional, mesmo entre defensores liberais da expressão livre (BARENDT, Eric. *Freedom of expression*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2007; SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. pp. 07 e ss.).

³⁵⁷ A constatação é feita, também, por Barendt, em: BARENDT, Eric. *Freedom of expression*. Second Edition. Idem. p. 01.

³⁵⁸ Neste trabalho, direito à liberdade de expressão, à liberdade de manifestação do pensamento, à liberdade de discursos e de palavra serão expressões consideradas sinônimas, usadas de forma indiscriminada para se referir à mesma garantia jurídico-política, que diz respeito à possibilidade de comunicação livre de ideias, pensamentos e modelos de vida na comunidade democrática.

justamente, à natureza e ao *status* dos direitos num regime democrático³⁵⁹.

Isso porque os direitos são nada mais nada menos do que razões de um tipo bastante especial, que, uma vez reivindicadas, impõem limites ao que os indivíduos e o Estado podem fazer – e esses limites, muitas vezes, implicam sacrifícios das partes que são difíceis de serem admitidos, ou que vão em sentido contrário ao que a maioria democrática deseja³⁶⁰.

Com efeito, quando se fala que existe um direito a alguma coisa, o que se está afirmando é que algum interesse ou valor social relevante é reconhecido e a ele é conferida uma particular proteção³⁶¹ por parte do ordenamento jurídico. Um direito protege um interesse ou valor quando, se ele é respeitado, temos uma situação na qual este interesse/valor está mais bem assegurado e promovido do que se o direito não existisse³⁶².

Todavia, para que essa especial proteção possa ocorrer, tem-se que nenhum prejuízo por ela gerado pode ser reivindicado como argumento suficiente para afastar a tutela jurídica do direito – nem mesmo se a maioria da população desejar esse afastamento.

A bem da verdade, argumentar a favor de um direito implica o reconhecimento de que todas as desvantagens produzidas em função da sua instituição estão devidamente justificadas e autorizadas por razões políticas e morais coerentes, desde que os interesses/valores que o direito visa a assegurar estejam de fato sendo promovidos³⁶³.

Nesse sentido, interessante a reflexão proposta por T. M. Scanlon, que aponta como os problemas relativos à instituição e ao reconhecimento de direitos (dentre os quais aquele relativo à liberdade de expressão) devem envolver três níveis distintos de reflexão.

De um lado, deve ser considerada a pertinência de uma determinada política pública governamental. No que chama de “nível da política”³⁶⁴, avalia-se se o curso de ação política adotado (por exemplo, a promulgação de uma lei restringindo o discurso) é desejável ou não, do ponto de vista da própria deliberação democrática (as pessoas querem ou não a aprovação desta lei?).

Em outro nível de análise, chamado de “nível fundacional”³⁶⁵, deve-se perguntar a

³⁵⁹A ponderação é de T. M. Scanlon: SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 84.

³⁶⁰SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 84.

³⁶¹Como leciona Joseph Raz, direitos protegem, em um primeiro momento, interesses daqueles que os titularizam. (RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 147).

³⁶²Nota de rodapé nº 06, dos escritos de Joseph Raz: RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Idem. p. 149.

³⁶³Nota de rodapé nº 07, dos escritos de Joseph Raz: RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Idem. p. 149.

³⁶⁴SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 99.

³⁶⁵SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 99.

respeito de quais são as fontes últimas de justificação do princípio abstrato afetado pela decisão política tomada – no caso da expressão livre, deve-se procurar observar quais são os diversos interesses, individuais e coletivos, que lhes são subjacentes, o que é necessário para a estipulação do valor que essa prescrição normativa, geral e abstrata, deverá assumir na solução de casos jurídicos em geral.

É necessário, pois, se identificar as razões morais e políticas subjacentes ao princípio em comento, que servirão como guia para conferir conteúdo e alcance ao direito jurídico que lhe é associado.

O nível intermediário, chamado justamente de “nível dos direitos”³⁶⁶, é aquele que se destina a que sejam formuladas perguntas a respeito de quais limitações ou requisitos – se é que há algum – devem ser impostos às decisões políticas do primeiro tipo, se se quer evitar que resultados inaceitáveis (do ponto de vista das considerações do nível fundacional) emerjam a partir da adoção de determinada política pública governamental.

Em outras palavras, no nível dos direitos deve se avaliar se, procurando-se defender os valores e interesses pontuados no nível fundacional, são necessárias algumas limitações à liberdade de tomada de decisões políticas no primeiro nível – deve-se avaliar se algumas decisões deste tipo, em decorrência das exigências do nível fundacional, não podem ser legitimamente tomadas.

Assim, o autor consigna: “considerar algo como um direito é, na verdade, considerar que algum limite ou requisito para as decisões políticas é *necessário* se queremos evitar resultados inaceitáveis, e esse particular limite ou requisito é *viável*, ou seja, a sua adoção provê a adequada proteção contra esses resultados indesejados e o faz impondo custos toleráveis a outros interesses”³⁶⁷.

³⁶⁶SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 99.

³⁶⁷SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 99 (tradução livre – g.o.). Embora faça uma associação entre os conceitos de direito e interesse, a reflexão de Scanlon não parece se afastar por completo da crítica dworkiana ao tratamento usual que se dá aos direitos jurídicos como mera reflexão de interesses que podem ser contrabalanceados com outros interesses governamentais, por exemplo. De fato, a ideia de Scanlon de que os direitos são limitações à liberdade de tomada de decisões políticas, que não podem nunca mitigar o espaço de proteção estabelecido pelos direitos jurídicos aos interesses das pessoas, está próxima à concepção dworkiana de direitos como “trunfos”, como garantias que não podem ser transpassadas com base em justificativas instrumentais e consequencialistas frequentemente apresentadas, por exemplo, pelos defensores da aplicação do método da ponderação alexyana na solução de casos jurídicos complexos (Sobre a ideia de direitos como trunfos em Dworkin, vide: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience?”. Idem. p. 297). Tampouco é incompatível com uma visão mais relacional da natureza dos direitos jurídicos, de linha rawlsiana, que entende que estes decorrem do modo como as relações políticas e sociais entre os cidadãos devem ser constituídas em uma sociedade justa e igual. Seja como for, uma discussão mais elaborada sobre a natureza dos direitos jurídicos é desnecessária para os propósitos deste trabalho; basta ressaltar, com fundamento nas ideias apresentadas de Scanlon, que um direito jurídico é uma razão que impõe limites intransponíveis a certas

Nesse sentido, é um aspecto ainda consensual que a liberdade de expressão deve ser entendida como um direito dos cidadãos de uma nação democrática, assim como parece incontroverso que alguns limites ao poder governamental de regular os discursos são necessários para proteger interesses centrais dos indivíduos em geral, e é plausível acreditar que esses limites não são incompatíveis com uma sociedade saudável e com uma ordem política estável³⁶⁸.

Mas esse frágil consenso sucumbe quando se procura entender de modo mais detalhado como esse direito deve ser aplicado – os limites que ele deve estabelecer para as decisões que são tomadas no “nível da política” são objeto de amplos debates em torno dessa garantia constitucional.

É nesse momento que as dificuldades – e as divergências de opinião – ressurgem. E o direito à livre expressão do pensamento é fértil em promover esse tipo de contratempo.

Agrava-se ainda mais a situação, e intensificam-se as paixões na discussão, quando se nota que, em geral, as justificativas fornecidas para reivindicar um amplo âmbito de proteção deste direito constitucional pretendem estipular uma classe de “atos protegidos” que são imunes a restrições que, normalmente, seriam aplicadas a outros tipos de conduta, que não sejam a mera manifestação de um pensamento ou de uma ideia.

Versões fortes dessas justificativas defendem inclusive que certos tipos de atos recebem essas imunidades até mesmo quando têm como consequência a *causação de danos* a interesses sociais relevantes que, de outro modo, seriam mais que suficientes para justificar a imposição de sanções jurídicas³⁶⁹.

A liberdade de expressão, portanto, parece ser uma garantia irracional³⁷⁰ – mas é justamente por ser possível superar essa aparente irracionalidade que, outrossim, ela se revela tão significativa. A superação, contudo, não é simples de ser alcançada.

Deve-se notar, então, que esses desacordos, em geral, derivam de considerações empíricas (o que acontecerá, de fato, se for proibido algum tipo de discurso? Se estenderá a censura por caminhos inimagináveis a princípio?), mas, principalmente, de divergências que dizem respeito ao “nível fundacional” (quais são os interesses relevantes em jogo e o que constitui uma distribuição justa e igual dos meios para satisfazê-los? São divergências de

decisões políticas e legislativas, de modo que se possa ressaltar e compreender, ainda mais, os motivos pelos quais a técnica da ponderação é refutada na presente dissertação.

³⁶⁸SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. pp. 99/100.

³⁶⁹SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 06.

³⁷⁰A ponderação é, também, do professor T.M. Scanlon. Vide: SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 06.

moralidade política, a respeito do que é o melhor modelo de sociedade democrática a se construir³⁷¹), e é sobre esses aspectos fundacionais que deve agir o debate mais profícuo em torno do direito à liberdade de expressão³⁷² (justamente o que não faz a técnica da ponderação, frise-se).

A propósito, é justamente por isso que se diz que a investigação conceitual que deve ser feita ao se interpretar o direito à livre manifestação de pensamento envolve reflexões de filosofia moral e política: porque são as reflexões valorativas do “nível fundacional”, desenvolvidas em um nível teórico e abstrato, que têm o escopo de apontar quais limites legítimos podem ser impostos à atividade política do Estado em matéria de proibição de certos atos de expressão.

Se o direito ao discurso livre é revestido de uma imunidade forte frente a regulamentação estatal, deve ser porque existe alguma qualidade, interesse ou valor especial a ser atribuído a ele³⁷³ que serve como justificativa razoável para o *status* privilegiado de que desfruta.

Para identificar-se qual esse “bem” associado à garantia da expressão livre, é preciso, todavia, elaborar-se uma *teoria da liberdade de expressão*. Teoria essa que, para além de arrazoados estritamente técnico-jurídicos, deve ser embasada em considerações (normativas³⁷⁴) de moralidade política³⁷⁵ que se mostrem não só bem articuladas e coerentes entre si, mas que traduzam de forma apropriada o compromisso que o texto constitucional assumiu com essa – e outras – garantias individuais dos cidadãos³⁷⁶.

³⁷¹Vide nota de rodapé nº 375, *infra*.

³⁷²SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p.100.

³⁷³BARENDT, Eric. *Freedom of expression*. Second Edition. Idem. p. 06.

³⁷⁴No sentido de uma argumentação de teoria política normativa, ou seja, uma teoria política que prescreve como as instituições e direitos políticos *devem ser* compreendidos e estruturados.

³⁷⁵Como bem leciona Ronald Dworkin, referindo-se ao dispositivo da constituição norte-americana que prevê a liberdade de expressão, “a garantia que a Primeira Emenda dá à ‘liberdade de expressão ou da imprensa’ é um dispositivo constitucional que evidentemente não pode ser entendido senão como um princípio moral abstrato”, cuja aplicação depende essencialmente de que sejam propostas questões de moralidade política que giram ao seu redor (Qual é o objetivo dessa garantia? Melhorar o processo democrático? Garantir o autogoverno? Assegurar que todos, mesmo os que detêm opiniões minoritárias ou de mau-gosto, possam influenciar o processo – formal e informal – de tomada de decisões coletivas da comunidade?) e que sejam, depois, formuladas respostas coerentes a elas (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 263).

Na mesma linha de Dworkin, vide, ainda, as declarações de Eric Barendt: assumindo que é impossível traçar uma linha divisória entre o que seriam argumentos jurídicos e argumentos filosóficos a favor de uma teoria da liberdade de expressão, o autor consigna que “uma constituição deve refletir um compromisso com um conceito geral de liberdade de expressão, mas os entendimentos e concepções particulares dessa liberdade são mais bem elucidados através de um exame das razões políticas e morais que justificam sua proteção, assim como através da apreciação do significado dessa liberdade na constituição como um todo” (BARENDT, Eric. *Freedom of expression*. Second Edition. Idem. p. 03).

³⁷⁶BARENDT, Eric. *Freedom of expression*. Second Edition. Idem. p. 04.

Não se trata, pois, de ponderar direitos para determinar, em cada caso concreto, qual é prevalecente diante do outro; trata-se, outrossim, de desenvolver argumentos político-moralmente orientados, nos moldes da interpretação construtiva dworkiana, para se elaborar uma concepção do direito à liberdade de expressão que, adequada e coerente com os valores de uma teoria da justiça, consiga render uma solução aceitável para os problemas jurisdicionais postos por essa garantia constitucional³⁷⁷ – como aquele que se pretende enfrentar nesta dissertação.

Deve ser, portanto, oferecida uma concepção do direito à liberdade de expressão capaz de especificar, com base em um aparato conceitual teoricamente fundamentado e explicado, categorias de discurso que mereçam uma proteção integral e categorias de discurso que, por razões sólidas e convincentes, possam ser excluídas do âmbito de proteção do direito³⁷⁸ - daí a importância da metodologia dworkiana, preocupada, fundamentalmente, em identificar e discutir os fundamentos filosófico-políticos dos princípios jurídicos que se almeja interpretar.

Agora, se no Brasil os referenciais teóricos e jurisprudenciais não empregam essa específica metodologia de interpretação das normas jurídicas, como se pode proceder a uma análise deste tipo do direito à liberdade da palavra?

Aqui, é importante voltar as atenções para a valiosa contribuição que a doutrina e a jurisprudência norte-americanas trazem para o debate em torno desse respectivo direito

³⁷⁷Aqui é importante fazer uma ressalva metodológica. Quando se afirma que não é necessário realizar-se uma ponderação de direitos, afastando-se o método de interpretação alexyano, não se nega a possibilidade de que, no debate no nível fundacional, filosófico e abstrato, ao se procurar entender que interesses e valores a liberdade de expressão persegue e promove, possam ser feitas ponderações entre esses valores e interesses na tentativa de se desenvolver uma concepção apropriada deste direito jurídico; como visto no item 1.2.5., *supra*, a filosofia scanloniana admite que valores são balanceáveis, e esse fato é estritamente confirmado por outros autores que, *também críticos* ao emprego da ponderação *ad hoc*, ou caso a caso, como o é a alexyana, na solução de casos envolvendo a liberdade de expressão, reconhecem igualmente que é necessário um nível de ponderação de interesses e valores para se determinar não que direitos predominam numa dada hipótese da vida real, mas sim para especificar o que vem a ser, conceitualmente, a liberdade dos discursos. Dito em outras palavras, a ponderação de interesses ocorre não no nível do litígio judicial, como forma de solucionar o caso, mas sim no nível conceitual, é dizer, de construção de uma concepção da ideia de liberdade de expressão que servirá para especificar o alcance e conteúdo do direito que lhe é subjacente. Ou, ainda de forma mais clara, o balanceamento não é feito para ver qual litigante (governo, uma pessoa individual, etc.) tem os interesses *in specie* mais relevantes na situação concreta, mas sim para se estipular, conceitualmente, que tipos de discurso ou atividade expressiva podem ou devem, de forma moral e politicamente coerente, ser protegidos pelo direito constitucional à liberdade de expressão. Dessa forma, a abordagem continua sendo coerente com as críticas formuladas anteriormente, assim como se mostra adequada à metodologia alternativa proposta neste trabalho para a interpretação da norma constitucional que prevê o direito em comento. Para argumentos nesse sentido, vide o texto do professor Nimmer, que discute precisamente essa diferenciação entre os tipos de técnica ponderativa em questão: NIMMER, Melville B. “The right to speak from times to Time: first amendment theory applied to libel and misapplied to privacy”. *Idem*. pp. 941/ss.

³⁷⁸NIMMER, Melville B. “The right to speak from times to Time: first amendment theory applied to libel and misapplied to privacy”. *Idem*. pp. 942.

constitucional.

Com efeito, “muitos acadêmicos que estudam a liberdade de expressão já reconheceram que a riqueza da experiência americana ao lidar com a liberdade de expressão é dificilmente comparável”³⁷⁹.

Ali, tanto Cortes Judiciais quanto trabalhos acadêmicos aplicam boa dose de filosofia política e moral para lidar com esse assunto³⁸⁰, o que permitiu a formação de um vasto e valioso aparato conceitual apto a lidar com a adjudicação de casos envolvendo o direito à livre manifestação de ideias³⁸¹ – um aparato conceitual, diga-se de passagem, muito mais identificado com o tipo de racionalidade e argumentação que se exige para a adequada interpretação de um direito constitucional como ele, do que aquele que a técnica da ponderação consegue fornecer.

A esse arsenal teórico se voltará as atenções do trabalho agora; em especial, serão apresentadas as contribuições mais importantes que o debate norte-americano pode trazer para o enfrentamento do tema proposto na dissertação.

2.2. Contribuições norte-americanas para o debate em torno do direito à liberdade de expressão:

2.2.1. Restrições baseadas no conteúdo vs. Restrições neutras em relação ao conteúdo:

Muito embora já se tenha argumentado de forma exaustiva pela necessidade de superação do método da ponderação de direitos na resolução de casos envolvendo a interpretação do direito de liberdade de expressão, deve-se notar que muitas são as

³⁷⁹MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience?”. Idem. p. 284.

³⁸⁰“A filosofia política está claramente enraizada na produção acadêmica americana sobre a liberdade de expressão” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience?”. Idem. p. 284).

³⁸¹James Weinstein, de igual forma, ressalta que as diferenças metodológicas na análise do direito à liberdade de expressão são muito acentuadas quando se compara a tradição norte-americana e a europeia, por exemplo; o autor ressalta, inclusive, que na linha interpretativa desenvolvida no continente europeu, emprega-se com muita frequência o método da ponderação, o que resulta em maiores possibilidades de restrição dessa garantia constitucional, conquanto nos Estados Unidos, onde se utiliza uma abordagem categorial, baseada na construção de uma gramática conceitual própria e filosoficamente orientada para a resolução de casos envolvendo o direito à liberdade de discursos, as decisões tendem a ser mais rígidas e menos tendenciosas a admitir restrições do respectivo direito fundamental (WEINSTEIN, James. “An overview of american free speech doctrine and its application to extreme speech”. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (Eds.). *Extreme speech and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p.90).

orientações filosóficas e políticas que orientam a delimitação de seu âmbito de incidência apropriado em democracias constitucionais como o Brasil.

Na tradição norte-americana, por exemplo, é possível notar-se a existência de teorias interpretativas da Primeira Emenda (norma jurídica constitucional que institui, nos Estados Unidos, a garantia da liberdade de palavra) que, denominadas de *absolutistas*, argumentam em favor de uma proteção integral e intransigível deste direito³⁸².

Partindo da premissa de que a liberdade de expressão possui importância ímpar, para os indivíduos e para a comunidade política democrática, os absolutistas defendem a tese de que, ao ser dito na norma constitucional americana que o Congresso não promulgará leis restritivas aos discursos, o que está sendo determinado é, precisa e literalmente, que *nenhuma* constrição deste tipo pode ser constitucionalmente válida, de modo que o direito constitucional em questão desfruta de uma proteção absoluta face às restrições governamentais.

Outros autores, menos românticos, admitem a possibilidade de que limitações aos atos de expressão sejam feitas em determinados casos, mas defendem a aplicação de um padrão unitário na adjudicação de todos os litígios envolvendo a aplicação da Primeira Emenda; seja esse padrão único a aplicação da “regra do perigo claro e iminente”, a adoção da lógica de que as restrições devem promover um “interesse relevante do governo”³⁸³, dentre outros, a ideia é a de que as soluções para os dilemas envolvendo o direito de liberdade de expressão devem ser guiadas uniformemente por uma mesma racionalidade decisória.

Tanto uma, quanto outra forma de aproximação do tema, entretanto, tem sido foco de diversas críticas da doutrina especializada, de modo que, em grande parte, já se viram superadas e infirmadas como estratégias propícias para solucionar os casos que demandam a interpretação da norma garantidora do direito de livre expressão.

Seja porque deixam de reconhecer a complexidade dos valores constitucionais, de modo que nenhum dele pode ser tornado absoluto face aos demais³⁸⁴, seja porque a tentativa

³⁸²O juiz da Suprema Corte dos EUA, Justice Hugo Black, é frequentemente apontado como maior expoente dessa linha interpretativa da Primeira Emenda, tendo proferido importantes votos nos quais sustentou a necessidade de proteção integral deste direito. Sobre o tema, vide: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience?”. Idem. pp. 295/296.

³⁸³MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience?”. Idem. p. 296.

³⁸⁴E, de fato, não é difícil imaginar-se situações em que a possibilidade de restrição da liberdade de expressão é praticamente indiscutível, como nos casos em que se impede a produção de barulhos excessivos em determinados horários ou em torno de determinados locais, ou mesmo aquelas situações nas quais se coíbe a manifestação de certas mensagens em decorrência do evidente risco que traria para as pessoas, como no clássico caso de alguém que grita a palavra “fogo” dentro de um cinema lotado, incentivando a confusão e possível violência entre os cidadãos. O absolutismo, portanto, revela-se uma teoria incapaz de explicar

de lidar com casos e problemas muito diferentes com fundamento em uma mesma racionalidade pode levar a decisões problemáticas, ora muito restritivas, ora muito protetivas da garantia fundamental, o fato é que a experiência constitucional americana, nos dizeres de Ronaldo Porto Macedo Júnior, já rejeitou com sucesso essas abordagens mais generalizantes³⁸⁵, notando que a interpretação do direito de liberdade de expressão demanda um escrutínio mais elaborado.

A procura por se analisar de forma mais detalhada tudo aquilo que está implicado na criação de normas restritivas deste direito, por sua vez, levou a jurisprudência americana a criar uma importante forma de *categorização das leis* que limitam o exercício da livre manifestação de ideias, uma categorização que se mostra especialmente relevante para a presente dissertação.

Trata-se da distinção entre aquelas normas que, uma vez promulgadas, restringem a manifestação de algum ato de expressão com base no teor da mensagem que será transmitida³⁸⁶ e aquelas normas que, embora limitadoras, atuam de forma neutra com relação a esses aspectos, baseando a constrição em razões de outro tipo³⁸⁷ (como, por exemplo, as clássicas limitações de lugar, maneira e tempo³⁸⁸).

As primeiras são chamadas de “restrições baseadas no conteúdo” (*content-based restrictions*) e as segundas de “restrições neutras com relação ao conteúdo” (*content-neutral restrictions*), e, embora não se possa dizer que constituam uma forma de categorização isenta de críticas e de oposição³⁸⁹, têm se mostrado extremamente relevantes na resolução dos casos

intuições fortes que em geral são sustentadas a respeito dos limites da liberdade discursiva.

³⁸⁵MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience?”. Idem. pp. 295.

³⁸⁶Uma boa definição consta em: STONE, Geoffrey R. “Content-neutral restrictions”. In: *The University of Chicago Law Review*, v. 52, nº 01, 1987, p. 47.

³⁸⁷Para uma definição, vide, igualmente: STONE, Geoffrey R. “Content-neutral restrictions”. Idem. p. 48. Wilson Huhn, ademais, refere-se a essas restrições neutras com relação ao conteúdo como aquelas que procuram limitar as *oportunidades* de comunicação, não o teor do que se deseja comunicar (HUHN, Wilson R. “Assessing the constitutionality of laws that are both content-based and content-neutral: the emerging constitutional calculus”. In: *Indiana Law Journal*, v. 79, nº 04, 2004, p. 814).

³⁸⁸Restrições que, por exemplo, impedem a realização de manifestações políticas, em horário de pico, naquelas avenidas e ruas muito utilizadas pelos cidadãos de grandes cidades (lugar), ou que coíbem a expressão de ideias através de panfletos ou outdoors que poluem a cidade (maneira), ou que desautorizam discursos públicos tarde da noite, a fim de não se prejudicar o sono das pessoas (tempo).

³⁸⁹De fato, muitos autores defendem a ideia de que a distinção sequer faz sentido, porque restrições neutras gerariam prejuízos muitas vezes maiores do que aqueles causados por restrições baseadas em conteúdo, já que ambas têm ampla capacidade de limitar o nível de informações disponíveis na comunicação social; entretanto, essa crítica tem pouca relevância para o trabalho, haja vista o fato de que ela preocupa-se, fundamentalmente, em reivindicar um espaço de atenção maior para os problemas inerentes às restrições neutras, que, como se verá, não são o foco da dissertação. Por isso mesmo, a utilização da categorização familiar à doutrina americana é não só útil, mas pertinente para destacar os problemas que serão enfrentados aqui. Para uma análise aprofundada das limitações neutras com relação ao conteúdo, em especial do potencial constritivo que elas possuem e das formas de se lidar com elas, vide: STONE, Geoffrey R. “Content-neutral restrictions”. Idem.

constitucionais em que a Suprema Corte dos EUA lida com o tema da liberdade de expressão.

Sobre elas, duas considerações são importantes de serem traçadas. Em primeiro lugar, é interessante tentar se elucidar os motivos que levaram a tradição jurídica americana a criar essa distinção entre formas de se proibir legalmente alguns atos de expressão, o que é relevante para se compreender a segunda, e mais significativa, contribuição dessa forma de categorização: o fato de que o tratamento jurídico conferido a cada uma delas é um tanto quanto distinto.

Pois bem. Embora não se possa dizer que as restrições neutras com relação ao conteúdo são menos prejudiciais ao *nível* e à *quantidade* de informação disponibilizada no debate social, de modo que elas também trazem ônus significativos para o direito constitucional em análise, fato é que a preocupação que orienta e justifica a diferenciação das duas categorias está mais atenta em outros aspectos que não a extensão com que uma lei pode suprimir dados ou informações da população em geral.

Isso porque, o que interessa para o debate é que as restrições baseadas em conteúdo têm um potencial maior não de diminuir quantitativamente os atos de expressão autorizados, mas sim de influenciar significativamente em outros fatores (mais) relevantes para o direito de liberdade de expressão.

Desse modo, se nota, em primeiro lugar, que restrições baseadas em conteúdo, é dizer, que coíbem determinado ato de expressão porque a mensagem que ele transmite é, por algum motivo, reputada problemática, indevida ou mesmo errada, têm um *potencial muito maior de distorcer o debate público*, criando significativos prejuízos ao princípio democrático e à lógica do autogoverno.

Esse argumento é ainda mais intensificado quando a restrição baseada em certo conteúdo é, mais especificamente, a limitação de um específico ponto de vista a respeito de algum assunto – se algum tipo de ideia particular é impossibilitada de entrar no jogo democrático, sendo excluída da arena política, fatalmente o processo deliberativo que deve ser levado a efeito pela população será prejudicado³⁹⁰, de modo a se justificar uma preocupação maior com aquelas normas que tenham esse tipo de objeto como foco de sua restrição, o que torna necessária a diferenciação.

Associado a isto está o argumento de que a proibição de restrições baseadas em conteúdo está lastreada no *princípio da isonomia*, ou seja, na necessidade de que o governo

pp. 46/118.

³⁹⁰STONE, Geoffrey R. “Content regulation and the First Amendment”. In: *William & Mary Law Review*, Vol. 25, Issue 2, 1983, p. 198.

trate com igualdade os diversos tipos de ideias e expressões que seus cidadãos em geral podem sustentar e querer comunicar. Quando alguma mensagem é proibida, as pessoas que a desejavam transmitir são tratadas de forma não isonômica, o que afrontaria os valores constitucionais mais básicos³⁹¹.

Uma terceira base para a justificação da distinção, então, advém da ideia dos *impactos comunicativos* que determinadas mensagens possuem. Estes seriam as consequências que a transmissão de determinadas mensagens estimula nos seus receptores³⁹², ou seja, estão alinhados à ideia de que, ao serem comunicados determinados conteúdos e ideias, os destinatários poderão sofrer efeitos adversos e deletérios, ou mesmo reagir a elas de forma indesejada, de modo a ser justificável a restrição desses atos de expressão.

Constituiriam impactos comunicativos condenáveis, por exemplo, o receio do governo de que parte da população reaja violentamente a determinadas mensagens, ocasionando desordem pública e social; ou o receio de que determinados atos de expressão soem ofensivos e, assim, estimulem a retaliação do destinatário contra o remetente; ou, por fim, a ideia de que certos discursos prendem a atenção das pessoas e as impedem de realizar suas tarefas³⁹³.

Ocorre que, em geral, entende-se que nenhuma dessas razões pode ser considerada suficiente para justificar uma restrição da livre expressão; seja porque é conferido aos indivíduos o direito de processar e de fazer o que quiserem com as informações que recebem, seja por se contestar a possibilidade de que a mera ofensividade justifique proibições, o que se argumenta é que, quando o governo aponta impactos comunicativos como motivos para coibir discursos, o que ele faz é utilizar-se de razões inconstitucionais para defender a constrição³⁹⁴ – daí a importância de que restrições baseadas em conteúdo, mais afeitas a repercutirem esses impactos, sejam distinguidas das neutras.

Por fim, uma última explicação da importância desta distinção aponta para o fato de que, no mais das vezes, quando restrições baseadas em conteúdo são realizadas pelo governo, as verdadeiras razões que motivam a limitação é o fato – absolutamente ilegítimo – de que o poder constituído não concorda com o teor da mensagem transmitida, daí seu interesse em excluí-la de circulação³⁹⁵.

³⁹¹STONE, Geoffrey R. “Content regulation and the First Amendment”. Idem. p. 202.

³⁹²STONE, Geoffrey R. “Content regulation and the First Amendment”. Idem. pp. 207/ss.

³⁹³Todos citados em: STONE, Geoffrey R. “Content regulation and the First Amendment”. Idem. pp. 212/ss.

³⁹⁴STONE, Geoffrey R. “Content regulation and the First Amendment”. Idem. p. 217.

³⁹⁵STONE, Geoffrey R. “Content regulation and the First Amendment”. Idem. p. 227.

As *motivações impróprias* deste tipo, por sua vez, são muito mais comuns naqueles casos em que a proibição não é neutra, justamente porque é com relação à matéria, ao ponto de vista comunicado, que pode se insurgir um governo, na tentativa de impossibilitar o seu livre tráfego pelo tecido social – daí a importância de se distinguir os tipos de restrição elaborados, a fim de que se possa presumir, nos casos de restrições baseadas em conteúdo, uma motivação desvirtuada do governo, que deve arcar com o ônus de explicar a viabilidade da proposta de constrição dos discursos³⁹⁶.

Todas essas justificativas, independentemente de conseguirem ou não, por si só, explicar as razões para se adotar essa categorização dos tipos de normas proibitivas, quando analisadas em conjunto evidenciam o fato de que cada uma dessas categorias terminam por colocar *problemas diferentes* para o direito de liberdade de expressão³⁹⁷, o que autoriza a adoção de tratamentos jurídicos igualmente diferenciados para cada situação – o ponto que, fundamentalmente, interessa a essa dissertação.

Se as restrições baseadas em conteúdo são muito mais propensas a gerarem todos os malefícios supracitados (distorcer o debate político ou serem motivadas por razões inconstitucionais ou impróprias), é compreensível que seja conferido a elas uma análise *muito mais rigorosa* de sua legitimidade.

Com efeito, George Stone chama a atenção para o fato de que, na avaliação da constitucionalidade das normas que restringem discursos com base no seu conteúdo, a Suprema Corte americana identifica, em primeiro lugar, se a “classe” da expressão proibida possui alto ou baixo valor constitucional, é dizer, com fundamento em razões de moralidade política, argumenta se o tipo de discurso confrontado pela lei proibitiva tem uma “posição subordinada” na escala dos discursos constitucionalmente protegidos e, em sendo este o caso, inicia um novo processo de argumentação filosófica e teórica para definir em que circunstâncias específicas o “discurso de baixo valor” pode ser de fato restrito³⁹⁸.

Para tanto, adota o que é usualmente conhecido como *escrutínio rigoroso* (*strict scrutiny*), ou seja, uma *exigência de argumentação mais profunda*, que apenas autoriza as restrições em face de razões muito relevantes e convincentes, nas quais seja apontada a necessidade de proteção de um interesse governamental realmente importante, apenas alcançado e promovido por via da norma proibitiva.

³⁹⁶STONE, Geoffrey R. “Content regulation and the First Amendment”. Idem. p. 231.

³⁹⁷MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience?”. Idem. p. 294.

³⁹⁸STONE, Geoffrey R. “Content-neutral restrictions”. Idem. p. 47.

Enquanto isso, restrições neutras, que não baseiam-se no teor das mensagens comunicadas, em geral podem ser avalizadas sem que esse método mais rigoroso seja aplicado; sem trabalhar com a distinção dos níveis de valor constitucional dos discursos, emprega critérios mais flexíveis de argumentação, como a utilização da justificativa de que determinada lei restritiva sequer coloca problemas à liberdade de expressão, ou da ideia de que certas constrições são razoáveis e, portanto, legítimas, dentre outros³⁹⁹.

Mas de que forma isso se conecta com o tema que se desenvolve neste trabalho? É importante notar, então, que tipo de norma restritiva as criminalizações que visam à proteção da honra constituem.

E, ao analisar sua estrutura típica⁴⁰⁰, torna-se fácil concluir que os crimes em questão – calúnia, difamação e injúria – são mandamentos proibitivos que limitam determinados atos de expressão *em decorrência do conteúdo da mensagem que transmitem*; não se mostram como restrições neutras, porque fazem o juízo de reprovabilidade da norma penal recair precisamente no teor, na ideia contida no ato de expressão comunicado⁴⁰¹.

Seja esse ato expressivo a comunicação de uma inverdade, seja ele o relato de alguma prática ofensiva ou seja ele, ainda, a emissão de uma ofensa propriamente dita, a ação reprovada por essas criminalizações é a *ação de comunicar um conteúdo, uma mensagem específica a alguém*.

Dessa forma, a construção conceitual desenvolvida nos Estados Unidos já é bastante útil por permitir que se entenda que uma justificação da legitimidade dessas normas penais deve, necessariamente, *percorrer um caminho argumentativo rigoroso*.

Dados os riscos que proibições deste tipo suscitam, não basta atestar a presença de um bem jurídico passível de ser tutelado, nem argumentar que no conflito entre os direitos à honra e à liberdade de expressão o primeiro predomina sobre o segundo.

Há fortes e poderosas razões a demandar, nessas situações específicas, uma reflexão mais detida e mais aprofundada sobre tudo o que está em jogo na hipótese do reconhecimento da legitimidade desses crimes e, mais, há fortes e poderosas razões aptas a indicarem que, na verdade, no caso de normas proibitivas desta espécie, há uma poderosa presunção de que a proteção da liberdade discursiva é o que efetivamente deve prevalecer.

Antes, entretanto, de se iniciar essa avaliação mais profunda e reflexiva da

³⁹⁹Para uma mais completa listagem dessas outras razões, vide: STONE, Geoffrey R. “Content-neutral restrictions”. Idem. pp. 48/ss.

⁴⁰⁰Vide item 1.1.3., *supra*.

⁴⁰¹Mais detalhes sobre esse ponto serão apresentados nos itens subsequentes desta dissertação.

legitimidade das normas que incriminam condutas lesivas à honra, é interessante voltar as atenções para o que, de forma mais específica, significa a adoção desse escrutínio rigoroso (*strict scrutiny*) para o debate sobre a constitucionalidade de restrições ao direito de liberdade de expressão.

Essa é, a propósito, a segunda importante contribuição que o debate norte-americano traz para este trabalho, e a ela se dedicará o próximo item da dissertação.

2.2.2. A ideia de um escrutínio rigoroso (*strict scrutiny*) para as propostas de restrição ao direito de liberdade de expressão:

O escrutínio rigoroso (*strict scrutiny*) é um padrão de avaliação da constitucionalidade das leis desenvolvido pelo Suprema Corte norte-americana, caracterizado, essencialmente, por constituir o parâmetro mais rígido de constatação da não violação de preceitos constitucionais por parte de atos normativos de hierarquia inferior.

Trata-se, a bem da verdade, de uma fórmula bastante simples, ainda que em teoria, para a resolução de casos que envolvam alguns direitos fundamentais de importância central para o sistema democrático, dentre os quais se qualifica o direito de liberdade discursiva. Em síntese, determina que uma lei restritiva só pode ser considerada válida se perseguir um interesse governamental convincente (*a compelling governmental interest*) e se for estreitamente desenhada para alcançar esse interesse (*must have been narrowly tailored to achieve that interest*).

Nesse sentido, em geral, o que os julgadores devem se ocupar em fazer é uma espécie de julgamento *normativo* dos fins projetados pela norma restritiva promulgada⁴⁰² (o interesse perseguido é suficientemente importante para se justificar uma constrição legal?), associado a uma consideração *mais empírica* a respeito dos meios empregados pelo Estado para promover esse fim⁴⁰³ (é ele o único meio? É, ainda, um meio muito genérico, desnecessário

⁴⁰²VOLOKH, Eugene. “Freedom of speech, permissible tailoring, and transcending strict scrutiny”. In: *University of Pennsylvania Law Review*, n. 144, nov./1996, p. 2418.

⁴⁰³VOLOKH, Eugene. “Freedom of speech, permissible tailoring, and transcending strict scrutiny”. Idem. p. 2419. Nesse ponto do julgamento, Volokh mostra como a Suprema Corte adota quatro componentes para se avaliar a capacidade de a lei promover de forma estreita o interesse perseguido, sendo eles: (i) a necessidade de se demonstrar que a restrição, de fato, consegue fazer avançar o interesse em comento; (ii) a necessidade de que a restrição não seja imposta a outras formas de discurso, que não trazem problemas ao interesse governamental perseguido; (iii) a necessidade de que inexistam outros meios menos restritivos aos discursos para se atingir esse interesse; e (iv) a necessidade de que a lei não deixe de restringir discursos que firam de igual forma o interesse governamental, mas por algum motivo teriam sido deixados de forma de seu âmbito de incidência. Vide: VOLOKH, Eugene. “Freedom of speech, permissible tailoring, and transcending strict scrutiny”. Idem. pp. 2421/2423.

ou restrito para esse fim?).

Ainda que passível de uma redução a essa fórmula mais genérica, contudo, é interessante explorar mais detalhadamente as bases normativas que justificam a estruturação e adoção desse padrão rigoroso de controle da constitucionalidade das leis que restringem o direito de liberdade de expressão, a fim de se elucidar sua importância para este trabalho. Joshua Cohen, filósofo político americano, se engajou precisamente nesta tarefa em um artigo denominado *Freedom of Expression*, cujas ideias agora se passará a desenvolver.

Na oportunidade, o autor destaca que esse escrutínio rigoroso implica, simultaneamente, o reconhecimento de algumas importantes doutrinas da Primeira Emenda, frequentemente aplicadas pelos tribunais americanos.

Implica, dessa forma, a diferenciação entre as normas que restringem expressões com base em seu conteúdo, para as quais é fundamental a aplicação dos parâmetros rígidos de controle, daquelas que restringem expressões de forma neutra, bem como o reconhecimento da necessidade de se dar preferência ao método da categorização frente ao da ponderação *ad hoc* de direitos, fundamentalmente para se determinar classes de discurso que, por possuírem um menor valor face à Primeira Emenda, podem ser reguladas com maior facilidade⁴⁰⁴ – o que apenas corrobora tudo que já foi dito anteriormente neste trabalho.

Ocorre que a aplicação do escrutínio rigoroso depende, ainda, do reconhecimento de duas outras importantes características da doutrina do direito à liberdade de expressão. Em primeiro lugar, depende de que seja admitido não somente que alguns atos de expressão podem, inequivocamente, causar danos e gerar prejuízos a terceiros⁴⁰⁵, mas também que a simples existência desses custos não são *suficientes* para justificar restrições ao direito de liberdade da palavra⁴⁰⁶.

Em segundo lugar, o autor destaca ser importante ter em consideração aquelas questões relativas à equitativa distribuição dos direitos expressivos, o que significa ter uma preocupação em se evitar que a possibilidade de livre manifestação de ideias seja mais bem assegurada a determinados setores sociais do que a outros, o que tem sua importância, por

⁴⁰⁴COHEN, Joshua. "Freedom of expression". In: *Philosophy & Public Affairs*, vol. 22, n. 03, 1993, pp. 213/214.

⁴⁰⁵Negar isso, como fazem alguns autores, é apontado pelo autor como uma negação da obviedade e, ademais, uma falta de consideração com as pessoas que sofrem esses prejuízos em decorrência dos atos de expressão alheios (COHEN, Joshua. "Freedom of expression". Idem. p. 219).

⁴⁰⁶Nesses casos, o que se tem é o reconhecimento de que os valores associados ao sistema da liberdade de expressão superam a importância desses custos, impossibilitando determinadas regulações – o caso da difamação de pessoas públicas, por sinal, intimamente relevante para este trabalho, é o exemplo citado pelo autor, sobre o qual se discorrerá futuramente, a propósito (COHEN, Joshua. "Freedom of expression". Idem. pp. 214/215).

exemplo, na constatação de que determinadas restrições podem ser ilegítimas ao atingirem de forma mais intensa algum grupo social em específico (e, assim, as ideias que eles defendem)⁴⁰⁷.

A importância desse quadro mais amplo na aplicação do escrutínio rigoroso, então, passa a ser justificada pelo autor com base um raciocínio próprio, que se alicerça em três componentes: (i) o reconhecimento de alguns interesses fundamentais que o direito de liberdade de expressão visa a promover; (ii) uma análise da estrutura dos custos que as proteções amplas à palavra podem gerar; e (iii) uma série de reivindicações factuais de senso comum, referentes ao direito constitucional em questão, que ele denomina de fatos fundamentais de pano de fundo (esses menos relevantes para os propósitos deste trabalho)⁴⁰⁸.

Dessa forma, chamando a atenção para o fato de que o direito de liberdade de expressão é comumente associado a alguns *valores* cardiais, ele indica que uma justificativa apropriada para a necessidade de um escrutínio rigoroso na adjudicação ordinária desse direito está mais conectada com certos *interesses* por ele promovidos do que com esses valores abstratos e gerais⁴⁰⁹.

Destaca, então, que o primeiro desses interesses é aquilo que ele denomina de *interesses expressivos*, notadamente o desejo que as pessoas possuem de articular ideias, sentimentos e atitudes sobre os mais variados assuntos, e de comunicar aos outros essa sua articulação; muitas formas e concepções de vida, por sinal, tomam como uma obrigação a necessidade de que seus adeptos se manifestem em diversas situações, o que implica que o não reconhecimento destes interesses configuraria uma afronta ao pluralismo razoável que deve ser respeitado na comunidade democrática⁴¹⁰.

Em segundo lugar, aponta os chamados *interesses deliberativos*, os quais se

⁴⁰⁷COHEN, Joshua. "Freedom of expression". Idem. pp. 215/217.

⁴⁰⁸COHEN, Joshua. "Freedom of expression". Idem. p. 222.

⁴⁰⁹COHEN, Joshua. "Freedom of expression". Idem. p. 223. Não se quer dizer, com isso, que a referência a esses valores da liberdade de expressão não cumpra nenhum papel importante na adjudicação de casos envolvendo a garantia deste direito; Joshua Cohen, a propósito, indica que a referência a eles é, muitas vezes, acertada quando se procura defender a inconstitucionalidade de algumas restrições. O ponto, entretanto, é que a referência aos interesses promovidos pelo direito em comento é mais vantajosa para se traçar a importância do escrutínio rigoroso por destacarem aspectos que são compatíveis com o *pluralismo razoável* que impera nas sociedades contemporâneas, é dizer, com razões de princípio e de fato que são compatíveis com a diversidade de entendimentos de vida e de valores que reina nas democracias ocidentais, ou seja, que são apresentadas em termos comuns para aquelas pessoas que partilham crenças e modos de vida até mesmo antagônicos, o que configura uma forma mais poderosa e universal de justificar a importância desse controle rígido das restrições ao direito de livre manifestação de ideias. Esse ponto, bem como as críticas que o autor faz às formas mais tradicionais de justificação do escrutínio rigoroso, serão apropriadamente desenvolvidos no item 3.2., *infra*, quando se passar a desenvolver, efetivamente, a teoria do direito de liberdade de expressão que melhor interpreta essa garantia constitucional tão importante. Sobre o que foi dito nesta nota, contudo, vide: COHEN, Joshua. "Freedom of expression". Idem. p. 223.

⁴¹⁰COHEN, Joshua. "Freedom of expression". Idem. pp. 224/225.

subdividem em dois aspectos centrais: (i) a ideia abstrata, compartilhada por muitas visões diferentes de vida, de que é importante se fazer, nas suas vidas, o que é o melhor ou o que mais vale a pena para elas; e (ii) a ideia de que é importante que as visões valorativas de uma pessoa não sejam aceitas por elas na ignorância ou em função da falta de alternativas⁴¹¹.

Tomadas em conjunto, essas ideias levam à conclusão, central para a ideia de interesses deliberativos, de que a reflexão sobre os assuntos humanos depende intimamente da possibilidade de articulação e de análise de vários pontos de vista e argumentos existentes sobre um assunto, não podendo ser feita isoladamente⁴¹², de forma quase que dogmática.

E, por fim, anota que existem ainda os chamados *interesses informacionais*, quais sejam, interesses em se assegurar que sejam disponibilizadas informações confiáveis sobre as condições necessárias para que alguém persiga seus desejos e aspirações de vida⁴¹³.

Segundo o autor, portanto, a adoção e aplicação do escrutínio rigoroso se justifica, inicialmente, pelo fato de que ele assegura condições favoráveis para a proteção desses interesses, ou seja, pelo valor substantivo que se pode conferir ao direito de liberdade dos discursos, dada a gama de interesses materiais dos cidadãos que ele promove – mas de quê forma?

Pois bem. Retomando o quadro geral do escrutínio rigoroso citado anteriormente, Cohen argumenta que o reconhecimento dos riscos maiores daquelas regras que restringem expressões com base no conteúdo da mensagem transmitida deriva essencialmente dos problemas que esse tipo de regulação suscita para os interesses mencionados.

Regulações desse tipo, nesse sentido, podem impedir seriamente que certas visões de mundo cheguem ao debate público; elas são mais propensas a criar riscos substanciais de que as pessoas não possam expressar suas visões de vida, ainda que haja, para elas, razões substanciais para esse tipo de expressão – elas representam, portanto, uma ameaça direta aos interesses expressivos⁴¹⁴.

Elas ameaçam, também, os interesses deliberativos, na medida em que reduzem a diversidade de opiniões e pontos de vista circulando na arena política e, assim, distorcem o processo de raciocínio da comunidade; elas limitam as reflexões em torno de visões alternativas de mundo e também das razões que uma pessoa levanta para defender um ponto de vista que toma como seu⁴¹⁵.

⁴¹¹COHEN, Joshua. “Freedom of expression”. Idem. p. 228.

⁴¹²COHEN, Joshua. “Freedom of expression”. Idem. p. 229.

⁴¹³COHEN, Joshua. “Freedom of expression”. Idem. p. 229.

⁴¹⁴COHEN, Joshua. “Freedom of expression”. Idem. p. 235.

⁴¹⁵COHEN, Joshua. “Freedom of expression”. Idem. p. 235. Em outros termos, restrições deste tipo distorcem

De outro lado, é justamente o reconhecimento da necessidade de proteção desses interesses que possibilita a conclusão de que mesmo atos de expressão que causam danos ou prejuízos às pessoas podem ser suportados e não devem receber restrições; isso porque, em tese, se argumentaria que a importância dos interesses promovidos é superior aos custos gerados pela plena liberdade, de modo que apontar os danos ocasionados por determinado discurso não conseguem reunir as forças necessárias para se priorizar o interesse governamental na constrição⁴¹⁶.

Seja como for, justificar o padrão rígido de controle da constitucionalidade das normas que restringem discursos com atenção para esses interesses é importante para não se menosprezar a importância que esses custos podem ter no debate sobre a legitimidade da medida. É importante, dessa forma, se atentar a quão sérios e diretos são os supostos danos causados pelo ato de expressão, a fim de se poder avaliar até que ponto a proteção dos interesses subtendidos no direito de liberdade de expressão de fato supera a importância de se evitar esses efeitos deletérios⁴¹⁷.

Também as questões relativas à necessidade de acesso equitativo aos meios de expressão, enquanto componente do quadro geral do escrutínio rigoroso, conectam-se intimamente à proteção destes interesses.

Por um lado, se a importância do controle rigoroso das normas restritivas da liberdade de expressão se justifica em função da necessidade de proteção dos interesses expressivos, notadamente na necessidade de se assegurar condições favoráveis para a sua concreção, então deve-se reconhecer também que medidas devem ser tomadas para tornar esses interesses expressivos reais e viáveis, assegurando condições substantivas de acesso aos meios de comunicação⁴¹⁸.

o debate público, como sustentado no item anterior desta dissertação.

⁴¹⁶O exemplo utilizado pelo autor, referente às expressões ofensivas, guarda especial correlação com o tema desta dissertação, mas será pontuado no item subsequente, quando se avaliar precisamente essa modalidade discursiva, e sua correlação com os crimes de injúria e difamação.

⁴¹⁷Importante aqui destacar que o autor não defende uma abordagem meramente consequencialista dos casos de adjudicação do direito à liberdade de expressão; ele, de fato, não exclui a importância que argumentos deste tipo, mais instrumentais, podem desempenhar no debate, mas defende igualmente a ideia de que a adoção de um escrutínio rigoroso também está lastreada na importância inerente à liberdade de expressão. De fato, os motivos que reivindicam a importância deste direito para os interesses expressivos das pessoas aponta para o valor que esses interesses têm em si, ou seja, por algo substantivo e intrínseco ao direito de liberdade de expressão – até por isso é admitida a proteção de atos expressivos que causam consequências significativamente negativas. Vide: COHEN, Joshua. “Freedom of expression”. Idem. p. 230. Na verdade, a leitura de Cohen é bastante próxima e congruente com a teoria de T. M. Scanlon sobre a natureza dos direitos jurídicos e morais, segundo quem, como visto, estes são razões de um tipo especial, que proíbem certas condutas das pessoas, na medida em que estas revelam-se prejudiciais aos interesses/valores consagrados pelo direito em questão – sobre o ponto, vide item 2.1., *supra*.

⁴¹⁸COHEN, Joshua. “Freedom of expression”. Idem. p. 246.

Noutra banda, há razões mais instrumentais que, calcadas nos interesses deliberativos, apontam para a importância do sistema de proteções rigorosas: a ideia de que as condições favoráveis à deliberação requerem uma diversidade de mensagens e de que uma forma de se assegurar isso é garantir que todos os cidadãos tenham meios equitativos para se expressar no debate público⁴¹⁹.

Assim, a ideia por trás do texto de Joshua Cohen é, simplificada, que o sistema de controle rígido da constitucionalidade das leis que proíbem determinados atos de expressão ajuda a promover interesses humanos fundamentais, de modo que é ressaltada a importância que a garantia constitucional dos discursos livres deve possuir em uma democracia liberal.

Mais especificamente, esse sistema é ainda condicionado pela ideia de que, sempre que for possível combater os possíveis prejuízos da liberdade discursiva com o uso de mais discursos⁴²⁰, as restrições não podem ser impostas, sob pena de se coibir o avanço desses interesses de forma desnecessária⁴²¹.

Isso se conecta, por sua vez, ao tema abordado nessa dissertação, na medida em que, tendo sido destacado que as criminalizações que visam à proteção da honra constituem restrições baseadas em conteúdo, ao se avaliar a sua possível constitucionalidade e, da mesma forma, sua legitimidade como norma penal, deverá ser desenvolvido um escrutínio rígido (*strict scrutiny*) dessas normas criminais, no qual, imperativamente, a importância desses interesses deverá ser levada em conta e, ainda, contraposta aos interesses existentes a favor da proibição⁴²², a fim de que se possa, desse modo, construir uma teoria interpretativa da liberdade de expressão que melhor acomode os valores e princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional.

Para se prosseguir nesta empreitada, então, será necessário destacar, de forma mais detalhada, que tipo de prejuízos ou desafios os tipos penais em comento levantam para o direito de liberdade de expressão. A isso se dedica o próximo item da dissertação.

⁴¹⁹COHEN, Joshua. "Freedom of expression". Idem. p. 247.

⁴²⁰E acrescenta-se: com o recurso a meios menos restritivos das liberdades individuais.

⁴²¹COHEN, Joshua. "Freedom of expression". Idem. p. 211.

⁴²²Frise-se que aqui não se fala em ponderação de *direitos*, mas sim da contraposição de argumentos substantivos de moralidade política, que indicam quais *interesses* postos em jogo são mais relevantes, de modo que se possa fornecer uma interpretação dos direitos que protegem esses interesses adequada ao sistema político em que eles estão previstos.

2.3. Dois problemas para a liberdade de expressão.

2.3.1. O crime de calúnia (art. 138, CP) e o problema das falsas declarações de fato:

No capítulo anterior foi apontado que, dada a forma como estão tipificadas as condutas lesivas à honra, proibindo-se a realização de ações que, no fim, constituem a simples comunicação de impressões ou opiniões a respeito do que outras pessoas fazem ou são, estes crimes suscitam importantes desafios para o direito de liberdade de expressão.

Nada foi dito, entretanto, a respeito do que seriam esses desafios. De fato, a preocupação com o *como* se criminaliza essas condutas é importante para chamar a atenção a esse fato, mas é necessário pensar-se, igualmente, no *que* é efetivamente reprovado em cada uma das hipóteses delitivas, para que se possa, então, evidenciar-se o que o direito penal procura condenar através dessas figuras criminosas e, mais especificamente, aquilo que os tipos penais em comento põem como problemas para o direito de liberdade discursiva.

Não importa agora, portanto, a forma como cada delito é praticado, é dizer, o tipo de ação que cada um pune (se uma imputação de algo a alguém, como na calúnia e difamação, ou se uma emissão de juízos de valor sobre outrem, como na injúria). Importa mais aquilo que, em cada qual, é tomado como a *principal razão* para a incidência de um juízo de reprovabilidade penal.

Pois bem. Na tentativa de se elucidar essa dimensão de cada um dos crimes contra a honra, é interessante se fazer notar que, no fim, o que eles proíbem são, basicamente, dois tipos diferentes de atos de expressão. Neste tópico, abordar-se-á o primeiro deles, relacionado exclusivamente ao delito de calúnia (art. 238, CP).

Veja-se que esse crime está redigido, como visto⁴²³, de modo a proibir a conduta de caluniar alguém, consistente no ato de imputar *falsamente* a essa pessoa um fato definido como crime. É, portanto, elemento normativo do tipo, necessário e indispensável à configuração do crime, a exigência de que as declarações reputadas delituosas sejam inverídicas, do contrário não há que se falar na possibilidade de punição criminal do agente.

Tanto é assim que, no parágrafo terceiro do artigo que institui o crime de calúnia (art. 138, CP), está prevista a possibilidade de que, como meio de defesa, seja apresentada uma exceção da verdade face à acusação formulada, qual seja, a criação de um incidente processual que se presta a demonstrar que as declarações feitas pelo suposto sujeito ativo do

⁴²³Item 1.1.3., *supra*.

crime são verdadeiras, de modo a afastar a possibilidade de punição pela via penal⁴²⁴.

Central, portanto, ao juízo de reprovabilidade da norma, é a comunicação de mentiras e falsidades a respeito de outras pessoas. Dito de modo mais incisivo, o que a lei criminal proscreeve, nesse ponto, é exclusivamente a *transmissão de comunicados falsos*.

De fato, a própria dogmática penal já demonstrou existir uma preocupação especial do direito criminal com a disseminação de inverdades. Em breve artigo no qual analisa a missão da proteção penal à honra, Günther Jakobs sustenta que o sentido único que pode ser associado a essas tradicionais formas de incriminação é, justamente, a tentativa de se garantir a proteção da veracidade dos julgamentos sociais⁴²⁵.

O autor constrói seu argumento de forma bastante simples. Chama a atenção, em primeiro lugar, para o fato de que, tal e qual é entendida tradicionalmente pelo pensamento dogmático penal, como o valor de reconhecimento de um cidadão⁴²⁶, a honra é construída como um interesse que somente poderia ser lesionado por seu próprio titular, na medida em que o *status* moral e social de uma pessoa não é diminuído nem mitigado quando declarações pejorativas a seu respeito são feitas por terceiros⁴²⁷.

Em um cenário hipotético como este, em que um indivíduo profere declarações em prejuízo de outro, o valor (individual e real) que este possui não é afetado; sua imagem perante o direito e a sociedade não é alterada e a sua capacidade de participação ativa na vida social tampouco é diminuída: ocorre, quando muito, uma desavença privada entre ambos, a qual poderia – e deveria – ser mais bem solucionada por métodos alternativos de solução de conflitos⁴²⁸.

Nesse sentido, o autor sustenta que deve ser demonstrado algum interesse público na proteção da honra, ou seja, algum tipo de interesse ou valor promovido por ela, relevante a toda a comunidade, que justificasse a proibição criminal de condutas a ela ofensivas.

Jakobs, então, atenta-se para o fato de que, na vida comunitária, existem diversas instâncias de controle social informal, as quais, cotidianamente, promovem imputações de

⁴²⁴Independe, para os pontos a serem desenvolvidos no texto, se o afastamento da punição criminal decorre da atipicidade do fato, quando se reconhece a verdade das declarações, ou do reconhecimento de uma excludente de ilicitude, porque o relevante para a argumentação a ser desenvolvida é apenas e tão somente o fato de que o problema identificado e reprovado pela norma penal da calúnia é a existência de um *conteúdo mentiroso* no ato de imputar a alguma pessoa algum fato definido como crime.

⁴²⁵JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Traducción de Enrique Peñarada Ramos, Carlos J. Suárez Gonzáles y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997, p. 424.

⁴²⁶A ideia de honra normativa, conforme explicado no item 1.1.2., *supra*.

⁴²⁷JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Traducción de Enrique Peñarada Ramos, Carlos J. Suárez Gonzáles y Manuel Cancio Meliá. Idem. p. 427.

⁴²⁸JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Traducción de Enrique Peñarada Ramos, Carlos J. Suárez Gonzáles y Manuel Cancio Meliá. Idem. p. 431.

fatos e realidades aos indivíduos.

Essas instâncias de controle social informal, por sua vez, são essenciais para a promoção do reconhecimento social dos indivíduos: quando alguém possui, em sua história, diversas práticas ou características pessoais que justificam a imposição de sanções sociais deste tipo, é natural que sofra um processo de exclusão social e que, portanto, não possa desfrutar de uma participação efetiva na vida pública da comunidade política em que se vê inserido – ou que tenha uma participação menos significativa nela.

A comunicação social levada a efeito no seio dessas instâncias informais, por sua vez, é essencial para informar o público acerca dos comportamentos imputáveis que teriam sido praticados pelos cidadãos, o que terá repercussões diretas na atribuição de vantagens aos comportamentos meritórios e de repressões aos comportamentos desvirtuados⁴²⁹. Assim, esse controle social informal, através dos atos de comunicação que transmite, permite esclarecer se os deveres cívicos são respeitados ou não pelos cidadãos, de modo a se poder estimar qual a honra merecida que cada qual titulariza.

E é justamente por isso que, segundo o autor, o papel desempenhado pelos sistemas de controle social informal – papel de promoção do reconhecimento social dos cidadãos, frise-se – se vê significativamente afetado quando se tem a divulgação/imputação de informações *falsas* a respeito dos cidadãos⁴³⁰.

Identifica-se, assim, um interesse público em que as informações transmitidas no convívio entre os cidadãos sejam plenamente ajustadas à realidade, interesse este que constitui, por sua vez, justamente a razão principal autorizadora da tutela jurídica da honra⁴³¹, que deve ser compreendida não mais como um valor geral individual da pessoa humana, mas sim como *imputação meritória* realizada pelas instâncias de controle social informal.

Tem-se um cenário de ofensas à honra, portanto, quando se imputa a alguém um comportamento ruim *inexistente* ou quando se representa de forma exagerada e *irreal* uma situação de desonra⁴³² dessa pessoa. Nesses casos, a utilidade pública desempenhada pelas instâncias de controle social informal se vê, no mínimo, desvirtuada por conta da alteração da verdade dos fatos comunicados, implicando modificações ilegítimas no *status* de honra real dos cidadãos, a justificar a proteção penal de seus interesses.

⁴²⁹JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Idem. p. 432.

⁴³⁰JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Idem. p. 432.

⁴³¹JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Idem. p. 432.

⁴³²“Las injurias son el falseamiento de la imputación en contra una persona; honor es la imputación laudatária correspondiente a una persona” (JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Idem. p. 434).

A forma jakobesiana de lidar com a questão, entretanto, não se ocupa em defender uma premissa necessária a suas conclusões: aquela que sustentaria existir algo como um direito à veracidade das informações, capaz de afastar do âmbito de incidência do direito de liberdade de expressão aqueles atos expressivos substancialmente inverídicos.

A abordagem de Jakobs sobre o problema, mesmo que sem adentrar o ponto, termina por colocar em evidência a já conhecida pergunta de se o direito de liberdade discursiva impõe ou não um dever de não mentir ou de dizer a verdade⁴³³; desse modo, o foco da discussão a respeito da legitimidade de incriminações como o delito de calúnia do Código Penal brasileiro pode ser devidamente reconduzido ao desafio posto pela norma criminal em questão à garantia constitucional da liberdade de palavra.

Não se desconhece, contudo, que o dilema da (i)legalidade da disseminação de atos expressivos com conteúdo falacioso é um prato cheio de dificuldades e minúcias para qualquer enfrentamento jurídico da matéria.

Suscita, por exemplo, o entrave de se definir o que seria “verdade e falsidade, bem como os contextos nos quais se exige um especial cuidado com os critérios científicos de verdade”⁴³⁴ - assim, por exemplo, Ronaldo Porto Macedo Júnior chama a atenção para o fato de que a interpretação de fatos históricos pode gerar desacordos na comunidade de historiadores, ainda que não fosse sensato punir ou proscrever a publicação dessas interpretações discordantes, sob a alegação de que são inverídicas⁴³⁵.

De outro lado, faz ser relevante uma diferenciação entre as responsabilidades daquelas pessoas envolvidas na afirmação de *fatos* e aquelas outras envolvidas na afirmação de *opiniões*, posto que estas, mais caras ao direito de liberdade expressiva, merecem um grau mais intenso de proteção jurídica e constitucional⁴³⁶.

Ainda que significativas, todavia, essas dificuldades apresentam menor relevância

⁴³³MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “*Fake news*: liberdade de expressão ou dever de falar a verdade?”. Disponível em: dissenso.org/fake-news-liberdade-expressao-ou-dever-de-falar-verdade/ (acesso em 04/10/2018).

⁴³⁴MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “*Fake news*: liberdade de expressão ou dever de falar a verdade?”. Disponível em: dissenso.org/fake-news-liberdade-expressao-ou-dever-de-falar-verdade/ (acesso em 04/10/2018).

⁴³⁵MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “*Fake news*: liberdade de expressão ou dever de falar a verdade?”. Disponível em: dissenso.org/fake-news-liberdade-expressao-ou-dever-de-falar-verdade/ (acesso em 04/10/2018).

⁴³⁶MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “*Fake news*: liberdade de expressão ou dever de falar a verdade?”. Disponível em: dissenso.org/fake-news-liberdade-expressao-ou-dever-de-falar-verdade/ (acesso em 04/10/2018). A mesma ideia é confirmada, por exemplo, por Eric Barendt, segundo quem a divulgação de atos difamatórios sobre alguém que constituam falsas declarações de fato merece menor proteção do aquelas difamações feitas através da emissão de opiniões a respeito de outra pessoa (BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Idem. p. 204).

para o caso específico que se discute nesta dissertação.

Por um lado, a diferenciação entre fatos e opiniões não traz nenhuma contribuição para o debate, haja vista o fato de que o crime de calúnia é claro ao proscrever apenas a comunicação inverídica de *fatos* definidos como crime, exigindo para a sua consumação, conforme salienta pacificamente a doutrina nacional, que o ato de expressão reprovado faça a descrição, ainda que não pormenorizada, de uma ação concreta e objetiva que corresponda a algum tipo penal do sistema jurídico brasileiro, não sendo capaz de incidir sobre declarações de opinião a respeito da conduta de terceiros⁴³⁷.

Por outro, a questão a respeito da possibilidade de existirem ou não critérios aptos a auferirem a veracidade de fatos e declarações está logicamente condicionada à possibilidade de que se reconheça na mentira uma *razão suficiente* para se restringir o direito de liberdade de expressão dos cidadãos.

Com efeito, caso prevaleça uma interpretação desta garantia constitucional que afirme que a falsidade das declarações, por si só, não basta para justificar uma intervenção proibitiva do Estado, a dificuldade inicial perde o sentido de ser.

Dessa forma, é especificamente sobre esse ponto – a possibilidade de que a mera falsidade constitua uma justificativa convincente para se restringir discursos – que deverá se debruçar a presente dissertação.

Para tanto, é interessante chamar a atenção, inicialmente, para o fato de que uma constrição de atos de expressão calcada fundamentalmente na inveracidade da mensagem transmitida é, de forma autoevidente, uma restrição baseada no conteúdo (supostamente mentiroso) da declaração⁴³⁸.

Portanto, para se validar como constitucional alguma norma restritiva com essas características, é necessário ou que se defenda, com argumentos de princípio, que o tipo de discurso perseguido pela lei, ao não possuir alto valor perante o direito de liberdade de expressão, sequer faz parte de uma categoria de discurso protegida pela garantia constitucional, ou que se submeta a norma à avaliação pelo escrutínio rigoroso (*strict scrutiny*), procurando-se identificar não só que ela promove algum interesse governamental convincente (o que significa, ao fim e ao cabo, demonstrar que os interesses e valores

⁴³⁷Por isso, quando alguém chama outra pessoa de “ladrão”, “corrupto”, de forma genérica e não calcada na imputação de fatos concretos, tem-se a comissão do crime de injúria, não de calúnia.

⁴³⁸O que é, por sinal, pacificamente admitido não só pela literatura sobre o tema, mas também, como chamam a atenção diversos autores, pela própria jurisprudência constitucional norte-americana. Vide: BARNUM, Jeffery C. “Encouraging Congress to encourage speech: reflections on *United States v. Alvarez*”. In: *Albany Law Review*, n. 76, 2013, p. 528.

subjacentes à liberdade discursiva não são superiores, politico-moralmente falando, ao interesse que dá justificativa à constrição), mas também comprovar que a lei está desenhada de forma a favorecer exclusivamente esse mesmo interesse.

A ideia de que discursos mentirosos não possuem valor constitucional, entretanto, é passível de ser contestada.

Nesse sentido, muito embora a própria Suprema Corte dos Estados Unidos tenha, em *Gertz v. Robert Welch Inc.*, consignado que “inexiste valor constitucional nas falsas declarações de fato”⁴³⁹, a verdade é que nunca foi “adequadamente explicado o raciocínio por detrás desta trivial assertiva”⁴⁴⁰.

Tão inconclusiva foi a afirmação que, apesar dela, em muitas outras oportunidades, o mesmo órgão julgador terminou por exigir mais do que a simples falsidade das mensagens para atestar a constitucionalidade de certas medidas a elas restritivas – requisitando, além do conteúdo inverídico, que dois outros parâmetros fossem observados: a ciência da mentira e a causação de algum dano individualizado pelo ato de expressão⁴⁴¹.

Isso é assim porque, a bem da verdade, muitas são as razões que permitem conferir alguma espécie de valor constitucional mesmo às declarações falsas de fato; há significativos motivos para se justificar a necessidade de sua proteção, ao menos *prima facie*.

Há, por exemplo, a ideia milliana – a ser posteriormente explorada – de que a circulação de comunicações falsas possibilita o embate de ideias necessário para se confrontar e afirmar a verdade⁴⁴²; ou o argumento de que, ao se possibilitar que o governo restrinja determinados assuntos e mensagens por reputá-los inverídicos, estar-se-á concedendo ao poder político a faculdade de ser o controlador da veracidade de todas as informações que circulam na arena política, o que é um enorme risco ao princípio

⁴³⁹Vide: WOOD, Julia K. “Truth, lies, and stolen valor: a case for protecting false statements of fact under the first amendment”. In: *Duke Law Journal*, n. 61, 2011, p. 471.

⁴⁴⁰WOOD, Julia K. “Truth, lies, and stolen valor: a case for protecting false statements of fact under the first amendment”. Idem. p. 472.

⁴⁴¹WOOD, Julia K. “Truth, lies, and stolen valor: a case for protecting false statements of fact under the first amendment”. Idem. p. 481. A autora cita, por exemplo, casos como *New York Times Co. v. Sullivan*, no qual decidiu-se que a difamação de pessoas públicas apenas poderia ser indenizada em caso de declarações sabidamente falsas a seu respeito, ou que fossem feitas com significativa negligência a respeito da sua veracidade (caso que será mais estudado adiante); ou o caso *Time Inc. v. Hill*, no qual o mesmo padrão de exigência foi aplicado na hipótese de uma matéria da revista *Time* que aparentemente associava uma história à família do reclamante de forma pouco verídica, terminando por absolver o veículo de comunicação sob o argumento de que a liberdade de expressão impede a proibição de discursos apenas por serem mentirosos. Sobre outros casos similares, vide: WOOD, Julia K. “Truth, lies, and stolen valor: a case for protecting false statements of fact under the first amendment”. Idem. p. 482/ss.

⁴⁴²WOOD, Julia K. “Truth, lies, and stolen valor: a case for protecting false statements of fact under the first amendment”. Idem. p. 490.

democrático *per se*, ao autorizar um amplo controle governamental sobre os conteúdos postos em debate no espaço político público⁴⁴³.

A proteção das falsas declarações de fato, além disso, teria uma importância substantiva intrínseca, derivada dos direitos de privacidade e de autonomia. Se, por um lado, a perspectiva de punições com fundamento nessa racionalidade permitiria a intromissão do governo em assuntos muitas vezes privados (como muitas declarações que as pessoas fazem de si), por outro ela impediria que pessoas construíssem sua autoimagem em diversas situações, o que redundaria em indevidas ingerências do poder constituído⁴⁴⁴.

Sobretudo, a constrição de atos de expressão com fundamento na sua possível inverdade dá margem a condenáveis casos do chamado *chilling effect*, precipuamente por constituir um incentivo à autocensura dos cidadãos: pelo medo da repressão estatal, muitas pessoas podem querer deixar de dividir certas opiniões e informações com seus concidadãos, mesmo que achem que o conteúdo da mensagem que transmitiriam é verdadeiro, o que terminaria por restringir até mesmo aqueles atos de expressão dotados do maior e mais incontestável valor constitucional⁴⁴⁵.

As dificuldades em se distinguir o falso do verdadeiro, ademais, podem retornar aqui como um argumento pragmático que também identifica valor e importância nos atos de expressão deste tipo. Se pode não ser simples dizer o que é mentira ou não (uma omissão de dados, por exemplo, configuraria mentira?), corre-se o risco de se fazer incidir as sanções estatais sobre discursos que não são maculados pela inverdade, ou então que foram emitidos com a convicção, ainda que posteriormente revelada equivocada, de sua correção, o que dificilmente constituiria uma responsabilização justa do declarante.

Superada, por conseguinte, a ideia de que a mera falsidade do discurso faz dele isento das proteções do direito de liberdade de expressão, a alternativa restante seria submeter a norma incriminadora ao escrutínio rigoroso, notadamente refletindo-se a respeito dos interesses, discursivos e governamentais, postos em jogo.

É, nesse sentido, um certo lugar-comum na literatura pertinente ao assunto a ideia de que a causação de um dano a terceiros, em decorrência da comunicação de mensagem falaciosa, seria uma razão suficientemente convincente para justificar a restrição estatal de

⁴⁴³WOOD, Julia K. "Truth, lies, and stolen valor: a case for protecting false statements of fact under the first amendment". *Idem.* p. 491.

⁴⁴⁴WOOD, Julia K. "Truth, lies, and stolen valor: a case for protecting false statements of fact under the first amendment". *Idem.* p. 492/493.

⁴⁴⁵WOOD, Julia K. "Truth, lies, and stolen valor: a case for protecting false statements of fact under the first amendment". *Idem.* p. 493.

determinados atos de expressão⁴⁴⁶. A ideia é que a causação de algum prejuízo seria *conditio sine qua non* para a legítima restrição do direito de liberdade de expressão, nas hipóteses em que se é comunicada alguma informação falsa, porque, do contrário, todo e qualquer discurso poderia ser constricto pelo governo⁴⁴⁷.

Muitos autores, por sinal, reivindicam enfaticamente a tese de que mentiras que causam danos não só podem, como *devem* ser proibidas⁴⁴⁸ pelo sistema jurídico. Afirmam, nesse sentido, que, quando a transmissão de mensagens cujo conteúdo é falacioso produz alguma consequência negativa para terceiros, e essa consequência é especialmente grave⁴⁴⁹, sobriariam razões normativas aptas a não são possibilitar, mas também a exigir que a intervenção penal fosse mobilizada em desfavor daquele que realizou as declarações

⁴⁴⁶Diz-se, nessa toada, que é necessária a identificação de um dano cognoscível e decorrente da mentira para que se imponha alguma proibição jurídica da livre expressão (BARNUM, Jeffery C. “Encouraging Congress to encourage speech: reflections on *United States v. Alvarez*”. Idem. p. 532).

⁴⁴⁷BARNUM, Jeffery C. “Encouraging Congress to encourage speech: reflections on *United States v. Alvarez*”. Idem. pp. 536/537.

⁴⁴⁸Vide: BRYAN, Druzin H. & LI, Jessica. “The criminalization of lying: under what circumstances, if any, should lies be made criminal?”. In: *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 101, nº 2, 2011, pp. 529/573.

⁴⁴⁹Os critérios que determinariam quais mentiras são relevantes nesse sentido, entretanto, não são especificados pelos autores; não se pretende, agora, realizar uma crítica efusiva às teses que defendem a necessidade de se punir, até mesmo criminalmente, as mentiras, mas é importante ressaltar, desde já, que, mesmo aqueles que argumentam a favor do recurso ao direito para se coibir esse tipo de ato de expressão não o fazem de forma genérica e absoluta, mas restringem as hipóteses de intervenção legítima a um rol mais restrito de discursos mentirosos especialmente problemáticos. Isso é importante, porque nesta dissertação se discute as possibilidades de que seja feita uma proibição penal de uma modalidade bastante particular de ato expressivo dotado de conteúdo falso, qual seja, a imputação falsa de fato definido como crime a um terceiro, com a *intenção de atacar a sua reputação social*. Deve-se ressaltar, portanto, que as reflexões que serão elaboradas em sequência, neste e no próximo capítulo, não pretendem esgotar o tema, muito menos propor uma solução universal para o problema da enunciação de falsidades e mentiras num regime democrático constitucional; chama-se a atenção para isto, porque se reconhece a importância ímpar que esse assunto alcançou nos últimos tempos, dado o destaque que as chamadas *fake news* adquiriram atualmente, em especial em períodos eleitorais de países como os Estados Unidos, a França e, mais recentemente, o próprio Brasil. Estas, entretanto, revestem-se de algumas características especiais que permitem distingui-las do específico tipo de discurso que o crime de calúnia coibe, de forma que não serão objeto de estudo desta dissertação. Apenas a título argumentativo, embora seja difícil definir com clareza o que são *fake news*, em especial em casos limítrofes (como, por exemplo, quando manchetes jornalísticas são redigidas de forma enviesada, que não traduzem o conteúdo real da matéria, mas apelam a leitores desavisados com informações distorcidas), é certo que a sua principal relevância está relacionada com o uso que se faz do conteúdo mentiroso não para atingir a reputação de alguém, mas para manipular, deliberada e organizadamente, uma audiência qualquer, gerando vantagens econômicas ou políticas indevidas, o que já criaria distinções relevantes entre os dilemas que elas colocam para o sistema jurídico e aqueles suscitados pelos crimes contra a honra, objeto de estudo desta dissertação. Como não bastasse, as *fake news* encontram sua mais controversa dimensão quando sua forma de enunciação não é feita, como no crime de calúnia, por meio da “ação individualizada, circunscrita de comunicação de notícia falsa por um particular, mas [quando há] a montagem de uma estratégia de comunicação de massa de informações falsas com objetivos políticos violadores do princípio democrático” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “*Fake news*: liberdade de expressão ou dever de falar a verdade?”. Disponível em: dissenso.org/fake-news-liberdade-expressao-ou-dever-de-falar-verdade/ (acesso em 04/10/2018)), como, por exemplo, quando se utiliza de robôs eletrônicos para impulsionar e multiplicar o impacto da informação falsa, maximizando seus efeitos de enganação e ludibriamento da população – mais um aspecto que, de forma ainda mais intensa, afasta o debate em torno das *fake news* daquilo que se quer discutir neste trabalho.

mentirosas.

Há, todavia, nessa ideia, uma importante dimensão de teoria criminal subtendida, que deve ser levada em consideração para que se possa avaliar a pertinência da tese abstrata em comento.

Isso porque é reconhecido na literatura sobre o tema⁴⁵⁰ que a *causação de danos* é o principal motivo autorizador da intervenção penal⁴⁵¹, de modo que, ao menos aprioristicamente, haveria solidez e coerência na argumentação em questão: se o ato de expressão mentiroso causa dano, e a ocorrência de um dano é o que justifica a imposição de sanções penais, estaria autorizada a constrição, via direito criminal, dos discursos falsos que produzem esse tipo de prejuízo a terceiros.

Uma análise mais detida do tema, contudo, se faz necessária. Essa ideia de que a causação de danos é a razão por excelência para justificar o recurso ao direito penal na tentativa de coibir determinados atos dos indivíduos é traduzida na forma de um princípio moral já clássico, denominado de *harm principle* (princípio do dano), e que remonta, em suas origens, ao pensamento do filósofo político John Stuart Mill.

Em sua obra mais comentada, *On liberty*, Mill expressamente afirma que “o único propósito pelo qual o poder pode ser constantemente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade, contra a vontade deste, é o de prevenir danos para os outros membros”⁴⁵². Em apertada síntese, por tanto, o *harm principle* institui que normas penais só podem ser criadas e consideradas adequadas se incidirem sobre condutas capazes de causarem danos a terceiros, mas, assim enunciado, ainda resolve pouco do problema, porque não dá explicações mais precisas sobre *o que* pode ser considerado, efetivamente, um dano para fins penais.

⁴⁵⁰De fato, a causação de danos é apontado como o motivo autorizador das constrições penais, de forma bastante usual, nos países de tradição anglo-saxã, haja vista o fato de que, no Brasil, assim como na Europa continental, a teoria do bem jurídico é que costuma cumprir esse papel de forma mais destacada. Como, entretanto, aqui se orienta o debate com recurso à teoria política normativa, à teoria do direito dworkiana e às considerações sobre o direito de liberdade de expressão feitas pela Suprema Corte americana, todas elas linhas teóricas associadas também ao pensamento anglo-saxão, entende-se que o foco na causação de danos, em detrimento do bem jurídico (que, ademais, já foi criticado e problematizado no item 1.2.4., *supra*), está devidamente justificado. Ainda que assim não fosse, é importante dizer que a ideia de causação de danos coloca desafios maiores e mais nítidos ao direito de liberdade de discursos – já que, como visto, este é muitas vezes interpretado de modo a garantir até mesmo a proteção de atos de expressão que danificam terceiros –, de modo que o debate será mais profícuo se for estabelecido nestes termos.

⁴⁵¹Joel Feinberg, estudioso que elaborou um reconhecido trabalho sobre os limites morais do direito penal, é claro nesse sentido: “atos danosos constituem o objeto direto do direito penal” (FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Vol. 01. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 31 – tradução livre).

⁴⁵²MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. São Paulo: Editora Hedra, 2010, p. 49.

Nesse sentido, um desenvolvimento teórico do princípio se faz necessário, tarefa que foi cumprida pelo magistral trabalho do professor Joel Feinberg. Em uma coleção de quatro volumes, na qual analisa os limites morais do sistema criminal e, assim, institui os critérios que podem justificar o uso da sanção penal, um único volume – o primeiro – é integralmente dedicado ao aperfeiçoamento do *harm principle*⁴⁵³.

Ali, Feinberg inicia seu raciocínio procurando identificar um conceito de dano que se mostre apropriado à aplicação do *harm principle* no processo de criação de normas penais, e o faz chamando a atenção para o fato de que essa palavra (dano) tem, normalmente, três possíveis sentidos⁴⁵⁴.

Em primeiro lugar, a palavra dano pode ser utilizada para significar que toda e qualquer coisa pode ser “danificada”, o que ele entende ser um sentido derivado ou estendido do termo⁴⁵⁵. Dada a abrangência dessa ideia, entretanto, ele admite de início que apenas se refere a ela com o intuito de afastar sua utilização na teoria criminal, argumentando, contudo, ser importante mostrar os motivos desse afastamento.

Utiliza-se essa concepção da palavra dano, por exemplo, para se dizer que uma janela é danificada quando se atira uma pedra contra ela, ou que um jardim é danificado quando, por negligência, se deixa de cuidar das plantas. Trata-se de um sentido derivado, porque o que interessa não é propriamente o estrago causado a esses objetos, mas sim àquelas pessoas que, por alguma razão, têm algum interesse neles⁴⁵⁶.

A ideia de *interesse*, então, é o que dá margem à formulação do segundo significado da palavra dano: o dano, nesta acepção, é concebido como a frustração, o impedimento, ou

⁴⁵³Os outros três cuidam, respectivamente, de outros princípios morais que normalmente são utilizados para justificar a imposição de sanções criminais, quais sejam, o *offense principle* (princípio da ofensa), que admite ser possível proibir as condutas ofensivas que não causam danos; o princípio do *harm to self* (dano a si), ou seja, que legitima a punição de condutas que só causam danos àquele que a pratica; e o princípio que autoriza a repressão de condutas moralmente condenáveis. Esses dois últimos, por trazerem pouca contribuição ao tema da dissertação, não serão analisados no trabalho; o segundo, o *offense principle*, terá papel de destaque no item subsequente, quando se analisará os outros dois tipos penais que protegem a honra no direito penal brasileiro.

⁴⁵⁴“A palavra dano é tanto vaga quanto ambígua, de modo que, se pretendemos utilizar o *harm principle* de forma eficiente, nós devemos especificar com maior clareza como o dano (uma condição de dano) deve ser compreendido” (FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. pp. 31/32 – tradução livre).

⁴⁵⁵FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. p. 32.

⁴⁵⁶Sobre isso, diz claramente o autor: “Ao quebrarem janelas, os vândalos causam um dano direto aos interesses do dono da construção; eles danificaram as janelas apenas em um sentido derivado e estendido” (FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. p. 32 – tradução livre).

a anulação⁴⁵⁷ de um interesse⁴⁵⁸. O foco, portanto, passa a recair sobre o que significa este outro vocábulo.

Certamente, diz o autor, a noção de interesse não deve ser formulada de forma estrita, como se significasse apenas interesses financeiros ou a excitação causada pela atenção ou curiosidade sobre alguma coisa, os quais seriam seus sentidos mais comuns⁴⁵⁹. Para Feinberg, há uma concepção do termo interesse, utilizada no âmbito comercial e legal, que melhor apreende o seu significado relevante para o direito penal.

Neste contexto, diz-se que alguém tem um interesse em uma sociedade empresarial quando ele ou ela detém algumas de suas ações; isso porque, nesse caso, a pessoa passa a ter uma participação (*a stake*) na sociedade, de modo que, esta florescendo e gerando lucros, o indivíduo será beneficiado, da mesma forma que, tendo a companhia prejuízos, o cidadão será também prejudicado⁴⁶⁰.

Dito de outro modo, para Feinberg, ter uma participação (*a stake*) em algo significa, em linhas gerais, dizer que o indivíduo se beneficiará ou se prejudicará em decorrência do modo como esse algo é tratado por outros⁴⁶¹.

Os interesses de uma pessoa, pois, consistem em todas aquelas coisas e situações com relação às quais o indivíduo guarda uma relação análoga: à medida que se promove e se permite o florescimento desta coisa ou situação, também é promovido e floresce o bem-estar do indivíduo, e vice e versa⁴⁶².

⁴⁵⁷Essas ações não as únicas que Feinberg lista para apontar de que forma um interesse humano pode ser atacado, mas encontram-se dentre aquelas que ele indica como as mais apropriadas para se conseguir fazê-lo. Não se pretende, entretanto, dedicar-se atenção às diferenças de sentido de cada uma, nem mesmo indicar aquelas ações que Feinberg reputa como implausíveis na tarefa de traduzir o que constitui o ataque de um interesse. Entretanto, cumpre indicar aquilo que o autor entende ser o elemento comum às hipóteses reputadas apropriadas a esse objetivo: o ataque a um interesse ocorre sempre que se verifica, na situação concreta, um bloqueio de seu avanço, ou mesmo a imposição de um retrocesso nas condições que configuram esse interesse – o interesse deve, pois, ser pensado com base em um ponto de partida, a partir do qual se analisa seus avanços ou retrocessos, sendo relevantes para a aplicação do *harm principle* todas aquelas práticas que estimulam esse último tipo de consequência nos interesses humanos. Vide: FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. pp. 51/55.

⁴⁵⁸FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. p. 33.

⁴⁵⁹FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. p. 33.

⁴⁶⁰FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. pp. 33/34.

⁴⁶¹FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. p. 38.

⁴⁶²FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. p. 34. Como exemplos de interesses humanos relevantes, Feinberg lista, basicamente duas categorias: em primeiro lugar, os objetivos e metas pessoais que cada pessoa possui, como o desejo de ser bem-sucedido profissionalmente, de se construir uma família, de adquirir bens materiais almeçados, etc. – grupo a que dá o nome de interesses ulteriores (*ulterior interests*). Em segundo lugar, menciona aquele grupo de interesse que toda pessoa tem de possuir as condições mínimas para o seu bem-estar individual, como a proteção da vida, um mínimo de liberdade da coerção estatal, a estabilidade emocional, etc. – grupo a que chama de interesses de bem-estar (*welfare interests*) – estes sendo o principal objeto da proteção penal legítima, deve-se dizer (FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. p. 37).

Interesses desse tipo podem ser afetados pela ocorrência de fatalidades ou acidentes naturais, mas apenas são *anulados/impedidos* pela ação de outros seres humanos, ou de seu próprio titular; dessa forma, conclui-se que “apenas quando um interesse é frustrado pela ação do seu titular ou de terceiros é que se pode dizer que o possuidor foi danificado no sentido legal” do termo⁴⁶³.

O teste para se saber se ocorreu ou não essa violação, por sua vez, seria o de se avaliar se o referido interesse, após a prática da ação supostamente prejudicial, está em pior ou igual situação à que estava anteriormente⁴⁶⁴.

As pessoas, por exemplo, tem um interesse em possuir saúde e vigor físicos; se alguém, então, quebra uma das pernas de “A”, esse seu interesse em condições salutaras de vida é mitigado, uma vez que, após o ataque, ficou em uma condição regredida quando comparada àquela em que estava anteriormente (“A” tem uma perna a menos em boas condições de uso, sendo mais claro).

E mais: lesionado o membro e frustrado o seu interesse, “A” foi ele próprio prejudicado e levado a uma situação pior a que estava antes, daí a ideia de que sofreu, a princípio, um *dano*.

Ocorre que, para Feinberg, há um terceiro sentido dessa palavra (dano), fortemente relacionado com esse segundo, que mostra-se como o único verdadeiramente apropriado para se aplicar à teoria criminal e a uma compreensão plausível do *harm principle*.

Trata-se de um sentido normativo, posto que adiciona ao conceito de dano um novo componente, qual seja, a ideia de “agir injustamente” (*wronging*), ou melhor, de se comportar ou atuar de forma injusta ou desonesta com alguém: “dizer que A danificou B, neste sentido, é dizer o mesmo que A injustiçou (*has wronged*) B, ou o tratou injustamente”⁴⁶⁵.

De acordo com essa definição, portanto, não basta que uma ação mitigue um interesse para que haja um dano no sentido legalmente relevante, como na concepção anterior. É preciso que, além da violação em questão, se identifique uma especial reprovabilidade na conduta praticada⁴⁶⁶.

⁴⁶³FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. p. 34.

⁴⁶⁴FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. p. 34.

⁴⁶⁵FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. p. 34.

⁴⁶⁶Por isso se diz que a terceira concepção adota um conceito normativo de dano; ao adicionar o elemento da “ação injusta”, Feinberg faz a definição desta ideia depender de uma análise essencialmente valorativa, adicionada ao exame pragmático que exige a identificação da violação de um interesse. Como diz Edwin Baker, ao adicionar esse “fator normativo, Feinberg implicitamente rejeita a visão de que o critério do dano aponta para um questionamento relativamente factual, algo como um critério utilitarista baseado nas noções de

De fato, há inúmeras situações em que lesões aos interesses alheios são causadas, mas não podem ser consideradas como “ações injustas” (*wrongs*) nessa acepção mais estrita. Ninguém, por exemplo, defenderia a tese de que os prejuízos financeiros causados a uma empresa em decorrência da livre concorrência com outras companhias configuraria um dano passível de ser reprovado criminalmente, embora certamente constitua uma forma de mitigação dos interesses da sociedade empresarial prejudicada⁴⁶⁷.

Dessa forma, impõe-se o reconhecimento de que nem toda conduta que causa um dano pode ser transformada em crime, apenas e tão somente por infligir interesses alheios. Os danos considerados pelo *harm principle* são apenas aqueles que lesionam interesses em relação aos quais se pode apontar razões normativas para que o direito penal intervenha⁴⁶⁸.

Feinberg conclui, então, afirmando que “o sentido do termo ‘dano’ no *harm principle* deve representar uma sobreposição das definições dois e três: apenas ataques a interesses que são ‘ações injustas’ (*wrongs*), e ‘ações injustas’ (*wrongs*) que configuram ataques a interesses, é que podem contar como dano no sentido apropriado”⁴⁶⁹.

Pois bem. A ideia de interesse já foi explicada anteriormente⁴⁷⁰, mas pouco se disse sobre o que seria esse segundo elemento do conceito de dano, qual seja, a noção de “ação injusta” (*wrong*). Feinberg descortina a questão, destacando os dois componentes que dela fazem parte.

Assim, anota que “uma pessoa age injustamente com relação a outra (*a person wrongs another*) quando [...] a conduta de A é moralmente indefensável; e o interesse violado de B é um interesse que ele tem o *direito* de ver respeitado”⁴⁷¹.

A noção de que a conduta deve ser moralmente indefensável é, contudo, bastante simples. Significa, em linhas gerais, que ela não pode ser nem desculpável, nem justificável⁴⁷².

Uma conduta é desculpável, por sua vez, quando, embora se reconheça que ela foi problemática ou mesmo equivocada, não se quer assumir a sua responsabilidade, porque se argumenta ser injusto considerá-la como uma *ação* do agente. São casos em que, por

prazer/sofrimento” (BAKER, Edwin. “Harm, liberty, and free speech”. In: *California Law Review*, vol.70, n. 979, 1997, p. 993).

⁴⁶⁷STEWART, Hamish. “The limits of the harm principle”. In: *Criminal Law and Philosophy*, n. 4, 2010, p. 19.

⁴⁶⁸STEWART, Hamish. “The limits of the harm principle”. Idem. p. 19.

⁴⁶⁹FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. p. 36.

⁴⁷⁰Algo em que a pessoa tem uma participação (*a stake*), de modo que, sendo esse algo promovido a pessoa se beneficia, sendo ele mitigado, a pessoa se prejudica.

⁴⁷¹FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. pp. 107/108 – g.o.

⁴⁷²Embora os termos empregados pelo autor se refiram ao vocabulário jurídico do sistema norte-americano, as ideias por detrás deles são absolutamente similares a outras existentes no direito brasileiro, de modo que a explicação não fica prejudicada, como se demonstrará em seguida.

exemplo, o sujeito ativo atuou em erro, com ignorância a respeito do que fazia, ou que era uma criança sem maturidade para assumir as consequências, etc.⁴⁷³ – em linhas gerais, portanto, o mesmo que a alegação de ausência de culpabilidade, no direito penal brasileiro.

De outro lado, justificadas são aquelas condutas em face das quais, embora se assuma a responsabilidade por sua comissão, se argumenta que a sua prática foi correta ou mesmo necessária, ou, no mínimo, que era permitido realizá-la, como nas hipóteses de atuação em legítima defesa ou estado de necessidade⁴⁷⁴ – casos, portanto, de exclusão da ilicitude, no direito penal nacional.

Ausentes essas duas condições – e apenas quando ausentes – é que se pode dizer que a ação praticada foi moralmente indefensável, podendo ser, então, elevada ao patamar de uma “ação injusta” (*a wrong*).

Para tanto, contudo, é necessário que o segundo componente também se faça presente: a vítima deve *ter o direito* de não ter seus interesses violados por outras pessoas⁴⁷⁵, é dizer, deve *poder reivindicar* que esse interesse seja respeitado.

Pense-se, por exemplo, no caso de uma mãe que tem um forte interesse no desenvolvimento moral e intelectual apropriados de seu filho; essa mãe pode sofrer com a frustração deste interesse de diversas formas: se seu filho é sequestrado e morto, por exemplo, mas também se no seu amadurecimento pessoal a criança decidir gostar mais, e querer se dedicar com maior afinco, ao aperfeiçoamento de suas capacidades esportivas, e não acadêmicas.

Entretanto, apenas em um desses cenários seria possível falar-se na possibilidade de uma intervenção penal legítima – algo bastante intuitivo, até. No caso da criança que, ao crescer, escolhe transformar-se em um esportista, a mãe não teria nenhuma base, nenhum argumento razoável, para reivindicar a proteção legal de seu interesse, motivo pelo qual as escolhas do filho não constituiriam uma “ação injusta” no sentido relevante ao *harm principle*⁴⁷⁶.

Mas como se pode identificar que interesses seriam esses, passíveis de reivindicação por parte de seus titulares?

⁴⁷³FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. p. 108.

⁴⁷⁴FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. p. 108.

⁴⁷⁵“Essa reformulação do *harm principle* nos leva a lugar nenhum, entretanto, até que tenhamos uma noção de quais interesses a pessoa tem *um direito* a serem respeitados” (FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. p. 109 – g.o.).

⁴⁷⁶O exemplo, por sinal, é mencionado pelo próprio Feinberg: FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. p. 62.

As reflexões de Feinberg, entretanto, não parecem convincentes neste ponto. Isso porque, a bem da verdade, quando define a ideia de “ação injusta” (*a wrong*) como a violação de interesses os quais as pessoas podem reivindicar, o que ele está querendo dizer é que tal requisito se cumpre quando há violações dos *direitos* dos cidadãos⁴⁷⁷.

Mas Feinberg não consegue explicar satisfatoriamente o que, precisamente, seriam esses direitos (ou seja, de que forma se poderia identificá-los).

Ele rejeita, de forma apropriada, a ideia de que seriam violações dos *direitos legais* (positivos) dos indivíduos, porque, do contrário, a sua conceituação de “ação injusta” seria circular: “ela trataria o comportamento como injusto (*wrongful*), porque ele seria proibido pelo direito e o faria passível de proibição legal, porque seria injusto (*wrongful*)”⁴⁷⁸.

Mas se a lei posta não pode ser invocada para solucionar o problema, a única alternativa restante seria recorrer a alguma teoria ética ou moral abrangente⁴⁷⁹ que especificasse direitos individuais universais capazes de preencher a lacuna deixada por seu conceito de “ação injusta” (*wrong*). Isso, entretanto, seria contraditório com pluralismo razoável que deve imperar nas democracias constitucionais⁴⁸⁰, de modo que tampouco é uma explicação plausível do que poderia contar como violação de direitos para fins de aplicação do *harm principle* em seara criminal.

Feinberg, então, identifica a “ação injusta” (*a wrong*) com “qualquer invasão indefensável dos interesses alheios”⁴⁸¹, mas tal saída não consegue livrar sua delimitação do conceito de graves problemas. Primeiro, porque ela torna muito abrangente a definição.

Segundo, porque restaria a dificuldade em se dizer o que seria uma invasão *indesejável*, que pode ser resumida em dois aspectos diferentes: (i) se se entende que a invasão dos interesses alheios normalmente traz consequências boas e ruins, alguém que atribuísse muito valor às primeiras poderia facilmente apontar qualquer invasão de interesses como defensável, deixando o critério muito limitado⁴⁸²; (ii) se por indefensável se quer fazer referência apenas àquelas situações em que mais malefícios do que benefícios são produzidos pela invasão, a conceituação de “ação injusta” adota caminhos utilitaristas que padecem de todos os vícios que essa teoria moral normalmente suporta, além de parecer

⁴⁷⁷Conforme indicado na nota de rodapé n.º 362, *supra*, direitos são razões especiais que protegem interesses e valores passíveis de serem reivindicados por seus titulares.

⁴⁷⁸BAKER, Edwin. “Harm, liberty, and free speech”. Idem. p. 994.

⁴⁷⁹BAKER, Edwin. “Harm, liberty, and free speech”. Idem. p. 994.

⁴⁸⁰Vide nota de rodapé n.º 409, *supra*.

⁴⁸¹FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. p. 112.

⁴⁸²BAKER, Edwin. “Harm, liberty, and free speech”. Idem. p. 994.

contraditória com as próprias intuições morais defendidas pelo autor em sua obra⁴⁸³.

Desse modo, seria preciso encontrar alguma alternativa que permitisse a continuidade do raciocínio. A penalista alemã Tatjana Hörnle, cuja linha de pesquisa é dedicada precipuamente à teoria criminal e, em grande medida, às discussões sobre os limites da criminalização legítima, com uma abordagem bastante próxima à teoria política normativa, formulou uma interessante possibilidade.

Ela ressalta, inicialmente, ter certas preocupações com relação à ideia de “ação injusta” (*a wrong*) como o critério capaz de delimitar satisfatoriamente os debates sobre a apropriada criminalização de condutas. Segundo ela, esse termo pode assumir distintas concepções, ora significando, por exemplo, uma “ação injusta” do ponto de vista moral (*morally wrongful*), ora se referindo a “ação injusta” do ponto de vista jurídico ou político (*legal-political sense*)⁴⁸⁴.

Entende ser necessário, portanto, deixar claro o sentido específico que se quer conferir a essa ideia dentro de uma teoria apropriada para se avaliar a legitimidade de normas penais.

Tatjana Hörnle, então, argumenta que a conceituação de “ação injusta” (*wrongfulness*, ou *a wrong*) “pode também ser desenvolvida no contexto da filosofia política, ou da teoria do Estado”⁴⁸⁵, é dizer, dentro de parâmetros teóricos de uma teoria da justiça que, condizentes com o pluralismo razoável, consigam especificar esferas de liberdade concedidas aos indivíduos frente ao poder constituído que não podem ser invadidas por seus concidadãos ou pelo governo⁴⁸⁶.

Diz, ainda, que as noções correlatas a esses deveres de não-intervenção “podem ser chamadas de *direitos protetivos*, e que a sua violação constitui uma ‘ação injusta’ (*a wrong*)”⁴⁸⁷.

⁴⁸³BAKER, Edwin. “Harm, liberty, and free speech”. Idem. p. 994.

⁴⁸⁴HÖRNLE, Tatjana. “Theories of criminalization”. In: *Criminal Law and Philosophy*, vol. 10, n.º 02, 2016, p. 303. Não que com ela, com essa assertiva, negue totalmente o papel da moralidade na elaboração de juízos de censura penal; na verdade, ela é bastante clara ao apontar que o termo *wrongful* (um sinônimo de *a wrong*) pode se relacionar julgamentos morais sobre as condutas humanas que são transferidos ao direito penal, já que a sanção criminal é entendida por seus destinatários e pelo público em geral como uma forma de censura moral, de modo que os princípios legais de avaliação [das normas penais] devem ser consistentes com julgamentos morais gerais (tese da necessidade). Entretanto, afirma que essa relação não deve ser estabelecida de modo a se tomar os julgamentos morais particulares como ponto de partida para as criminalizações; estas devem, apenas, ser compatíveis com juízos morais em geral, como uma forma de se impor limites à incriminação de certas condutas. Vide: HÖRNLE, Tatjana. “Theories of criminalization”. Idem pp. 303/304.

⁴⁸⁵HÖRNLE, Tatjana. “Theories of criminalization”. Idem p. 304.

⁴⁸⁶HÖRNLE, Tatjana. “Theories of criminalization”. Idem p. 304.

⁴⁸⁷HÖRNLE, Tatjana. “Theories of criminalization”. Idem p. 304 – g.n. Nesse sentido, é importante notar que o recurso à filosofia política como fonte argumentativa que possibilita a identificação dos direitos protetivos

Dito de outro modo, a autora argumenta que a ideia de “ação injusta” (*a wrong*) remete àquelas ações que violam os direitos dos indivíduos – não os seus direitos positivados pelo sistema jurídico, mas sim aqueles direitos “que devem ser justificados na arena da filosofia política, antes que sejam instituídos na forma de direitos positivos”⁴⁸⁸.

Isso dito, se percebe que o recurso aos juízos de moralidade política, tal e qual defendido pela metodologia interpretativa de Ronald Dworkin, teriam, de fato, o importante papel de fornecer os argumentos substantivos a favor ou contra a identificação de quais são os direitos protetivos que estão em jogo em um processo de criminalização de condutas.

Mais especificamente, esses juízos contarão para a formulação de argumentos capazes de identificar se há ou não uma especial reprovabilidade na prática de certas ações que frustram interesses humanos (posto que violam protetivos dos cidadãos), capaz, por sua vez, de configurar a causação de um dano (no sentido relevante ao *harm principle*) a alguém, de modo que se justifique a criação de uma dada norma penal.

dos cidadãos, diferentemente do recurso a uma teoria moral qualquer, é conciliável com a ideia de pluralismo razoável, justamente porque concepções razoáveis de justiça política assumem como pressuposto a ideia de que doutrinas abrangentes do bem divergentes devem conviver no espaço político público, não servindo como fundamento para a identificação das hipóteses em que a coerção coletiva poderá ser utilizada legitimamente. Isso ficará mais claro, contudo, no capítulo final desta dissertação, quando se pretender desenvolver a melhor interpretação do direito de liberdade de expressão que se entende possível construir. Por ora, bastam essas reflexões para se indicar porque a crítica feita a Feinberg, no sentido de que a sua definição da ideia de “violação de direitos” é insatisfatória, seja porque circular, seja porque referenciada a específicas teorias morais acerca do que é a vida boa, não se aplica apropriadamente ao raciocínio de Tatjana Hörnle. De fato, quando a autora fala que os direitos protetivos dos cidadãos decorrem dos “espaços de liberdade” conferidos aos cidadãos frente ao poder político, a melhor forma de se assimilar o que ela quer dizer é entendendo que esses espaços não são identificados a partir de alguma concepção moral do bem, mas sim da forma como se entende que as relações sociais entre cidadãos e poder político devem ser constituídas e compreendidas em um sistema democrático de governo, o que garante uma fundamentação dos direitos protetivos dos indivíduos de forma coerente com o ideal do pluralismo razoável.

⁴⁸⁸HÖRNLE, Tatjana. “Theories of criminalization”. Idem p. 304. É importante, contudo, fazer uma ressalva. Tatjana Hörnle, na verdade, quer propor uma teoria da criminalização alternativa ao *harm principle*: para ela, o foco dessas discussões deve deixar de ser direcionado à identificação da causação de danos, para se centrar na simples violação de direitos protetivos. Entretanto, ela própria reconhece que, no mais das vezes, como a identificação desses direitos protetivos depende de justificações, os argumentos a serem levantados nessa empreitada coincidirão integralmente com aqueles que permeariam as reflexões em torno de uma teoria da criminalização centrada na ideia de dano, de modo que as abordagens seriam, na verdade, correspondentes em muitas oportunidades – a autora, contudo, não especifica claramente em que hipóteses a abordagem centrada exclusivamente nos direitos seria mais vantajosa. O erro, entretanto, está simplesmente na tentativa de se fazer com que essas abordagens sejam consideradas como teorias distintas, quando são mais bem compreendidas como abordagens *complementares*. Isso porque a formulação do *harm principle*, como visto, preocupa-se com o reconhecimento daquelas situações em que há causação de danos a terceiros, posto que os seus interesses são mitigados, mas não em qualquer hipótese; apenas quando a frustração ocorre através de uma conduta que *também viola direitos* é que se justifica a criação de uma norma penal – a dificuldade dos defensores dessa abordagem, entretanto, reside em definir que direitos seriam esses. A teoria de Hörnle, nesse sentido, é uma forma de se complementar o *harm principle*, superando-se essa dificuldade com base na lógica dos direitos protetivos, mas não exige, necessariamente, que a perspectiva do dano seja totalmente abandonada. Até porque, como ela mesmo afirma, “direitos são importantes *porque* eles protegem recursos que as pessoas precisam para efetivar os seus planos de vida, quaisquer que sejam eles” – é dizer, porque eles protegem os interesses das pessoas que os titularizam (HÖRNLE, Tatjana. “Theories of criminalization”. Idem p. 305 – g.o.).

Quando se transfere esse raciocínio ao problema colocado nesta subseção, entretanto, chega-se ao dilema central que deverá orientar a discussão proposta. Isso porque a possibilidade de se criminalizar atos de expressão que causam danos a partir do seu conteúdo falso não depende apenas da constatação de uma violação de interesses por meio de uma “ação injusta” (*a wrong*), que fira direitos protetivos identificados no âmbito da filosofia política.

Depende, também, de que a proclamação desses discursos mentirosos não possa, ela mesma, ser identificada com o exercício de um desses mesmos direitos protetivos dos cidadãos⁴⁸⁹ – é dizer, o direito de liberdade de expressão⁴⁹⁰.

Com efeito, não pode constituir uma mitigação de direitos (mesmo que no sentido filosófico-político mencionado) condenável pelo sistema jurídico-criminal o uso legítimo das prerrogativas e faculdades que outro direito fundamental, reconhecido pela teoria da justiça utilizada como guia do processo interpretativo, confere aos cidadãos de uma democracia constitucional⁴⁹¹.

Por isso é que a reflexão acerca da possibilidade de que o conteúdo inverídico de determinadas imputações de fatos definidos como crime, feitas em prejuízo de alguém, constitua uma justificativa apropriada à legitimação do crime de calúnia somente poderá ser feita a partir da elaboração de uma interpretação convincente do direito de liberdade dos

⁴⁸⁹Essa é, por sinal, a crítica que Edwin Baker faz aos argumentos que pretendem justificar a restrição de discursos com fundamento na ideia da causação de danos; para ele, em geral as pessoas assumem uma concepção errada do que pode fazer um determinado ato de expressão ser considerado uma “ação injusta” (*a wrong*), apto, portanto, a produzir um dano. Embora seu argumento caminhe por trilhas bastantes diferentes, notadamente porque ele associa à identificação de “ações injustas” (*wrong*), no que diz respeito aos discursos, uma exigência de se contrariar a autonomia individual dos cidadãos (o que já se criticou neste trabalho), e não a de se violar os direitos protetivos de alguém, a estrutura do seu raciocínio é o mesmo e indica que, na maioria das hipóteses em que as pessoas dizem haver um dano em decorrência da comunicação de certos atos expressivos, o que está ocorrendo, na verdade, é o usufruto das esferas de proteção legítimas deste direito constitucional, ainda que consequências negativas decorram da emissão dos referidos comunicados. Vide: BAKER, Edwin. “Harm, liberty, and free speech”. Idem. pp. 1007 e ss.

⁴⁹⁰Por isso é que James Weinstein afirma que as perguntas feitas em torno dos problemas suscitados pelo direito de liberdade de expressão foram *equivocadamente elaboradas* em muitas situações do passado, quando se preocupava em se questionar apenas se os interesses governamentais prejudicados pelos discursos constritos deveriam ou não ser assegurados por meio da norma restritiva, sendo que o mais correto seria perguntar-se, antes de qualquer coisa, se o cidadão que engaja em um determinado ato de expressão tem ou não o direito de assim se manifestar em uma sociedade democrática. Vide: WEINSTEIN, James. “Extreme speech, public order, and democracy: lessons from *The Masses*”. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (Eds.). *Extreme Speech and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 25.

⁴⁹¹O exemplo da mãe e de seu filho que deseja ser esportista, citado anteriormente, é um exemplo claro disto; naquela hipótese, até mesmo Feinberg reconhece que a frustração do interesse da mãe, de que seu filho se ocupe prioritariamente de questões intelectuais e acadêmicas, não é relevante para o direito, justa e precisamente porque aquilo que impediria o florescimento deste interesse materno seria apenas o exercício legítimo das liberdades de escolha do filho (é dizer, do seu direito protetivo de autodeterminação). Vide: FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. p. 62.

discursos, justamente a empreitada que será desenvolvida no capítulo final desta dissertação.

Não importa, nesse sentido, que a divulgação de falsas informações tenha o condão de mitigar interesses das pessoas, como o interesse que elas possuem em sua boa reputação social. Se essa divulgação for autorizada por um direito protetivo titularizado pelo agente comunicador da mentira, nestas circunstâncias, sua conduta não poderá ser classificada como uma “ação injusta” (*a wrong*) e nenhuma espécie de dano penalmente relevante será identificada para autorizar a sua repressão penal.

A pergunta que se coloca, por conseguinte, é: o direito de liberdade de expressão, corretamente interpretado, garante a proteção daqueles discursos que imputam falsamente fatos definidos como crime a terceiros, mesmo que sejam eles capazes de atacar a reputação de alguém?

É nesse preciso sentido, por sinal, que se diz que a especificação do conteúdo normativo associado ao conceito de honra dependerá de uma interpretação do direito de liberdade de expressão, conforme indicado no capítulo introdutório desta dissertação.

Antes, entretanto, de iniciar essa tarefa, é necessário, de forma análoga ao que foi feito agora, voltar os olhos aos outros dois tipos penais que punem as condutas ofensivas à honra dos cidadãos e aos desafios que ambos suscitam ao direito de liberdade de expressão.

2.3.2. Os crimes de difamação (art. 139, CP) e injúria (art. 140, CP) e o problema dos discursos que causam ofensas:

Embora sejam cometidos por ações bastante distintas (a *imputação* de um fato a alguém e a simples *causação* de um insulto à dignidade ou decoro), os crimes de difamação e injúria guardam entre si uma importante correlação⁴⁹²: ambos intentam reprimir atos de expressão que, ao fim e ao cabo, teriam o condão de *ofender indivíduos* em função do conteúdo da mensagem transmitida⁴⁹³.

⁴⁹²Importante, aqui, ressaltar, como no item predecessor, que a questão que se coloca agora não é o *como* os crimes em questão restringem atos de expressão, mas *o que* eles reprovam em determinadas modalidades destas condutas. Por isso, ainda que a calúnia e a difamação assemelhem-se mais no modo através do qual são cometidas, o elemento reprovado por esta última figura delitiva é mais similar àquele subjacente ao crime de injúria, por isso a abordagem conjunta desses dois tipos penais. E, de fato, quando se recrimina a imputação de fato ofensivo a alguém (art. 139, CP), sem qualquer exigência de que haja falsidade na declaração, o único aspecto negativo que se pode identificar no ato de expressão objeto da constrição é o fato de que aquilo que foi imputado à suposta vítima pode constranger e ofender a imagem do cidadão frente aos seus pares (aspecto no qual diferencia-se da injúria, em que a ofensa relevante é aquela sentida exclusivamente pelo destinatário dos insultos).

⁴⁹³Em função disso, tem-se que, aqui, também se está diante de restrições baseadas no conteúdo, de modo que as mesmas reflexões realizadas no início do item anterior da dissertação se aplicariam à hipótese em apreço

Com efeito, a ofensividade da declaração é um elemento constitutivo dos delitos em comento, que está presente no tipo legal de ambas as figuras criminosas.

Na difamação, diz-se consumado o crime quando há a imputação de fato *ofensivo* à reputação, conquanto na injúria tem-se configurado o delito pelo próprio ato de se *ofender alguém*, por quaisquer meios expressivos que se possa imaginar⁴⁹⁴.

Ainda que seja fácil observar esses dados (a leitura da lei criminal, por si só, já permite chegar a essas conclusões), não é tão simples identificar aquilo que pode constituir uma declaração com conteúdo ofensivo passível de ser subsumida a essas duas incriminações. Esse deve ser, portanto, o primeiro esclarecimento a ser feito.

Isso porque a jurisprudência constitucional norte-americana desenvolveu uma famosa categoria de atos de expressão com relação aos quais o direito de liberdade de palavra não assegura proteções constitucionais rígidas, e que aproxima-se significativamente do tipo de discurso coibido pelos crimes de injúria e difamação, sendo, portanto, importante diferenciá-los.

Trata-se da doutrina das chamadas *fighting words*, cuja formulação ocorreu no conhecido caso *Chaplinsky v. New Hampshire*, apreciado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no ano de 1942.

Na oportunidade, um integrante da religião dos Testemunhas de Jeová foi repreendido, e posteriormente conduzido à delegacia, pela polícia da cidade de New Hampshire, sob o argumento de que a pregação religiosa que estava a realizar ali tumultuou excessivamente a região; inconformado com a atitude dos policiais, em um momento de

nesta seção. Em resumo, por tratarem-se de restrições de atos de expressão com base no teor do discurso proferido, a sua validação como forma legítima de limitação do direito de liberdade de expressão somente poderá ser alcançada se, a uma, for argumentado que esta modalidade de declaração está excluída, aprioristicamente, do âmbito de incidência da norma protetiva da garantia constitucional que garante a liberdade de palavra, dado seu baixo valor constitucional, ou, a duas, se for aplicado o escrutínio rigoroso (*strict scrutiny*) e identificado um interesse governamental convincente que justifique a restrição, assim como constatado que a norma proibitiva limita-se a promoção deste mesmo interesse. A primeira hipótese, contudo, não parece convincente. Isso porque, muito embora se possa dizer que expressões insultuosas endossam muito pouco os interesses deliberativos ínsitos ao direito de liberdade de expressão, o mesmo não se pode dizer com relação aos interesses expressivos que, como se viu, também lastreiam essa garantia constitucional. De fato, muitos modos de vida razoáveis que são perseguidos por inúmeras pessoas pressupõem a necessidade de que declarações incisivas sejam feitas, muitas das quais podem soar insultuosas e humilhantes para vários cidadãos, para reprimi-las apressadamente pode implicar uma negação desse próprio modo de vida, o que traz problemas sérios para o direito de liberdade de expressão e, de certa forma, para o próprio direito de dignidade humana. Há, portanto, interesses subjacentes até mesmo às declarações insultuosas, os quais podem, então, atribuir valor constitucional a esse tipo de ato de expressão. Vide: SIMESTER, A. P. & HIRSCH, Andrew von. “Rethinking the offense principle”. In: *Legal Theory*, n.º 08, 2002, p. 294. Dessa forma, resta a alternativa do escrutínio rigoroso (*strict scrutiny*) – mas, para se aplicá-la, é necessário saber *o que* há de problemático nas expressões ofensivas.

⁴⁹⁴Para uma análise dos tipos penais em questão, vide item 1.1.3., *supra*.

exaltação, o cidadão proferiu ofensas a uma autoridade local, chamando-o de “fascista” e outras coisas mais, motivo pelo qual terminou efetivamente preso, pela suposta violação de uma lei que proibia declarações ofensivas deste tipo.

A condenação do indivíduo foi, então, confirmada pela Suprema Corte, que argumentou que nenhuma palavra em específico foi proibida, exceto aquelas que tinham alguma potencialidade de causar atos de violência subseqüentes.

A decisão, por conseguinte, lastreou-se no raciocínio de que seria um convincente interesse estatal, apto a justificar a limitação do direito de liberdade de expressão, a preocupação em se assegurar a paz pública e a ordem social, coibindo-se o uso de palavras que instigassem o seu destinatário a reagir agressivamente⁴⁹⁵.

Entretanto, da forma como foi enunciada naquela oportunidade, a doutrina das *fighting words* levantou sérias dificuldades para a interpretação da garantia constitucional dos discursos livres.

Isso porque, na redação da regra criada pelos julgadores para se identificar as situações em que as chamadas *fighting words* se fazem presentes, adicionou-se alguns termos que geraram grande confusão a respeito do seu real âmbito de incidência⁴⁹⁶ – é dizer, uma dificuldade em se especificar que tipos de ato de expressão podem ser enquadrados nessa categoria excluída das proteções da Primeira Emenda à Constituição norte-americana. Diz o enunciado da regra: constituem *fighting words* aquelas palavras que, por sua própria emissão, *infligem danos* ou tendem a causar uma imediata quebra da paz pública.

A ideia destacada, de que atos de expressão que causam danos configuram *fighting words*, foi formulada de forma extremamente ampla, de modo que dá margem à interpretação de que danos emocionais decorrentes da emissão de algum discurso justificariam a incidência da doutrina⁴⁹⁷, legitimando-se, naturalmente, a sua constrição.

Ora, se danos emocionais bastam para a identificação de *fighting words*, qualquer ofensa, qualquer insulto autorizaria o afastamento da proteção constitucional ao direito de liberdade de expressão, de tal forma que estariam convalidados pelo sistema constitucional

⁴⁹⁵GARD, Stephen W. “Fighting words as free speech”. In: *Washington University Law Review*, vol. 58, n.º 3, 1980, p. 533.

⁴⁹⁶GARD, Stephen W. “Fighting words as free speech”. Idem. pp. 533/534.

⁴⁹⁷Stephen Gard afirma que a formulação da regra dá margem a, pelo menos, duas interpretações distintas: (i) são *fighting words* as palavras que se aproximam a meras agressões verbais e que infligem angústia nos destinatários; ou (ii) qualquer valor social que pudessem ter as palavras consideradas como *fighting words*, ele será legitimamente superado em função da injúria física e da violência que causam os atos expressivos passíveis de serem enquadrados na categoria. No caso da primeira, por conseguinte, crimes como a injúria e a difamação estariam possivelmente autorizados pelo sistema jurídico. Vide: GARD, Stephen W. “Fighting words as free speech”. Idem. p. 534.

os crimes de injúria e difamação.

Ocorre, todavia, que a jurisprudência subsequente da Suprema Corte americana desautorizou essas interpretações mais expansivas da doutrina⁴⁹⁸, limitando sua incidência a um determinado grupo de palavras que, por exigir a identificação de alguns *elementos específicos* nos discursos que poderão ser constrictos, se distinguem daquelas modalidades de conduta que se subsumem aos crimes de injúria e difamação, tal e qual estão previstos na legislação penal brasileira.

Com efeito, o aprimoramento da doutrina fez com que ela somente pudesse ser aplicada naquelas hipóteses em que se façam presentes⁴⁹⁹: (i) uma especial intencionalidade do discurso; (ii) o recurso a palavras e insultos extremamente provocativos; (iii) a capacidade de essas palavras estimularem a imediata violência por parte dos seus destinatários; (iv) a manifestação deve ser feita cara a cara; e, ainda, (v) deve ser dirigida a uma só pessoa, e não a um grupo⁵⁰⁰.

Os elementos (i), (iv) e (v), entretanto, não são aqueles que permitem traçar a diferenciação que ora interessa a esta dissertação. De fato, os crimes de injúria e difamação são delitos dolosos, que exigem para a sua configuração a presença de uma especial intenção (ou aceitação do risco) de se causar danos à reputação ou imagem de outrem, assim como são crimes que podem ocorrer através de declarações feitas cara a cara⁵⁰¹, sempre em prejuízo de um único indivíduo bem determinado.

O ponto de afastamento entre cada uma dessas situações é, portanto, aquele identificado pelos elementos restantes, quais sejam, os de número (ii) e (iii) – elementos que, como se verá, são intimamente conectados.

Veja-se que, para a Suprema Corte americana, não são quaisquer palavras ofensivas

⁴⁹⁸Tanto é assim que o *único* caso, em toda história constitucional americana, em que a doutrina foi aplicada para se validar alguma lei restritiva dos discursos foi, justamente, o caso *Chaplinsky v. New Hampshire*, aquele no qual, como dito, ela foi criada – do que decorre que sua aplicação subsequente foi extremamente limitada e restrita. Vide: GARD, Stephen W. “Fighting words as free speech”. Idem. p. 564.

⁴⁹⁹Por isso, Joel Feinberg afirma que a doutrina das *fighting words* é uma doutrina constitucional que se aplica apenas a casos específicos, é dizer, a atos de expressão emitidos por certas pessoas, em certas circunstâncias especiais, com certos conteúdos específicos, etc. Vide: FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Vol. 2. Oxford: Oxford University Press, 1985, p. 231.

⁵⁰⁰GARD, Stephen W. “Fighting words as free speech”. Idem. p. 536.

⁵⁰¹Diz-se, aqui, que *podem* ser consumados por ofensas cara a cara, porque também o podem ser quando o ato de expressão é praticado de outro modo, como, por exemplo, através de uma postagem nas redes sociais que ofenda alguém, ou através da transmissão de um bilhete insultuoso para aquele que se deseja injuriar. Como, entretanto, a hipótese requerida pela doutrina das *fighting words* de que a comunicação seja feita pessoalmente não contribui em nada para afastar a possibilidade de incidência desses tipos penais, ainda que estes sejam mais amplos, não interessa analisar esse específico elemento, dada sua incapacidade de estabelecer uma distinção entre os tipos de discurso que são restritos por cada uma dessas regras limitadoras do direito de liberdade de expressão.

e injuriosas que podem se inserir na categoria de *fighting words*; é preciso que sejam elas especialmente provocativas, ou seja, capazes de incomodar tão intensamente os seus receptores que atuem como um verdadeiro estímulo à sua reação exagerada e violenta⁵⁰².

Somado a isso, o ponto central da distinção ora elaborada é, justamente, essa exigência de um elemento de violência na hipótese de constrição. Não basta, dessa forma, que o epíteto proferido seja especialmente abusivo, devendo ele, também, ser enunciado de tal modo que cause um *impulso irresistível* à reação violenta dos destinatários ofendidos⁵⁰³.

Não basta, portanto, o conteúdo fortemente insultuoso ou agressivo, mas também devem ser identificadas circunstâncias em que uma reação violenta pode ser tomada como provável⁵⁰⁴, sendo certo, portanto, que o juízo de reprovabilidade que se faz às *fighting words* não tem que ver com a ofensividade que elas carregam, mas sim com o fato de serem esses atos de expressão uma espécie de promoção da violência, algo legitimamente condenável por parte do poder estatal.

Joel Feinberg, nesse sentido, afirma que as *fighting words* seriam “enunciados performativos que, tal qual as declarações formais de guerra, automaticamente trazem à existência um estado de violenta hostilidade entre duas pessoas”⁵⁰⁵ – algo análogo, por conseguinte, aos primeiros empurrões que precedem uma briga⁵⁰⁶.

Entretanto, esse elemento da violência está completamente ausente dos tipos penais da injúria e da difamação. Para a consumação destes crimes, não é isso que conta como razão relevante – na verdade, nenhum prejuízo à tipificação desses delitos decorre do fato de que o fato ofensivo imputado, ou as ofensas à dignidade e ao decoro proferidas, foram enunciados em uma situação de completa paz e harmonia social.

Dessa forma, a apriorística afirmação de que atos de expressão ofensivos se inserem

⁵⁰²Trata-se, portanto, de uma especial limitação do conteúdo que pode configurar *fighting words*, algo inexistente com relação aos crimes de injúria e difamação. Vide: GARD, Stephen W. “Fighting words as free speech”. Idem. p. 540.

⁵⁰³GARD, Stephen W. “Fighting words as free speech”. Idem. p. 549.

⁵⁰⁴GARD, Stephen W. “Fighting words as free speech”. Idem. p. 553.

⁵⁰⁵FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Idem. p. 234.

⁵⁰⁶Pense-se, como exemplo ilustrativo do que seriam *fighting words*, na seguinte situação: dois torcedores de torcidas organizadas rivais encontram-se, depois de um jogo de futebol, em um bar; ali, o apoiador do time vencedor começa a provocar o derrotado chamando-o de “perdedor”, “freguês” ou outros insultos similares. Dado o contexto de grande animosidades, e de prováveis ânimos exaltados, haveria muita possibilidade de que houvesse uma reação violenta por parte do provocado. Nesse caso, sendo possível identificar as palavras utilizadas pelo primeiro torcedor como *fighting words*, seria legítimo que um policial, presente na situação, interviesse no caso, reprimindo suas declarações e comportamento. Parece, todavia, que é absolutamente dispensável a aplicação do crime de injúria na hipótese; no caso de adquirir significativa gravidade, a situação poderia muito bem ser resolvida com a incidência do instituto da participação, na modalidade de instigação, na prática de um delito de lesões corporais, por exemplo, fato que de forma mais apropriada reprovava o elemento de violência presente na situação.

na categoria de baixo valor constitucional, denominada *fighting words*, é equivocada e não consegue prosperar. Um reconhecimento da constitucionalidade dos crimes dos artigos 139 e 140, ambos do Código Penal brasileiro, com fundamento nessa racionalidade das *fighting words*, portanto, é incorreto, devendo-se, então, procurar se identificar se existem *outras razões* aptas a justificarem a legitimidade dessas incriminações.

O que, então, poderia constituir o real elemento de reprovabilidade daqueles atos de expressão que se subsumem aos tipos penais da injúria e difamação – discursos que, como visto, caracterizam-se por sua *ofensividade*? Dito de modo mais claro, há algo de reprovável na atitude de se ofender outrem, de tal forma que se poderia justificar a imposição de uma sanção criminal?

Joel Feinberg responde essa pergunta de forma afirmativa. Chama a atenção para o fato de que, no pensamento político-moral liberal, apesar de ser o *harm principle* o critério mais relevante para a identificação de condutas passíveis de repressão criminal, há outro princípio limitador das liberdades dos cidadãos que, de igual forma, autorizaria o recurso ao sistema penal na tentativa de se coibir a prática de determinada classe de condutas⁵⁰⁷.

Trata-se do chamado *offense principle*, que determina, basicamente, que é sempre uma boa razão para se criminalizar condutas a justificativa de que isso será um meio efetivo de *se prevenir ofensas sérias às pessoas*, quando este é, provavelmente, o jeito menos problemático de se alcançar esse fim⁵⁰⁸.

A ideia subjacente a esse princípio, por sua vez, é aquela que entende que a causação de certos sentimentos negativos nas pessoas, como a irritação, o medo, o desgosto, a vergonha ou a humilhação, não configuraria propriamente um dano, já que nenhum interesse humano seria violado nesses casos⁵⁰⁹, de modo que não se poderia justificar a criminalização dessas condutas com fundamento no *harm principle*⁵¹⁰, muito embora seja possível identificar razões outras que poderiam atingir esse objetivo⁵¹¹.

⁵⁰⁷ Isso apesar de reconhecer que existe uma corrente liberal mais radical que, diferentemente de sua teoria acerca dos limites morais do direito criminal, reduz ao *harm principle* e à sua aplicação os critérios capazes de estabelecerem criticamente a legitimidade de normas penais. Vide: FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Idem. pp. 01 e ss.

⁵⁰⁸ FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Idem. p. 01.

⁵⁰⁹ Nesse sentido, Feinberg afirma que ofensas em geral vêm e vão, é dizer, são sentidas por um tempo por aqueles que são os seus destinatários, mas depois passam e deixam o indivíduo no mesmo estado em que ele se encontrava anteriormente. Sem haver o prejuízo de seu *status*, é dizer, sem que seus recursos estejam em uma situação pior do que aquela em que estavam antes de a ofensa se consumir, não há que se falar, aqui, na causação de um dano, dada a inexistência de frustrações de interesses humanos relevantes. Sobre essa diferenciação, vide: FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Idem. pp. 45/51; e SIMESTER, A. P. & HIRSCH, Andrew von. “Rethinking the offense principle”. Idem. pp. 280 e ss.

⁵¹⁰ FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Idem. p. 01.

⁵¹¹ Tanto que, se for olhada a história das criminalizações existentes até mesmo nas sociedades liberais do

Quais seriam, então, essas razões?

O argumento central do autor aponta como justificativa autorizadora de constringões, até mesmo penais, das condutas ofensivas, justa e simplesmente, o fato de que, embora não causem danos, elas são capazes de produzir *situações desconfortantes* em seus destinatários, como os maus sentimentos supracitados. Isso, nas palavras de Feinberg, constituiria certamente um mal (*a evil*), apto a ser evitado por meio da regulação do direito⁵¹².

A construção do argumento é simples. Feinberg narra uma situação hipotética na qual um cidadão está presente dentro de um ônibus, onde diversas modalidades de condutas são praticadas pelos passageiros. Feinberg classifica essas condutas em algumas categorias e identifica, assim, o que há de problemático nelas.

São as principais categorias em questão: (i) as ofensas chamadas de naturais⁵¹³, que geram desconfortos nas pessoas por razões elementares, como as ofensas aos sentidos dos cidadãos⁵¹⁴; (ii) as ofensas às sensibilidades morais “de segunda ordem”, ou seja, sentimentos morais menos fortes e apelativos⁵¹⁵; (iii) as ofensas às sensibilidades morais, religiosas e patrióticas, reputadas como de “primeira ordem”, por apelarem de forma mais intensa aos sentimentos dos cidadãos⁵¹⁶; (iv) as ofensas que, dado seu conteúdo sexual, estimulam a vergonha, o constrangimento ou a ansiedade nas vítimas⁵¹⁷; e, por fim, (v) os insultos e zombarias, que atacam os sentimentos de mais difícil controle das pessoas, como a raiva ou a humilhação.

Em todas elas, nota o autor, são impostas condições desagradáveis aos seus receptores⁵¹⁸ – importunações e incômodos que, quando muito extremos e impossíveis de serem evitados, devem ser vistos como algo ruim (*a evil*) e, desse modo, legitimamente

ocidente, condutas ofensivas sempre foram mais frequentemente objeto de constringões penais, muitas vezes mais rígidas até, do que aquelas condutas causadoras de danos. Vide: FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Idem. p. 05.

⁵¹²FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Idem. p. 14.

⁵¹³FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Idem. p. 16.

⁵¹⁴É o caso, por exemplo, de alguém que ouve música alta no ônibus, ou que veste uma roupa muito feia e agressiva aos gostos de alguém. Vide: FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Idem. pp./10/11.

⁵¹⁵O caso, por exemplo, de quem come em público alimentos considerados pouco agradáveis, como insetos e afins, ou que praticam atos que geram repulsa e nojo de forma mais intensas, como vomitar em público. Vide: FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Idem. p. 11.

⁵¹⁶Como, por exemplo, a prática de profanar certos símbolos religiosos, ou que denigrem bandeiras e símbolos nacionais, etc. Vide: FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Idem. pp. 11/12.

⁵¹⁷A hipótese de um casal, hétero ou homossexual, que troca carícias excessivas em público, ou de quem se exhibe sem roupas em espaços abertos à circulação de todos. Vide: FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Idem. p. 12.

⁵¹⁸Muitas normas jurídicas, por sinal, parecem ter sido editadas, em diversos países, justamente com fulcro nessa racionalidade. Como exemplos, temos as leis que procuram controlar o nível de som tolerável em áreas residenciais em determinados horários, as leis que proíbem o exibicionismo público, dentre outras.

controláveis por normas legais emanadas pelo Estado⁵¹⁹.

Feinberg chama essas práticas causadoras de sentimentos ruins de *ofensas*, e afirma que esta é uma palavra que pode incorporar dois sentidos diferentes: (i) um sentido amplo, se referindo genericamente a todo tipo de mau sentimento experienciado pelas pessoas, por qualquer razão que seja; e (ii) um sentido estrito, *normativo*, que vê as ofensas apenas ali onde elas são decorrência de uma “ação injusta” (*a wrong*) do agente⁵²⁰.

O autor, então, argumenta que nem todo tipo de ofensa pode ser apropriada para embasar a criação de normas penais; a vida em comunidade pressupõe a ocorrência de situações de desconforto e estresse emocional, de tal forma que não são todas elas que autorizariam o recurso à força do poder constituído como forma de solucionar as desavenças.

Dito de outro modo, o simples incômodo, produzido de qualquer forma, não é motivo suficiente para a intervenção jurídica: Feinberg quer criar um *offense principle* restrito⁵²¹, que evite a preocupação do direito com situações que são parte inerente da convivência social, por isso defende a tese de que apenas a segunda concepção da palavra ofensa é apropriada à interpretação do *offense principle*, fazendo dele um princípio mais comedido e preciso⁵²², ao inserir em seu enunciado um elemento normativo relevante (a ideia de “ação injusta”, frise-se).

Para que uma ofensa seja, portanto, um apropriado objeto de repressão penal, é necessário que ela seja normativamente avaliada como uma transgressão do correto, o que implica, todavia, apenas a necessidade de que a conduta ofensiva não possa ser justificada ou exculpada⁵²³, ou seja, que tenha sido cometida de forma *não defensável*⁵²⁴.

Só há ofensa juridicamente relevante, pois, ali onde a pessoa tem a faculdade de reclamar, frente aos agentes da conduta praticada, sobre a forma inapropriada com que foi tratada por eles⁵²⁵.

⁵¹⁹FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Idem. p. 05.

⁵²⁰Feinberg não fala expressamente na ideia de direitos protetivos, que, como visto, foram introduzidas no debate pelo pensamento de outra autora. Entretanto, como essa foi a mais plausível interpretação que se conseguiu dar ao conceito de “ação injusta” (*a wrong*), é a que se adota neste momento. Vide: FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Idem. p. 02.

⁵²¹Ele é claro sobre isso ao dizer que “deverá defender uma altamente restritiva versão do *offense principle* neste capítulo” da sua obra (FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Idem. p. 02).

⁵²²FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Idem. p. 26.

⁵²³FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Idem. p. 02.

⁵²⁴Feinberg, neste momento, e de forma surpreendente, não associa à ideia de “ação injusta” (*a wrong*) a exigência de violação de direitos, o que constituirá motivo para se criticar a sua concepção do *offense principle*, como adiante se demonstrará. Para ele, a reprovabilidade da conduta ofensiva não está na invasão dos direitos das pessoas, mas no afronte às suas sensibilidades pessoais.

⁵²⁵FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Idem. p. 25.

A identificação das hipóteses que podem constituir esse caso especial de ofensividade depende, ainda, do reconhecimento e aplicação de algumas máximas e princípios mediadores, que cumprem a tarefa de reduzir mais intensamente o âmbito interventivo do direito com relação às condutas ofensivas.

Essas máximas e esses princípios constituem, dessa forma, outras exigências normativas que Feinberg introduz no *offense principle*, com o intuito de torná-lo ainda mais rigoroso e menos propenso à criminalização de bagatelas.

A mediação, então, deve ser feita pela ponderação das circunstâncias e interesses em jogo naquelas hipóteses de restrição cuja legitimidade se quer avaliar. Dois critérios guiam a reflexão em questão: a seriedade da ofensa e a razoabilidade da conduta ofensiva⁵²⁶.

Relativamente ao primeiro deles, deve-se levar em conta: (i) a extensão da ofensa causada, medida pela sua intensidade, pelo número de pessoas atingidas e por sua duração; (ii) o padrão de razoável evitabilidade da ofensa, atestado pela facilidade com que o ofendido poderia se esquivar do problema; e (iii) o padrão *Violenti*, atestado pela possibilidade de que a vítima tenha assumido o risco de ser ofendida por sua conduta⁵²⁷.

No caso da razoabilidade, são os elementos a serem analisados: (i) a importância que a conduta ofensiva tem para o agente e para a sociedade, é dizer, o seu valor individual ou social; (ii) a existência de outros meios e lugares para que a conduta fosse praticada de modo que fosse, ainda, menos ofensiva; e (iii) a extensão com a qual a ofensa é motivada por razões fúteis⁵²⁸.

Feitas as análises de todos esses parâmetros, as conclusões obtidas em cada qual devem ser contrapostas, em um exercício de ponderação e balanceamento entre elas, a fim de que se possa averiguar se a seriedade da ofensa é tal que supera a razoabilidade da conduta praticada⁵²⁹.

Resolvido o balanceamento a favor da seriedade da ofensa perpetrada, autoriza-se a intervenção constrictiva em seu detrimento, também via direito criminal – isso, deve-se destacar, sempre norteado pelo entendimento de que a causação de estados desconfortáveis de especial intensidade nos indivíduos vitimados, como a estimulação de maus sentimentos

⁵²⁶A razoabilidade da ofensa, é dizer, o fato de que se possa afirmar que apenas ofensas razoáveis, cuja a maioria das pessoas ou o homem médio poderiam de fato sentir, seriam puníveis é rejeitado pelo autor como critério mediador da aplicação do *offense principle*. Isso porque, argumenta Feinberg, incluir esse princípio mediador seria conferir ao Estado o poder de decidir o que pode ou não contar como ofensivo, mitigando a sua imparcialidade e a ideia do pluralismo razoável, pelo que se está de pleno acordo com o autor. Vide: FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Idem. pp. 36/37.

⁵²⁷FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Idem. p. 26.

⁵²⁸FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Idem. p. 26.

⁵²⁹FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Idem. pp. 44/45.

neles, constitui uma justificativa moral plausível para se reprovar e punir essas condutas, limitando-se a liberdade dos cidadãos em praticá-las.

Ocorre, todavia, que inúmeras críticas são feitas à interpretação que Feinberg confere ao *offense principle*. Em síntese, argumenta-se que a sua formulação do princípio em questão é incapaz de assegurar que as proibições sejam limitadas àquilo que o direito pode razoavelmente coibir, dando margem à criação de espaços de ingerência estatal indevida.

A principal razão para se endereçar esse ataque à teoria feinberguiana, por sua vez, diz respeito ao fundamento moral associado ao *offense principle* pelo autor: o incômodo e o desconforto gerados pela ofensa, ou seja, a ideia de afronte às sensibilidades das pessoas. Mas por quê?

Pois bem. De início, seria interessante notar que é muito controversa – assim como frágil – a ideia de que a mera causação de maus sentimentos nos cidadãos é razão suficiente para se justificar a ação repressora do Estado, ainda mais por meio do direito penal.

Uma simples consulta à literatura criminal mais influente no Brasil, por exemplo, já permite ter-se noção do quão problemática é essa tese: para os defensores da teoria do bem jurídico, um dos grandes benefícios que ela proporciona ao penalista é precisamente o de excluir, de antemão, do âmbito da regulação legítima do sistema punitivo estatal, aquelas práticas e condutas reputadas como “meramente imorais” ou afrontosas aos sentimentos das vítimas⁵³⁰ – justamente um tipo de ação que parece poder ser legitimamente reprovado (ao menos em alguns casos) pela incidência do *offense principle* feinberguiano.

Essa abordagem tradicional da dogmática penal ao lidar com o tema, entretanto, tampouco é satisfatória. Isso porque, embora indique que a necessidade de proteção dos sentimentos das pessoas não é razão suficiente para a criação de normas penais, o argumento é pouco explorado do ponto de vista teórico e não discrimina as justificativas normativas mais precisas que, ao fundo e ao cabo, desautorizam a promulgação de leis criminais deste tipo.

Uma análise mais detalhada do assunto, portanto, se faz necessária.

Com isso em mente, deve-se chamar a atenção para o fato de que o problema central

⁵³⁰HÖRNLE, Tatjana. “La protección de sentimientos en el StGB”. Traducción de Beatriz Spínola Tártalo. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.) *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. Isso sob o simples argumento de que meros sentimentos ou imoralidades não constituem bens jurídicos passíveis de tutela por meio do direito penal, ou seja, que meros sentimentos ou imoralidades não são elementos aptos a corresponderem à definição que se dá ao bem jurídico-penal e que, portanto, não passam no teste negativo de legitimidade das normas criminais especificado (e criticado) no item 1.2.4., *supra*, desta dissertação.

da aproximação feinberguiana ao *offense principle* decorre daquilo que alguns autores reputam ser uma construção excessivamente psicologizante do princípio em comento⁵³¹.

Ao fazer a ofensividade de uma determinada conduta (e assim a sua reprovabilidade) depender essencialmente da ocorrência de afrontas à sensibilidade alheia⁵³², ou seja, da causação de maus sentimentos em terceiros, o âmbito de incidência do princípio legitimador das constrições penais tornar-se-ia excessivamente largo⁵³³, podendo ser utilizado para autorizar a proibição de práticas que, de outro modo, dificilmente seriam consideradas relevantes do ponto de vista penal.

Veja-se que a ofensividade de uma determinada conduta (entendida como afrontas à sensibilidade, frise-se) não decorre da ontologia desta mesma conduta. É difícil, senão impossível⁵³⁴, identificar práticas que sejam *naturalmente ofensivas* neste sentido, porque a causação de sentimentos negativos nos cidadãos depende da forma como eles recebem e processam as informações que lhes são direcionadas – o que depende, por sua vez, das crenças e dos valores, sociais e individuais, que informam a vida de cada um deles.

No Brasil, por exemplo, não é ofensivo que uma mulher ande nas ruas usando uma saia curta, deixando expostas suas pernas a todos os transeuntes (algo que, em países outros, especialmente os de tradição islâmica, é reputado como severamente inapropriado e ofensivo). Não é bem recebida, entretanto, uma exposição pública de partes íntimas, embora em algumas praias e localidades específicas o nudismo seja considerado como uma prática altamente natural⁵³⁵.

No caso dos insultos, realidade mais próxima do tipo de ofensividade reprovada pelas

⁵³¹Assim se manifesta, por exemplo, Tatjana Hörnle, ao dizer que a maior fraqueza da teoria de Feinberg é justamente sua orientação estritamente psicológica a respeito da ofensividade das condutas. Vide: HÖRNLE, Tatjana. “Offensive behaviour and German Penal Law”. In: *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, nº 01, 2001, p. 261.

⁵³²Fala-se, ainda, na causação de “experiências psicológicas desagradáveis”, como em: SIMESTER, A. P. & HIRSCH, Andrew von. “Rethinking the offense principle”. Idem. p. 270.

⁵³³Vide: HÖRNLE, Tatjana. “Offensive behaviour and German Penal Law”. Idem. p. 262; e, ainda: SIMESTER, A. P. & HIRSCH, Andrew von. “Rethinking the offense principle”. Idem. 273.

⁵³⁴Aqui, o debate assumiria, naturalmente, os mesmos contornos que possui a farta discussão que circunda as possibilidades de objetividade nos campos da moral e da política, o que passa longe de ser o objetivo do presente trabalho. De todo modo, ainda que se conclua existirem condutas em si ofensivas, como muitos autores o fazem, isso não seria suficiente para defender a teoria feinberguiana, a uma porque sua formulação do *offense principle*, embora tente, não consegue ser direcionada apenas à condenação de práticas assim definidas, e, a duas, porque em sociedades multiculturais como a brasileira, em que diversos planos e modelos de vida, orientados por diversos valores morais e religiosos, convivem diariamente, é ainda mais complicada a tarefa de se distinguir o que é inerentemente ofensivo do que não o é, o que terminaria por não superar as dificuldades de aplicação do princípio que, ademais, frequentemente poderia ser utilizado para coibir práticas legítimas dos cidadãos. Vide: BORROW, Robin. “On the duty of not taking offence”. In: *Journal of moral education*, v. 34, nº. 03, set./2005, p. 270.

⁵³⁵Os exemplos constam de: SIMESTER, A. P. & HIRSCH, Andrew von. “Rethinking the offense principle”. Idem. p. 277.

normas penais da injúria e da difamação, a situação é análoga. Uma pessoa somente se sentirá insultada por outra se, ao processar a mensagem supostamente insultuosa transmitida por esta, concluir que o conteúdo comunicado fere os seus valores e crenças mais íntimos a ponto de lhe significar algo pejorativo, a reclamar algum tipo de retaliação (formal ou não)⁵³⁶.

Chamar alguém de “burro” só ganha uma conotação negativa se, na sociedade em que foi proferida a ofensa e para o indivíduo “ofendido”, o conhecimento e a instrução das pessoas forem bens valorizados social e individualmente, assim como a ofensividade presente no ato de se acusar alguém da prática de adultério também é condicionada ao fato de que relações extraconjugais não sejam normalizadas na comunidade política em questão.

Se o centro focal do *offense principle*, portanto, recair sobre os afrontes aos sentimentos das pessoas supostamente vitimadas, tal qual propõe Feinberg, e se esses afrontes só puderem ser consumados a depender do filtro axiológico que cada indivíduo possui, então a identificação das condutas ofensivas que poderão ser justificadamente reprovadas pelo sistema jurídico, em especial pelo criminal, estará condicionada a considerações excessivamente subjetivas e contingenciais⁵³⁷, trazendo uma grave dificuldade à legitimação dessas incriminações.

Isso porque, a bem da verdade, se o que conta para a causação de uma ofensa reprovável é o simples fato de que a pessoa *se sentiu ofendida* (no sentido de sentir-se afrontada em suas emoções e pensamentos) pela atitude ou expressão de outra, toda e qualquer prática poderá ser objetável e condenável sob o argumento de sua ofensividade, já que muito frequentemente os comportamentos de uns soarão mal para outros num sentido aproximado ao do *offense principle* de Feinberg⁵³⁸, tornando o sistema punitivo estatal integralmente refém das sensibilidades de terceiros⁵³⁹ e, portanto, um tanto quanto arbitrário⁵⁴⁰.

⁵³⁶ARCHARD, David. “Insults, Free Speech and Offensiveness”. In: *Journal of Applied Philosophy*, vol. 31, nº 2, 2014, p. 132.

⁵³⁷Nesse sentido, é interessante notar que as sociedades democráticas ocidentais passam, hoje, por um processo de intensa rejeição das incivildades e comportamentos ofensivos, em que a prática de muita coisa é reputada como ofensiva por muita gente, o que cria um empecilho ainda maior para a legitimação de normas penais com fundamento na racionalidade feinberguiana – ao menos se se quiser manter viva a preocupação em se fazer do direito penal a *ultima ratio* interventiva do Estado, é dizer, aquela forma de ingerência que apenas atua nos casos mais graves de mitigação dos valores e interesses mais importantes da comunidade política. Vide: SIMESTER, A. P. & HIRSCH, Andrew von. “Rethinking the offense principle”. Idem. p. 272.

⁵³⁸BORROW, Robin. “On the duty of not taking offence”. Idem. p. 270.

⁵³⁹ARCHARD, David. “Insults, Free Speech and Offensiveness”. Idem. p. 134.

⁵⁴⁰O argumento de que contariam como ofensivas apenas aquelas condutas que ferissem a sensibilidade do homem médio, é dizer, do cidadão padrão de determinada sociedade, não resolve o problema, mas o intensifica, porque tornaria legítimas apenas aquelas incriminações que coibissem as práticas ofensivas à maioria moral da

Pouco importa, no fim, que se exija que as ofensas sejam perpetradas por meio de “ações injustas” (*wrongs*), já que não justificadas ou exculpadas – o sentido especificado no *offense principle*, ressalte-se⁵⁴¹ –, e que se observem as máximas mediadoras elencadas por Feinberg, porque o filtro inicial para se indicar o que pode contar como ofensa é excessivamente falho e permissivo, o que condena toda a plausibilidade do uso do princípio moral em questão como critério avaliador da legitimidade da imposição de sanções criminais a certos tipos de conduta.

Pode-se contrapor a essa crítica o argumento de que, ao fim e ao cabo, somente as *ofensas razoáveis* seriam passíveis de sofrer alguma constrição jurídica, sendo uma ofensa razoável aquela que ocorre quando: (i) uma pessoa razoável que nutre a crença ofendida se sentir de fato ofendida; (ii) as crenças que valoram a conduta como ofensiva forem elas próprias razoáveis; e (iii) a ofensa for praticada de uma maneira que, ao menos em parte, contribui para a sua ofensividade⁵⁴².

Essa é, todavia, uma argumentação inapropriada. Inapropriada porque, além de somente poder ser formulada de modo a conceder ao Estado a faculdade de determinar quando uma ofensa é ou não razoável, dando margem a mitigações de sua imparcialidade e de seu respeito ao pluralismo razoável das sociedades democráticas⁵⁴³, o que ela termina por fazer é evidenciar ainda mais o ponto nevrálgico da crítica que é feita à teoria feinberguiana do *offense principle*.

De fato, uma ofensa (no sentido feinberguiano) não deixará de ser sentida por alguém apenas porque ela não seria razoavelmente tomada também por outras pessoas; dito de outro modo, ela não deixará de produzir maus sentimentos em determinado cidadão apenas e tão somente porque outros tantos, se estivessem em situação análoga, não sofreriam com essas consequências negativas da prática ofensiva.

Ainda assim, é plenamente possível que a criminalização dessas condutas não seja recomendável, haja vista a existência de razões normativas depondo contra a sua regulação pelo âmbito criminal, o que deixa claro que o que há de problemático com o comportamento em questão não é tanto as consequências psíquicas que ele gera, mas sim alguma outra

referida comunidade política, não infirmando a possibilidade de que bagatelas (por serem relevantes aos olhos dessa mesma maioria moral) fossem criminalizadas, e adicionando o problema de se impedir a constrição de determinadas atitudes que, embora não ofendam o homem médio, possam ter repercussões muito negativas para parcelas minoritárias da população. Vide: HÖRNLE, Tatjana. “Offensive behaviour and German Penal Law”. Idem. p. 262.

⁵⁴¹Vide nota de rodapé n.º 523, *supra*, e o texto que a acompanha.

⁵⁴²ARCHARD, David. “Insults, Free Speech and Offensiveness”. Idem. p. 135.

⁵⁴³Vide nota de rodapé n.º 409, *supra*.

característica das ofensas que deve ser, então, identificada.

Em suma, o foco nos efeitos psicológicos da prática retira as atenções daquilo que é moralmente reprovável nela⁵⁴⁴, quando é justamente neste ponto que deveria se concentrar a discussão acerca da legitimidade da proibição de condutas ofensivas por meio do direito (em especial do direito penal)⁵⁴⁵.

Dito de outro modo, importa compreender *porque* as condutas ofensivas são capazes de gerar maus sentimentos nas pessoas, pois é justamente nessa dimensão do problema que se poderá identificar os argumentos que pesam a favor ou contra a criação de certas restrições penais⁵⁴⁶.

Isso fica claro quando se analisa como funciona o julgamento moral ordinário dos indivíduos. Quando, por exemplo, uma pessoa diz-se ofendida pela roupa que outra está vestindo, não basta a primeira dizer que não gosta do vestuário escolhido pela segunda. Para que se possa compreender verdadeiramente de onde vem o seu sentimento de ofensa, é necessário que ela aponte as *razões* que fazem-na reprovar as roupas usadas pela outra⁵⁴⁷.

Dessa forma, insere-se um elemento normativo mais forte na formulação do *offense principle*: não basta dizer que a ofensa é uma “ação injusta” (*a wrong*), porque causa afrontas à sensibilidade alheia de forma não justificada; há que se dizer que a ofensa é uma “ação injusta” (*a wrong*), porque, tal e qual no caso da causação de danos, ela revela-se como uma

⁵⁴⁴Importante argumento levantado para afirmar a credibilidade desta constatação é aquele oferecido por Simester e von Hirsch, segundo quem o direito penal trabalha com um importante elemento de *censura* na imposição de suas sanções, é dizer, com a ideia de que algo *errado* foi feito e que merece ser *retaliado* de alguma forma pelo poder estatal (condutas ofensivas, é dizer, que causam ofensas a terceiros, assumidamente não produzem *danos*, ao menos no sentido normativo específico precisado pelo *harm principle*, conforme explicitado anteriormente. Isso é assim, precipuamente, porque condutas danosas e condutas ofensivas têm diferentes consequências: conquanto as primeiras mitigam *interesses* dos cidadãos, ou seja, aqueles recursos e bens que as pessoas têm e que contribuem para sua boa vida, as últimas não produzem esse efeito, ou seja, não têm a capacidade de frustrar as metas ou reduzir as oportunidades das vítimas – causam outro tipo de mal, conforme será explicado na sequência. Sobre a diferenciação entre dano e ofensa, vide: SIMESTER, A. P. & HIRSCH, Andrew von. “Rethinking the offense principle”. Idem. pp. 274/275).

⁵⁴⁵ARCHARD, David. “Insults, Free Speech and Offensiveness”. Idem. p. 135.

⁵⁴⁶Como afirma Tatjana Hörnle, a pergunta deixa de ser *se* as pessoas se sentirão ofendidas por determinado comportamento, para ser *por quê* as pessoas assim se sentem após a prática desse comportamento. Vide: HÖRNLE, Tatjana. “Offensive behaviour and German Penal Law”. Idem. pp. 263/264.

⁵⁴⁷SIMESTER, A. P. & HIRSCH, Andrew von. “Rethinking the offense principle”. Idem. p. 273. Nesse mesmo sentido, por exemplo, o professor Robin Borrow chega a adotar uma postura radical no debate acerca da reprovabilidade das condutas ofensivas, defendendo a tese de que, em sociedades democráticas liberais, na verdade o que os cidadãos possuem é um *dever* de não se ofenderem por coisas pequenas. Segundo ele, isso é assim, fundamentalmente, porque, em geral, não se consegue identificar *razões boas o bastante* para se dizer que a pessoa foi vítima de uma conduta moralmente errada de quem pretendia o ofender; a pessoa apenas é, nesses casos, chateada, mas, como não há algo objetivamente condenável que justificaria uma resposta por meio de repressões formais, o direito não deve se envolver na questão, a fim de se resguardar as liberdades públicas dos cidadãos em geral. Vide: BORROW, Robin. “On the duty of not taking offence”. Idem. pp. 270 e ss.

prática *violadora de direitos dos cidadãos*⁵⁴⁸, é dizer, de condições relevantes para as pessoas, as quais elas podem reivindicar que sejam devidamente respeitadas⁵⁴⁹.

Como afirma Tatjana Hörnle, “proibições penais só são permissíveis se a pessoa vitimada [por determinada conduta de outra] puder fazer um específico tipo de reclamação: uma reclamação válida, com a natureza de ‘eu tenho um direito de que você não transgrida os meus espaços de liberdade’”⁵⁵⁰.

Nesse sentido, para se punir as ofensas, é importante que sejam indicadas razões normativas coerentes e válidas, para que se possa, assim, objetar determinadas condutas de forma verdadeiramente consistente⁵⁵¹.

É preciso, ademais, que sejam explicitadas que razões são essas, a fim de que o debate em torno da criminalização seja devidamente escrutinado, enfrentando-se todos os argumentos pró e contra a criação da norma proibitiva penal⁵⁵², de modo que apenas se for identificado algo realmente *reprovável* em determinada conduta é que se poderá legitimamente sancionar criminalmente a sua realização⁵⁵³.

Mas o que há, então, de condenável nas práticas ofensivas? Aqui, adotar-se-á um específico tipo de conduta causadora de ofensas como parâmetro argumentativo: os insultos. Isso porque, no fim, os crimes de injúria e difamação constituem-se como *declarações de*

⁵⁴⁸Não se fala, aqui, de direitos positivos, mas sim de direitos protetivos, conforme especificado no fim do item predecessor desta dissertação. Em outros termos, fala-se, aqui, de direitos auferíveis a partir de uma determinada teoria da justiça, que orienta e dá fundamento ao sistema jurídico como um todo, no processo de interpretação e aplicação das normas que o compõem.

⁵⁴⁹Aqui, a diferenciação feineberguiana entre dano e ofensa parece se desfazer. De fato, muitos autores reconhecem, nesse ponto, que ambos os princípios limitadores das liberdades individuais (*harm principle* e *offense principle*) se sobrepõem um ao outro, porque buscariam coibir a violação de interesses protegidos por direitos das pessoas – sobreposição que, ademais, é intensificada quando se nota que as condutas passíveis de criminalização com fundamento no *harm principle* nem sempre causam danos direitos a terceiros, mas geram apenas perspectivas de danos futuros, sem que haja muita contestação a respeito de sua legitimidade (basta pensar, p.ex., nos tipos penais que incriminam atos preparatórios, abundantes no sistema penal brasileiro). Ainda assim, há quem defenda que cada qual subsiste como necessário à análise da legitimidade das normas penais, fundamentalmente porque diferenciam-se em sua estrutura básica. Vide, por exemplo: SIMESTER, A. P. & HIRSCH, Andrew von. “Rethinking the offense principle”. Idem. pp. 292 e ss. Defendendo, contudo, a sobreposição completa entre os dois princípios, haja vista a igualdade semântica entre dano e ofensa, vide: HÖRNLE, Tatjana. “Offensive behaviour and German Penal Law”. Idem. pp. 268 e ss. Seja como for, esse é um debate que não interfere na argumentação ora proposta – seja aplicando-se o *harm principle*, seja aplicando-se o *offense principle*, aos casos de atos de expressão com conteúdo ofensivo, as considerações normativas relevantes para avaliar a legitimidade dos tipos penais da injúria e da difamação permanecerão as mesmas, motivo pelo qual não se preocupa em aprofundar esse debate.

⁵⁵⁰HÖRNLE, Tatjana. “Theories of criminalization”. Idem. p. 307.

⁵⁵¹HIRSCH, Andrew von. “The offense principle in criminal law: affront to sensibility or wrongdoing?”. In: *King’s Law Journal*, vol. 11, issue 1, 2000, p. 83.

⁵⁵²Deve-se questionar, por exemplo, se a conduta praticada viola interesses humanos, se a acusação de injustiça da conduta é lastreada na reivindicação de que outros devem respeitar esses interesses, se o direito penal é o meio apropriado para a intervenção em questão, etc. Vide: HÖRNLE, Tatjana. “Offensive behaviour and German Penal Law”. Idem. p. 273.

⁵⁵³HIRSCH, Andrew von. “The offense principle in criminal law: affront to sensibility or wrongdoing?”. Idem. pp. 85/86.

conteúdo insultuoso, seja na forma de um xingamento propriamente dito, uma atribuição de más qualificações a alguém (injúria), seja na forma de uma imputação de um fato pejorativo a uma pessoa, através da qual a vítima vê-se, também, insultada dada a má conotação que a sua prática implica na sua comunidade política (difamação).

Como visto, um insulto não pode ser reprovado apenas porque gera consequências negativas nos cidadãos, é dizer, porque lhes estimula maus sentimentos, como a raiva, o medo ou a vergonha. Na verdade, mesmo ali onde o insulto sequer é realmente sentido pela suposta vítima, podem subsistir razões que condenem moralmente a declaração insultuosa⁵⁵⁴, de tal forma que fica evidente que, para atestar a reprovabilidade de uma conduta como essa, pouco conta a sua capacidade de atingir psicologicamente o seu destinatário⁵⁵⁵.

O problema do insulto, então, reside na sua intencionalidade especial⁵⁵⁶: são dirigidos a alguém com o intuito de *denegrir sua imagem*, é dizer, de inferiorizar-lhe em decorrência de sua associação com qualidades e fatos reputados negativos pelos cidadãos em geral⁵⁵⁷ – são atos expressivos destinados a humilhar e a menosprezar a vítima⁵⁵⁸, em outros dizeres.

Esse tipo de comportamento, por sua vez, tem o condão de causar um mal especial às pessoas vitimadas pelas declarações insultuosas: termina por mitigar o interesse real, que têm todos os indivíduos, de não serem tratados de forma depreciativa⁵⁵⁹, sem a devida consideração e o devido respeito a que toda pessoa humana faz jus.

Quando um indivíduo A chama outro indivíduo B de, por exemplo, “imbecil”, o que ele está fazendo é representar a imagem de B de uma forma inferiorizada, é dizer, como uma

⁵⁵⁴O que importa, nesses casos, não é o fato de que a depreciação ou humilhação decorrente do insulto tenha sido *sentida*, mas sim do sentido que se dá às ações depreciativas ou humilhantes. Há, portanto, a possibilidade de se constituir parâmetros normativos objetivos para se identificar quando ocorre um insulto, independentemente das consequências psicológicas desencadeadas no destinatário por esse ato de expressão insultuoso. Vide: HÖRNLE, Tatjana. “Criminalizing behaviour to protect human dignity”. In: *Criminal Law and Philosophy*. Vol. 06, n. 03, 2012, p. 316.

⁵⁵⁵Fala-se, nesse sentido, das diferenças entre *ser insultado* e *aceitar o insulto*, em que a primeira é o ato de ofender alguém, conquanto a segunda constitui a concordância com a ofensa, é dizer, a submissão ao que diz o insultador. O problema dos insultos, naturalmente, residem na primeira dessas ações, sendo irrelevante, por conseguinte, as consequências emocionais que ela provoca. Vide: ARCHARD, David. “Insults, Free Speech and Offensiveness”. Idem. p. 136.

⁵⁵⁶ARCHARD, David. “Insults, Free Speech and Offensiveness”. Idem. p. 136.

⁵⁵⁷Tanto é assim que, nos crimes contra a honra, em especial na injúria (em que exige-se o chamado *animus injuriandi*), dá-se especial atenção ao elemento subjetivo do tipo, exigindo-se para a consumação do crime que tenha havido, por parte do agente, a intenção de (ou a assunção do risco de) se ofender alguém, afastada a tipicidade da conduta todas as vezes que o intuito da declaração for direcionado a outros fins, como o de fazer piada, de narrar determinada situação, etc.

⁵⁵⁸GREENAWALT, Kent. *Fighting words: individuals, communities and liberties of speech*. Idem. p. 54.

⁵⁵⁹HIRSCH, Andrew von. “The offense principle in criminal law: affront to sensibility or wrongdoing?”. Idem. p. 84.

pessoa que, detentora de uma qualidade eminentemente pejorativa, é menos relevante ou pior do que ele próprio, o que significa afrontar a expectativa (justa) que B possui de ser idoneamente tratado por seus pares.

Muitos autores associam a essa possibilidade de reivindicação de determinadas formas de tratamento o consagrado direito à dignidade da pessoa humana⁵⁶⁰; dizem, nesse sentido, que os interesses subjacentes à ideia de dignidade consistem justamente no mencionado interesse em não ser tratado de forma humilhante⁵⁶¹, de modo que as condutas ofensivas, quando praticadas, revelam-se como “ações injustas” (*a wrong*) por violarem esse direito político dos indivíduos em geral.

Concebida dessa forma a reprovabilidade inerente à causação de ofensas a terceiros, entretanto, parece haver aqui uma correspondência destas ideias ao já mencionado conceito normativo de honra⁵⁶², utilizado pela doutrina penal tradicional como forma de se definir o bem jurídico honra que seria passível de tutela penal – de fato, a ideia de honra normativa corresponde à de dignidade humana, e à necessidade de se tratar equitativamente os cidadãos, respeitando seu *status* moral igualitário.

Todos os problemas que já foram apontados com relação a essa concepção de honra normativa, portanto, poderiam ser lembrados e utilizados para se infirmar a argumentação ora elaborada.

Poder-se-ia dizer, por exemplo, que mesmo nessa acepção mais sofisticada, no fim, o *offense principle* não conseguiria especificar que tipo de conduta merece reprovação por meio do direito penal, porque faz referência a noções (como a dignidade humana) muito vagas, que não conseguem esclarecer apropriadamente aquilo que se pode condenar via imposição de sanções criminais.

Ocorre, todavia, que a própria estrutura normativa que se confere ao *offense principle* possibilita afastar esse tipo de crítica.

Isso porque, em sua aplicação na análise da legitimidade de incriminações de condutas ofensivas, o referido princípio utiliza-se do conceito de dignidade da pessoa humana não numa perspectiva criterial⁵⁶³, como aquela adotada pela concepção de honra

⁵⁶⁰Nesse sentido, por exemplo, Tatjana Hörnle argumenta que a dignidade é um conceito que não se preocupa com aquilo que as pessoas *são*, mas sim com como elas *devem ser tratadas*; a dignidade é, pois, mas bem compreendida como um conceito relacional, não individual. Vide: HÖRNLE, Tatjana. “Criminalizing behaviour to protect human dignity”. Idem. p. 313.

⁵⁶¹Tatjana Hörnle, por exemplo, identifica que a pergunta crucial com relação ao insulto é: “as pessoas têm um direito de não serem tratadas de forma humilhante?” (HÖRNLE, Tatjana. “Theories of criminalization”. Idem. p. 309).

⁵⁶²Vide item 1.1.2., *supra*.

⁵⁶³Perspectiva que, como visto, assume que os intérpretes da palavra “honra” compartilham os critérios

normativa – segundo a qual a honra é uma exigência de que não se viole a pretensão ao respeito que possuem os cidadãos, derivada de sua intrínseca dignidade, muito embora nada mais seja dito ou exigido para se esclarecer o que isso significa.

A ideia de dignidade humana é inserida no *offense principle*, a bem da verdade, como aquele *direito protetivo* mitigado por uma “ação injusta” (*a wrong*) do ofensor, é dizer, um espaço de liberdades invioláveis que todos possuem, cuja identificação, todavia, depende de um processo de argumentação filosófico-política, que, por sua vez, exige o esclarecimento das razões substantivas que justificam porque deve-se proteger esse direito por meio do direito penal⁵⁶⁴.

Dito de outro modo, assume-se que, para a identificação da concepção de dignidade humana juridico-penalmente relevante, é preciso um *engajamento argumentativo especial*, que possibilite que seja conferido a ela contornos mais precisos, dirimindo-se o problema de sua suposta vagueza e generalidade.

E mais: quando se entende que a reprovabilidade da ofensa depende da constatação da violação de um direito protetivo como esse, ressurgem a mesma dificuldade que foi apontada na seção precedente deste trabalho: tal violação apenas será verdadeiramente consumada se a enunciação do ato de expressão ofensivo ou insultuoso não puder ela mesma ser apontada como o exercício legítimo de outro direito protetivo dos cidadãos, qual seja, o direito de liberdade de expressão.

Dessa forma, a aproximação ao problema de acordo com a racionalidade do *offense principle* coloca maior evidência no fato, já destacado, de que os contornos de um plausível conceito jurídico de honra deverão ser instituídos, em grande medida, em função da interpretação que for conferida ao direito de liberdade de palavra.

A pergunta que ora se coloca, portanto, é: de acordo com a melhor interpretação que se possa oferecer ao direito de liberdade de expressão, é possível que expressões ofensivas (que tratam outras pessoas sem a devida consideração e respeito) sejam excluídas de seu âmbito de proteção, por consistirem afrontas ao direito de dignidade da pessoa humana, que mitigam o interesse que todos possuem em não serem tratados de forma humilhante?

Com isso posto, os desafios centrais que a presente dissertação pretende enfrentar estão colocados, de modo que é possível passar-se às considerações normativas mais

necessários para que se possa alcançar a definição de seu significado, ou seja, que assume que o sentido desse termo pode ser acessado independentemente de uma elaboração política (necessariamente controversa) do conceito.

⁵⁶⁴HÖRNLE, Tatjana. “Theories of criminalization”. Idem. p. 308.

específicas que, promovendo uma interpretação coerente e bem fundamentada do direito de liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro, intencionarão propor uma solução aos problemas suscitados.

Antes, contudo, de se enveredar nessa tarefa, é importante ressaltar um último aspecto relevante da garantia constitucional à liberdade de palavra: quais são os valores abstratos comumente associados a ela, que cumprem a tarefa de *indicar as principais racionalidades* utilizadas para esclarecer a importância desse direito para as sociedades democráticas ocidentais.

2.4. Três racionalidades para o direito de liberdade de expressão:

Quando se afirma que ao direito de liberdade de expressão estão associados alguns valores abstratos, o que se está querendo dizer é que existem determinadas virtudes subjacentes a ele⁵⁶⁵, ou seja, determinados bens ou ideais estimados pelas pessoas⁵⁶⁶, que fazem com que seja vinculado a esse direito *algo de bom, de valioso*, de modo a se poder exigir a sua proteção e promoção institucional através do poder constituído estatal.

Conquanto os interesses relacionados ao direito de liberdade de expressão são identificados, pragmaticamente, como os recursos, desejos e aspirações que, em geral, todo cidadão possui na garantia formal de que possa ser dito ou comunicado tudo o que se pensa⁵⁶⁷, os valores devem ser entendidos de forma mais ampla, como a articulação coerente desses interesses e de outras circunstâncias relevantes⁵⁶⁸ na forma de uma *justificativa* para esse direito⁵⁶⁹, é dizer, de uma explicação dessa garantia que indique porque a sua proteção é boa – e porque a sua mitigação produzirá coisas ruins.

Dito de outro modo, a identificação dos *valores* inerentes à liberdade de expressão é

⁵⁶⁵A associação da ideia de valor com uma virtude é feita por Dworkin em: DWORKIN, Ronald. “Do values conflict? A hedgehog’s approach”. Idem. pp. 254 e ss.

⁵⁶⁶T. M. Scanlon parece definir valor como um bem valorizado positivamente pelos indivíduos. Vide: SCANLON, T. M. “Adjusting rights and balancing values”. Idem. pp. 1478, <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol72/iss5/7> – acesso em 25.11.2017.

⁵⁶⁷São interesses subjacentes ao direito de liberdade discursiva, como visto, os interesses expressivos (o desejo de expor e comunicar os princípios e convicções de cada um), deliberativos (a aspiração em se ter disponíveis informações e comunicados variados, para que cada um possa firmar suas ideias de forma crítica e não dogmática) e informacionais (o desejo de que essas informações disponíveis sejam confiáveis). Vide item 2.2.2., *supra*.

⁵⁶⁸Dworkin fala, nesse sentido, que atribuir *valor* a algo é descrever “algum esquema de interesses ou objetivos ou princípios aos quais a prática [o *algo*] serve, expressa ou exemplifica” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. p. 64).

⁵⁶⁹Com efeito, a ideia de que valores *justificam* direitos, no sentido de apresentar explicações e motivos para que haja a institucionalização deles, está presente em: SCANLON, T. M. “Adjusting rights and balancing values”. Idem. p. 1479, <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol72/iss5/7> – acesso em 25.11.2017.

conditio sine qua non para que se construa as racionalidades que orientarão e justificarão a interpretação que se quer dar ao *direito* de liberdade de expressão⁵⁷⁰.

Essas racionalidades, por sua vez, nada mais são do que as *estruturas normativas* que pretendem especificar o conteúdo material desta garantia constitucional, ou seja, o *arcabouço de argumentos normativos* que, alinhado e coerente com determinada teoria da justiça, permite que seja formulada a concepção desse direito em sua melhor luz – da forma mais congruente com os princípios morais e políticos que importam à comunidade política em que está previsto⁵⁷¹.

Se a compreensão do alcance e dimensão do direito de liberdade de palavra está condicionada a essas racionalidades, é importante que se identifique quais são elas. Esta é a tarefa deste item da dissertação.

Num primeiro momento, entretanto, quer-se apenas destacar as justificativas para o direito de liberdade de expressão que, de forma mais frequente, são utilizadas como guias interpretativos desta garantia constitucional; relega-se, desta forma, a sua apreciação crítica para outra oportunidade – esta, a bem da verdade, será mais apropriadamente desenvolvida no capítulo final do trabalho, quando se pretende, enfim, apresentar a interpretação do direito de liberdade discursiva que se entende adequado adotar.

2.4.1. *Argumento concernente à importância de se descobrir a verdade.*

O argumento de maior durabilidade histórica para conferir importância e valor à liberdade de expressão é aquele que foi formulado por John Stuart Mill, em seu clássico livro *Sobre a Liberdade*. Na obra em comento, o autor sustenta a tese de que a preservação das condições necessárias à livre circulação de ideias, por meio da expressão irrestrita do pensamento, é essencial para *o descobrimento da verdade*.

Segundo essa linha argumentativa, se restrições ao discurso livre são admitidas, então a sociedade impede a publicação de fatos e opiniões valiosas para o florescimento de compreensões acertadas (e por isso mais valiosas) acerca dos mais variados assuntos humanos⁵⁷².

⁵⁷⁰Frise-se que, de acordo com a metodologia interpretativa de Dworkin, adotada neste trabalho, a interpretação dos conceitos jurídicos (que são conceitos interpretativos) *depende* de que seja apontada a intencionalidade, o *point* valorativo que eles almejam atingir; dito de outro modo, é preciso que sua interpretação seja construída de acordo com e em função dos valores que eles promovem. Vide item 1.2.2.2., *supra*.

⁵⁷¹Desde que, naturalmente, os juízos de adequação também sejam observados. Vide item 1.2.2.2., *supra*.

⁵⁷²BARENDT, Eric. *Freedom of expression*. Second Edition. Idem. p. 07.

O argumento de Mill é claro: somente com a ampla possibilidade de troca de informações (é dizer, somente se proibindo a censura indiscriminada), o ser humano torna-se mais bem instruído e, assim, a sociedade desenvolve-se e progride.

A importância de se garantir essas condições necessárias ao florescimento da verdade, por sua vez, relaciona-se intimamente com a promoção tanto de interesses deliberativos, quanto informacionais, ambos associados ao direito de liberdade de expressão, como visto – instituir um direito jurídico que assegure a proteção dessa liberdade, portanto, é uma forma de se garantir a proteção de algo muito valioso para todos.

É preciso, contudo, compreender como o autor constrói seus argumentos, para então se esclarecer de que forma esse relacionamento se configura.

Em determinado momento de sua obra, Mill pergunta-se: “no caso de uma pessoa cujo julgamento é confiável, como se chegou a isso?”⁵⁷³; a resposta é esclarecedora, e resume de forma apropriada aquele que é o núcleo central de sua teoria da liberdade de expressão: “porque ela sentiu que o único caminho pelo qual um ser humano pode chegar próximo de saber tudo sobre um assunto é ouvir o que pessoas de cada variedade de opinião podem falar sobre ele e estudar todos os modos pelos quais um assunto pode ser visto por todos os tipos de mentes”⁵⁷⁴.

Nesse contexto, a “verdade” pode tanto ser compreendida como um fim em si mesma, um valor político que se almeja alcançar, ou como um bem público instrumental, importante para que a sociedade possa se desenvolver e alcançar o progresso civilizatório⁵⁷⁵ – importa que ela seja perseguida e promovida, o que só acontece com um cenário de liberdade para se expressar ideias.

De acordo com Mill, pode-se fazer uma distinção entre dois tipos de “atos de expressão”, igualmente valiosos: (i) aqueles que comunicam mensagens possivelmente verdadeiras; e (ii) aqueles que comunicam mensagens possivelmente falsas⁵⁷⁶.

Muito embora, em um primeiro momento, se possa imaginar que este segundo tipo de “ato de expressão” careça de qualquer valor moral ou político, Mill argumenta em sentido

⁵⁷³MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. Idem. p. 65.

⁵⁷⁴MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. Idem. p. 65.

⁵⁷⁵BARENDT, Eric. *Freedom of expression*. Second Edition. Idem. p. 07.

⁵⁷⁶Importante destacar que, aqui, fala-se de mensagens falsas em um sentido ligeiramente diferente daquele utilizado anteriormente, quando se discutiu o problema das falsas declarações de fatos; no contexto de agora, fala-se em falsidade numa conotação mais ampla, que envolve tanto as falsas declarações de fato, quanto as supostas inverdades que seriam ditas sobre todos os assuntos humanos, incluídas aí mesmo as questões mais complexas da humanidade. Trata-se de uma ideia de “verdade/falsidade” mais geral, mais dissociada de questões pragmáticas a respeito do que aconteceu ou não no mundo da vida.

contrário⁵⁷⁷.

Demonstra que pode parecer inteligente a proibição de discursos cuja falsidade parece evidente, mas que, em longo prazo, esse tipo de decisão política trará mais prejuízos do que benefícios para a comunidade política. Fará com que as pessoas que defendem pontos de vistas “verdadeiros” se acomodem no seu *status quo* confortável, deixando de defender racionalmente suas crenças⁵⁷⁸, através de um exercício fundamental para reforçar e fortalecer as opiniões que sustentam⁵⁷⁹.

Dessa forma, transmitindo-se apenas aquilo que se julga ser o verdadeiro, sem possibilitar o confronto de ideias, a própria doutrina dominante será sustentada com pouca convicção, sem a adequada compreensão de seus fundamentos racionais: “o significado mesmo da doutrina correrá o risco de perder-se, ou de se enfraquecer, privado de seus efeitos vitais no caráter e nas ações: o dogma se torna uma profissão de fé meramente formal, ineficaz para o bem”⁵⁸⁰.

Nesse sentido, a limitação do direito de se expressar sem amarras afrontaria frontalmente os interesses deliberativos dos cidadãos, impossibilitando que a construção de suas crenças e opiniões acerca dos mais variados assuntos humanos ocorra através de um processo crítico e reflexivo, no qual as suas ideias sejam formadas pelo confronto de argumentos opostos e de sua apreciação racional deles.

Mas, ainda que assim não fosse, a ideia de que opiniões possivelmente falsas devam ser restritas parte de um pressuposto julgado equivocado por Mill: parte da concepção de que muitas doutrinas humanas (e, assim, as pessoas que as defendem) são dotadas de infalibilidade, o que certamente não é uma premissa adequada⁵⁸¹. Afirma, nesse sentido, o autor:

Aqueles que desejam suprimi-la [a expressão possivelmente falsa] negam obviamente a sua validade, mas não são infalíveis. Eles não

⁵⁷⁷“Nunca podemos saber se a opinião que queremos silenciar é falsa, e se ela for falsa, ainda assim silenciá-la seria um mal” (MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. Idem. p. 60.).

⁵⁷⁸Afirma Mill: “Não importando com quanto desgosto uma pessoa que tenha uma opinião formada deva admitir a possibilidade de que sua opinião possa ser falsa, ela deve se deixar levar pela consideração que, a despeito de quão verdadeira possa ser, se não for discutida plenamente, frequentemente e sem receio, será sustentada como um dogma morto, não como uma verdade viva” (MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. Idem. p. 86).

⁵⁷⁹BARENDET, Eric. *Freedom of expression*. Second Edition. Idem. p. 08.

⁵⁸⁰MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. Idem. p. 111.

⁵⁸¹Isso porque nada pode, efetivamente, garantir a absoluta infalibilidade do pensamento humano; é sabido que, dos assuntos da vida e do universo, o que conhecimento que se tem é ainda muito pequeno, de modo que até mesmo as mais elementares ideias de certo que se sustenta, hoje, podem ser revistas por algum descobrimento futuro. A ciência é farta em exemplos de revoluções que quebraram paradigmas do passado, a reverberar a crítica de Mill à premissa adotada.

possuem autoridade para decidir a questão pela humanidade inteira e para excluir todas as pessoas da possibilidade de julgá-la. Recusar-se a ouvir uma opinião, por estar certo de sua falsidade, é assumir que a sua certeza é o mesmo que uma certeza absoluta. Todo silenciar da discussão é uma presunção de infalibilidade. A sua condenação, portanto, pode se fazer por esse argumento comum, que não é mais fraco por ser comum⁵⁸².

E essa é uma premissa equivocada porque, segundo Mill, existe uma significativa diferença entre reivindicar a veracidade de uma crença impedindo que ela seja refutada (tratando-a de modo dogmático), e defender a correção de suas proposições, depois de terem sido dadas todas as oportunidades para contestá-las, porque elas superam argumentativamente as ideias adversárias.

Como apenas essa segunda opção pode ser considerada valiosa – o verdadeiro modo de enfrentar a falsidade –, é essencial a livre expressão de ideais e pensamentos. Dito de outro modo, já quase que um corolário, ideias ruins enfrentam-se com mais ideias: “opiniões e práticas errôneas cedem gradualmente diante do fato e do argumento”⁵⁸³, mas, para tanto, aquelas devem ser expostas e confrontadas, aberta e livremente, com estes⁵⁸⁴.

Noutra banda, o malefício da proibição dos discursos pretensamente verídicos parece mais autoevidente. Além de impedir que melhores concepções acerca das questões humanas encontrem espaço para o seu desenvolvimento, é problemático impossibilitar que grupos minoritários contestem as opiniões dominantes, e esse exercício da livre crítica e reflexão é essencial para a evolução da espécie humana⁵⁸⁵.

Assim, Mill alerta para o fato de que existe um perigo grande em se assumir que as crenças verdadeiras são sempre vitoriosas quando enfrentam a perseguição⁵⁸⁶, e anota que a história, também aqui, está cheia de exemplos em sentido contrário: “a Reforma apareceu pelo menos umas vinte vezes antes de Lutero, e foi reprimida... Nenhuma pessoa razoável negaria que o cristianismo poderia ter sido extirpado no Império Romano”⁵⁸⁷.

⁵⁸²MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. Idem. pp. 60/61.

⁵⁸³MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. Idem. p. 64.

⁵⁸⁴Encerra John Stuart Mill: “Onde há uma tácita convenção de que os princípios não devem ser discutidos, onde a discussão das grandes questões com as quais a humanidade pode se ocupar é considerada encerrada, não podemos esperar achar aquela alta escala de atividade mental que tornou alguns períodos da história tão marcantes” (MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. Idem. pp. 84/85).

⁵⁸⁵BARENDT, Eric. *Freedom of expression*. Second Edition. Idem. p. 08.

⁵⁸⁶“Não passa de fútil sentimentalismo achar que a verdade, meramente como verdade, tem algum poder inerente, que é negado ao erro, o de prevalecer diante das masmorras e da estaca” (MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. Idem. p. 77).

⁵⁸⁷MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. Idem. pp. 76/77.

Interesses informacionais, ou seja, interesses em que informações confiáveis sejam disponibilizadas aos cidadãos, podem se mitigar caso se autorize a constrição de discursos, apenas porque sua aceitação é veementemente negada pela maioria moral de uma dada comunidade política.

Uma modernização desse argumento trouxe consigo uma poderosa ideia, reivindicada diversas vezes em defesa do direito à liberdade de expressão. Segundo ela, um cenário favorável para a circulação de ideias e opiniões de forma isenta de constrições é tão essencial para o desenvolvimento do corpo social, quanto o é um cenário de liberdade de mercado para o florescimento da economia.

A noção de um “livre mercado de ideias”, portanto, assegura, com maior grau de probabilidade, que concepções verdadeiras sejam fixadas na vida pública⁵⁸⁸: a verdade emerge de uma troca livre de opiniões e de uma competição intelectual ilimitada, de modo que a supressão de discursos, em vez de proteger a sociedade de fatos enganosos, leva-a a perder a oportunidade de aprimorar os seus conhecimentos⁵⁸⁹.

A busca pela verdade, pelo aprimoramento e progresso da humanidade, é, portanto, o argumento central desta defesa milliana da liberdade de expressão: sem a liberdade dos discursos, sem o combate entre ideias opostas sobre os bens da vida, a sociedade fica estagnada no erro e fadada à mediocridade. Ela não tem ganhos, apenas perdas, e disso (desse *valor*) decorreria uma justificativa normativa para que se prefira a convalidação de regras jurídicas favoráveis à liberdade de palavra, impedindo-se as restrições injustificadas.

2.1.3. Argumento concernente à promoção do autogoverno.

Um segundo argumento a favor da liberdade de expressão é aquele que a conecta diretamente com algumas características essenciais de um regime democrático de governo. Sua formulação mais conhecida é aquela elaborada por Alexander Meiklejohn, por força da publicação de seu trabalho *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, de 1948.

É verdade que a ideia de que a liberdade da palavra está conectada com os processos de deliberação e discussão pública é muito mais longa do que isso, e remonta aos primórdios

⁵⁸⁸Barendt associa essa formulação do argumento ao Juiz da Suprema Corte americana Oliver Wendell Holmes. Vide: BARENDT, Eric. *Freedom of expression*. Second Edition. Idem. p. 11.

⁵⁸⁹Outro argumento metafórico que transmite a mesma ideia, também atribuído ao Juiz Holmes, é aquele que afirma que “as melhores ideias têm mais chance de sobreviver a uma intensa competição darwiniana da qual nenhum pensamento, por repugnante ou implausível que seja, fosse excluído de início” (DWROKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 571).

do pensamento político republicano moderno⁵⁹⁰, mas muitos autores insistem, de forma veemente, em que “não se pode falar de uma teoria elaborada, estruturada e autoconsciente dessa perspectiva [de defesa da liberdade de expressão] antes que Alexander Meiklejohn trouxesse a público”⁵⁹¹ o seu trabalho.

Meiklejohn propôs, em *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, uma releitura do direito instituído pela Primeira Emenda à Constituição norte-americana, ou seja, do direito de liberdade de expressão⁵⁹². Sua intensão principal era a de intervir na histeria gerada pela perseguição anticomunista nos Estados Unidos, sustentando a tese de que a defesa de qualquer posição política – não importando o quão perniciososa fosse – deve ser protegida pela garantia do discurso livre.

Até aquele momento, a regra que vigorava para instituir limites ao direito de liberdade da palavra nos Estados Unidos era aquela formulada pelo Juiz Holmes no caso *Schenck vs. USA* e que ficou conhecida como “regra do perigo claro e presente”. De acordo com ela, “a questão, em cada caso, é saber se as palavras são usadas em tais circunstâncias e se são de tal natureza que chegam a criar um perigo claro e presente de provocar males substantivos que o Congresso tem o direito de evitar. É uma questão de proximidade e de grau”⁵⁹³.

Apesar de ter sido formulada com bases libertárias, a regra vinha sendo utilizada para justificar a coerção coletiva de indivíduos que manifestavam apreço ou simpatia pelas ideias comunistas⁵⁹⁴ e, diante desse fato, Meiklejohn intencionou propor uma interpretação da

⁵⁹⁰A observação pode ser vista em: SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão: Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra*. Tese (doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, p. 114. Dessa forma, o que se diz é que Meiklejohn é o principal expoente daquela defesa do direito de liberdade de expressão que é feita com base em argumentos que vinculam o exercício dessa garantia política dos cidadãos às possibilidades de exercício pleno e eficiente do autogoverno, não que é ele o autor que formulou uma teoria para o direito de liberdade discursiva *original*, a partir de referências inovadoras a essa justificativa democrática do referido princípio constitucional. Na verdade, como dito, trata-se de uma linha de argumentação muito mais antiga do que o autor, intimamente associada à tradição do republicanismo clássico, em especial aos escritos de James Madison. Vide: SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão: Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra*. Idem. pp. 48/54.

⁵⁹¹SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão: Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra*. Idem. p. 116.

⁵⁹²A ideia de que sua teoria é uma resposta à doutrina dominante nos Estados Unidos até então é explicitamente colocada em seu trabalho, no qual afirma que “o propósito primeiro deste ensaio é desafiar a interpretação do princípio da liberdade de expressão que, desde 1919, tem sido adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos” (MEIKLEJOHN, Alexander. *Free speech and its relation to self-government*. Nova Jérsei: The Lawbook Exchange Ltd., 2012, p. 29 – tradução livre).

⁵⁹³Trata-se de uma citação de Holmes feita por John Rawls em seu livro *O liberalismo político*, no qual ele apresenta uma ótima reflexão sobre a referida regra do perigo claro e presente. Vide: RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Nova Iorque: Columbia University Press, 2005, pp. 348 e ss.

⁵⁹⁴Rawls apresenta, justamente, um caso em que decisões judiciais utilizavam essa regra para condenar manifestações de ideias afeitas ao pensamento comunista, sob a alegação de que estas geravam um perigo claro

Primeira Emenda que julgava ser mais coerente com os valores democráticos.

Para tanto, partiu de uma premissa: diferenciou, com fundamento no texto constitucional americano, os direitos individuais que são voltados para a esfera pública (a que ele dá o nome de *freedoms*), e os direitos dos cidadãos que se destinam a cuidar de suas vidas privadas (*liberties*)⁵⁹⁵. Isso o fez distinguir, ainda, aqueles “atos de expressão” destinados ao debate público e aqueles “atos de expressão” de cunho privado⁵⁹⁶.

Adotadas essas premissas, formulou o ponto central de sua tese: o argumento de que, muito embora a liberdade de expressão possa se referir a esses dois tipos de discurso, a proteção constitucional mais forte é destinada apenas aos primeiros⁵⁹⁷ – privilegia a tutela da expressão pública, ou melhor, da expressão política⁵⁹⁸.

E isso é assim, porque esse tipo de discurso está intimamente conectado com o ideal do autogoverno, apontado pelo autor como característica central do modelo político

e iminente de comprometimento das instituições norte-americanas, notadamente porque, alegava-se, o comunismo invoca a luta armada como forma de se chegar ao poder. Vide: RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. pp. 348/349.

⁵⁹⁵SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão: Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra*. Idem. p. 117.

⁵⁹⁶Para construir essa ideia, Meiklejohn utiliza-se de outro fundamento normativo constante da Constituição americana: a sua Quinta Emenda. Ali, é afirmado que nenhuma pessoa, dentro da jurisdição americana, poderá ser privada de sua vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal. Meiklejohn afirma, ainda, que a ideia de liberdade, constante dessa previsão legal, foi entendida pela Suprema Corte americana como fazendo referência à liberdade discursiva, que, desse modo, poderia receber restrições legítimas, desde que observados os trâmites processuais existentes. Meiklejohn, então, propõe seu argumento: a liberdade de discursos a que faz referência a Quinta Emenda é diferente daquela instituída pela Primeira; naquela, como o direito de liberdade está associado a outros, como a propriedade e a vida, o seu significado deve ser alcançado levando-se em consideração o que todos eles têm em comum: o fato de serem direitos que dizem respeito a *possessões privadas* das pessoas. A liberdade discursiva inserida na Quinta Emenda, portanto, é *uma liberdade privada*, que faz referência ao direito privado dos cidadãos de dizerem tudo o que pensam e querem (como, por exemplo, um lobista que defende seu cliente, ou um vendedor que anuncia seus produtos – ambos exemplos do próprio autor). Mas esse não é o sentido da liberdade de expressão garantida na Primeira Emenda; ali, em que esta está associada a outras garantias como a liberdade religiosa, de imprensa, de assembleia, etc., o sentido que lhe deve ser conferido é outro, com conotações mais publicistas: o direito de discursar livremente sobre assuntos políticos, na arena pública, este sim dotado de proteção muito mais intensa e intransigível. Vide: MEIKLEJOHN, Alexander. *Free speech and its relation to self-government*. Idem. pp. 37 e ss.

⁵⁹⁷O erro básico da tradicional jurisprudência americana, por sinal, seria justamente o de ignorar, ou mesmo negar, essa diferença de *status* entre os tipos de expressão, assim como os fundamentos legais de cada qual. Vide: MEIKLEJOHN, Alexander. *Free speech and its relation to self-government*. Idem. p. 39.

⁵⁹⁸MEIKLEJOHN, Alexander. *Free speech and its relation to self-government*. Idem. p. 39; vide, também: SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão: Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra*. Idem. p. 118. Isso não quer dizer que, para essa teoria da liberdade de expressão, o discurso privado não encontra qualquer respaldo no ordenamento jurídico. A diferença é que esta proteção, como dito, é reduzida, quando comparada à tutela privilegiada que possui o discurso político; possui, ainda, uma fonte normativa diversa, que não a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos (aquela que, tradicionalmente, faz referência direta à liberdade de expressão). De acordo com Meiklejohn, este fundamento seria a Quinta Emenda, que afirma que a liberdade (*liberty*) dos cidadãos americanos só pode ser constricta através do devido processo legal (SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão: Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra*. Idem. p. 119).

democrático e constitucional⁵⁹⁹. Com efeito, apenas se tiverem acesso a todas as ideias, a todas as posições políticas, a todas as propostas de cursos possíveis de ação pública é que os cidadãos poderão votar e influenciar de forma plena no exercício do poder político que os governará.

Dito de outro modo, a discussão dos assuntos públicos deve ser feita de forma desinibida, sem qualquer tipo de constrição, com vistas a possibilitar que o eleitorado tenha a capacidade de decidir por si próprio (e de forma suficientemente instruída) como quer ser governado: “a supressão do discurso político, assim, é inaceitável por ser profundamente incompatível com o que ele considerava o próprio pressuposto do sistema constitucional estadunidense, sua vibração mais íntima: a busca da realização do autogoverno coletivo”⁶⁰⁰.

Meiklejohn, com isso, assume que “o propósito primeiro da Primeira Emenda é o de proteger o direito, de todos os cidadãos, de *entenderem* os assuntos políticos, *para que possam participar de modo efetivo* no funcionamento da democracia”⁶⁰¹. Quando, entretanto, o Estado estabelece uma restrição à expressão pública livre, o que ele está afirmando é que o povo é, moral e intelectualmente, incapaz de tomar parte na experiência do autogoverno⁶⁰², o que fere os princípios democráticos na sua mais profunda dimensão.

De fato, ao se retirar do debate público qualquer ideia política (por mais abjeta que ela seja), por se imaginar que a sua propagação pode trazer malefícios à sociedade, retira-se do povo a possibilidade de deliberar e de decidir, inclusive em sentido contrário a ela, qual o melhor caminho para a sua comunidade política seguir⁶⁰³ – retira-se da própria fonte de soberania do Estado, do seu poder constituinte⁶⁰⁴, a prerrogativa mais básica que lhe deve ser conferida (e o é, por força de expresse mandamento constitucional⁶⁰⁵).

As palavras de Meiklejohn são mais do que autoexplicativas, e enunciam sua teoria da liberdade de expressão da forma mais objetiva possível: “o princípio da liberdade de

⁵⁹⁹De fato, o regime político da democracia constitucional implica que o poder político será exercido soberanamente apenas pelo *povo*; dito de outra forma, o cerne da democracia americana consiste no reconhecimento de que os homens serão governados apenas por eles mesmos, obedecerão apenas as leis que eles promulgarem, de modo que é essencial a liberdade para se expor todas as ideias que tomarão parte nos assuntos públicos e de governo. Vide: MEIKLEJOHN, Alexander. *Free speech and its relation to self-government*. Idem. pp. 03 e ss.

⁶⁰⁰SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão*: Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. Idem. p. 118.

⁶⁰¹BARENDT, Eric. *Freedom of expression*. Second Edition. Idem. p. 18 – g.n.

⁶⁰²SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão*: Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. Idem. p. 119.

⁶⁰³Mitiga-se, na integralidade, os interesses deliberativos dos cidadãos.

⁶⁰⁴SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão*: Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. Idem. p. 119.

⁶⁰⁵Assim institui o artigo 1º, parágrafo único, da CF/88: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

expressão deriva da necessidade de autogoverno, de sua lei básica, de acordo com a qual assuntos públicos devem ser decididos por voto universal... Ter medo de ideias, de quaisquer ideias, é ser incapacitado para o autogoverno”⁶⁰⁶.

Ocorre, todavia, que, mesmo diante de toda a importância que confere à liberdade de expressão, a teoria de Meiklejohn não implica a conclusão de que a palavra desfruta de uma proteção absoluta. Restrições são concebíveis e podem ser instituídas.

Para explicar essa possibilidade, o autor faz uma analogia com uma típica instituição política estadunidense, denominada *Town Meeting*⁶⁰⁷. Trata-se de uma prática de democracia direta, característica de algumas cidades pequenas da Nova Inglaterra, na qual uma reunião, com pauta específica, é convocada para que os moradores locais debatam sobre algum assunto comunitário e decidam que curso de ação política tomarem com relação a ele⁶⁰⁸.

Meiklejohn, então, equipara a prática do *Town Meeting* ao direito previsto pela Primeira Emenda e deixa claro que tanto este quanto aquela, muito embora exijam a proteção da expressão livre, não impedem que mediadores instituíam algumas regras que façam os cidadãos se calarem⁶⁰⁹.

A regulação, contudo, deve ser guiada por necessidades práticas que favoreçam a própria discussão irrestrita – por exemplo, pode-se impedir alguém de continuar a se pronunciar, porque o tempo que lhe era dedicado para tanto se esgotou –, mas nunca por motivos que façam alusão ao conteúdo das ideias comunicadas⁶¹⁰.

Essa analogia – que resulta em considerações que não são nem um pouco inovadoras no debate em torno da liberdade de expressão⁶¹¹ –, todavia, tem a capacidade de deixar evidenciado um último e relevante aspecto da teoria de Meiklejohn⁶¹². Nas palavras do próprio autor:

O objetivo da discussão não está nas palavras dos falantes, mas na

⁶⁰⁶MEIKLEJOHN, Alexander. *Free speech and its relation to self-government*. Idem. pp. 26/27 – tradução livre.

⁶⁰⁷MEIKLEJOHN, Alexander. *Free speech and its relation to self-government*. Idem. pp. 22 e ss.

⁶⁰⁸A explicação é tirada de: SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão: Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra*. Idem. pp. 121/122.

⁶⁰⁹“O princípio básico [dessas reuniões] é o de que a liberdade para se expressar não deverá ser restrita. Ainda assim, a reunião não pode sequer começar, a não ser que, por comum acordo, discursos sejam restritos” (MEIKLEJOHN, Alexander. *Free speech and its relation to self-government*. Idem. p. 22 – tradução livre).

⁶¹⁰Nas palavras de Meiklejohn, “porque alguém no controle as [as ideias comunicadas] considera desaconselháveis, injustas ou anti-americanas”. Citado em: SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão: Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra*. Idem. p. 122.

⁶¹¹Afinal, é praticamente consensual que regulações formais deste tipo (p.ex.: quando, onde, como se falar) são admitidas por qualquer teoria da liberdade de expressão que se preze.

⁶¹²Ela explicita aquilo que a constituição americana permite proibir e aquilo que a constituição não autoriza proibir. Vide: MEIKLEJOHN, Alexander. *Free speech and its relation to self-government*. Idem. p. 24.

cabeça dos ouvintes. O objetivo último do encontro é a tomada de uma decisão sábia através do voto. Os votantes, portanto, devem ser tornados tão sábios quanto possível. O bem-estar da comunidade exige que aqueles que decidem sobre um tema devem entender do tema. E isso requer que, tanto quanto o tempo permita, todos os fatos e interesses relevantes para a questão devem ser trazidos à baila durante a reunião. Tanto esses fatos, quanto esses interesses, devem ser apresentados de tal modo que todos os cursos de ação possam ser sabiamente mensurados uns com os outros... A Primeira Emenda não protege a falação desregrada. Não exige ela que, em qualquer ocasião, todo cidadão tome parte de qualquer debate. Tampouco pode assegurar que todos, em qualquer ocasião terão a oportunidade de fazê-lo. O importante não é que todos falem, *mas que tudo o que vale a pena ser dito seja dito*⁶¹³.

Dessa forma, a liberdade de expressão passa a ser definida não como um *direito individual* dos cidadãos⁶¹⁴, mas sim como um direito coletivo, calcado em interesses difusos – como dito, o interesse em promover as condições do autogoverno e, mais especificamente, da própria democracia, na medida em que esta deve ser entendida como o sistema político através do qual o povo governa a si mesmo.

Quando, por conseguinte, algum tipo de expressão política é extirpada da arena pública democrática, e retira-se da população a possibilidade de refletir sobre alguma ideia específica⁶¹⁵, o dano causado não decorre do menosprezo ao indivíduo censurado, mas da redução do valor democrático da sociedade. Mitigam-se interesses deliberativos gerais, cria-se um mal que poderia ser evitado.

E essa redução do valor democrático tampouco deriva de um tratamento desigual conferido a alguns cidadãos específicos (aqueles cujas ideias são censuradas) ou à população em geral (que passa a ser tratada de forma paternalista, com o Estado decidindo o que ela pode ou não ouvir).

Deriva, antes, do fato de que se impossibilita que a coletividade escolha o seu futuro

⁶¹³MEIKLEJOHN, Alexander. *Free speech and its relation to self-government*. Idem. p. 25.

⁶¹⁴SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão*: Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. Idem. p. 123.

⁶¹⁵Afinal, “quando homens governam a si mesmos, são eles próprios – e ninguém mais – que devem fazer os julgamentos sobre a sabedoria, a injustiça e o perigo” das ideias que discutem (MEIKLEJOHN, Alexander. *Free speech and its relation to self-government*. Idem. p. 26).

dentre todas as possibilidades políticas que, de verdade, têm ao seu alcance – transforma o autogoverno em uma falácia, em um ideal político enganoso.

O valor da liberdade de expressão, portanto, é o valor do autogoverno, é a promoção e a proteção dos princípios democráticos mais fundamentais – o que confere outra justificativa normativa para a necessidade de proteção de um direito que assegure a realização desses valiosos bens da humanidade.

2.1.4. Argumento concernente à proteção da autonomia individual (e afins).

O terceiro tipo de defesa de uma teoria da liberdade de expressão é trilhado de forma particularmente diferente, quando comparado às versões apresentadas anteriormente. Ele não procura identificar os bens que a garantia do discurso livre *promove* nas sociedades em geral, mas indica o bem que ela *é*.

Segundo esse ponto de vista, restrições impostas à palavra inibem a auto-realização dos cidadãos – falar ou escrever aquilo que se quer é importante para afirmar a identidade das pessoas⁶¹⁶ e, dessa forma, qualquer intervenção estatal restringindo as possibilidades da livre expressão significaria um insulto, uma opressão àquele que deseja se pronunciar⁶¹⁷.

Para, contudo, se provar a validade dessa proposição, é necessário explicar de forma mais detalhada em que medida a censura pode constituir uma forma de agressão ao indivíduo⁶¹⁸ – ou, de forma mais específica, de que modo ela inibe a sua realização pessoal.

Um argumento que visa a oferecer uma resposta para esse problema foi elaborado pelo filósofo norte-americano Thomas Michael Scanlon, diversas vezes já citado na presente dissertação.

Em seu ensaio *A theory of freedom of expression*, Scanlon começa chamando a atenção para o fato de que é mais fácil elaborar uma justificativa para a importância da liberdade de expressão se atentando para o que as violações clássicas dessa garantia têm em comum do que para as supostas características especiais que uma classe de “atos protegidos”

⁶¹⁶BARENDT, Eric. *Freedom of expression*. Second Edition. Idem. p. 13.

⁶¹⁷“Outras teorias da livre expressão... sustentam que o direito destina-se à proteção daquele que fala, isto é, que os indivíduos têm o direito de falar não para que outros se beneficiem, mas porque eles mesmos sofreriam um dano ou um insulto inaceitável se fossem censurados” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. Idem. p. 575).

⁶¹⁸Dworkin chama a atenção para esse fato, mencionando, inclusive, diversas justificativas deste tipo que podem ser fornecidas (as quais não serão separadamente mencionadas neste momento, mas aparecerão em momentos oportunos deste trabalho, conforme sejam necessárias aos argumentos que se desenvolve na dissertação). Vide: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. Idem. p. 575.

deveria apresentar⁶¹⁹.

E segue afirmando que, em geral, as violações evidentes à prerrogativa da liberdade de palavra são caracterizadas não em função dos aspectos objetivos dos atos censurados, mas sim em decorrência de uma tentativa, motora do ato de proibição, de suspender a propagação de noções tidas como heréticas ou falaciosas⁶²⁰.

É, pois, o objetivo de impedir o florescimento de visões de mundo equivocadas ou ofensivas que, majoritariamente, instiga o poder constituído (muitas vezes referendado pelos desejos da maioria democrática) a censurar determinados “atos de expressão”⁶²¹, e é a partir dessa constatação que se pode identificar as razões pelas quais, ao menos em tese, a censura termina por limitar a auto-realização dos cidadãos.

Ela possibilita o autor elaborar uma distinção importante entre dois tipos de “atos de expressão”, cuja catalogação é fundamental para a explanação de seu argumento. De um lado, temos aqueles atos que motivam os indivíduos a atuarem apontando o que seriam boas razões para essa ação⁶²² – e, quando a ação promovida é tomada como condenável, ou mesmo abjeta, a censura se justificaria.

De outro, temos as forma de expressão que dão possibilidade à ação de outras formas, como, por exemplo, fornecendo a terceiros os *meios* de que eles necessitam para agir como já desejavam antes mesmo de serem comunicados pelo “ato de expressão” em questão⁶²³.

Para esclarecer a distinção, noções consagradas de responsabilidade jurídica são utilizadas pelo autor no desenvolvimento de seu argumento central.

Scanlon demonstra como seria possível (e necessário) falar-se na atribuição de responsabilidade jurídica a um cidadão adulto que, direcionando o seu discurso a uma criança, a um mentalmente incapaz ou a um subordinado hierarquicamente⁶²⁴, discorresse sobre as vantagens que podem ser auferidas através de um roubo a um banco, instigando os receptores da mensagem a praticar tal conduta delituosa, mas que igual imputação não

⁶¹⁹SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 10.

⁶²⁰SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 10.

⁶²¹Afirma o autor: “aquelas justificações são ilegítimas quando apontam para o fato de que seria uma coisa ruim se a visão comunicada por certos atos de expressão se tornasse geralmente aceita; justificativas legítimas... são aquelas que apelam para outras características dos atos de expressão (tempo, lugar, altura) que não as visões que elas comunicam” (SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. pp. 10/11).

⁶²²SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 13.

⁶²³SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 13.

⁶²⁴Nesse especial aspecto, a regra do artigo 22 do Código Penal (“Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”) e as teorias de autoria mediata, aplicáveis ao Direito penal brasileiro, apenas corroboram as afirmações de Scanlon.

poderia ser feita de forma tão fácil no caso de a comunicação ser feita entre dois cidadãos adultos e plenamente capazes⁶²⁵.

A diferença entre essas situações reside no seguinte fato: quando algum cidadão adulto escuta as razões de outros e decide agir segundo elas, na verdade está o fazendo com base em seu próprio julgamento; ele passa a acreditar que as razões oferecidas pelo emissor do discurso são suficientes para justificar o curso de ações que virá a adotar, mas o faz porque *ponderou e julgou*, através de sua própria reflexão pessoal, que essa era a melhor opção a ser seguida.

Desse modo, argumenta Scanlon, “a contribuição para a gênese da sua ação gerada pelo ato de expressão é, por assim dizer, superada pelo julgamento do próprio agente”⁶²⁶, que passaria a ser o único responsável pela atitude que vier a tomar em sequência.

Quando, portanto, alguém vê motivos para censurar algum ato de expressão, na verdade vê algo além do que a simples comunicação de razões persuasivas para a adoção de determinado curso de ação ilícita, ou para a aceitação de ideias tidas como reprováveis⁶²⁷. Vê, na verdade, uma forma de mitigação da *autonomia* dos cidadãos, e é a partir desse especial valor político que Scanlon desenvolve a sua justificativa do por que a censura é agressiva e opressora aos indivíduos por ela atingidos.

O senso de autonomia a que faz referência o autor – como ele próprio alerta – é extremamente fraco. Significa apenas que a pessoa deve ver a si mesma como soberana no processo de escolha daquilo que deseja acreditar, assim como nas atitudes de sopesamento de razões competitivas que motivam a sua ação⁶²⁸.

Uma pessoa autônoma, portanto, não pode aceitar, sem considerações independentes (é dizer, sem considerações *suas*), o julgamento de outros sobre o que ela deve acreditar ou sobre o que ela deve fazer; caso repouse a sua vida e as suas atitudes no julgamento de outros, ela deve estar preparada para apresentar razões independentes para defender o seu julgamento e as suas ações, assim como para sopesar o valor de sua opinião frente a

⁶²⁵Não se desconhece, nesse sentido, as normas penais previstas nos artigos 31 e 286 do Código Penal brasileiro, que situam a instigação ao cometimento de crimes entre modalidades de participação criminosa (art. 31) ou no próprio rol de condutas tipificadas como criminosas pelo sistema criminal nacional (art. 286). O ponto é que, ao fundo e ao cabo, do ponto de vista de Scanlon – e isso não deve representar nenhuma surpresa, posto que a constitucionalidade desses dispositivos pode facilmente ser contestada, ainda que esse não seja o escopo, nem mesmo uma conclusão secundária, deste trabalho –, ambas as formas de atribuição de responsabilidade penal seriam plenamente contestáveis, desde a perspectiva da teoria da liberdade de expressão que ele apresenta. Para acessar as considerações do filósofo, vide: SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 13.

⁶²⁶SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 13.

⁶²⁷SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 13.

⁶²⁸SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 15.

considerações contrárias a ela⁶²⁹.

Se, outrossim, a liberdade de expressão é restringida, e apenas algumas ideias ou informações são apresentadas como razões possíveis para influenciar a decisão pessoal de um indivíduo a respeito de como ele deve agir, a sua autonomia é sorrateiramente destruída⁶³⁰ e a injustiça se instaura.

Com isso em mente, Scanlon elabora um princípio interpretativo da liberdade de expressão que ele entende ser capaz de proteger o discurso livre respeitando a necessária autonomia dos cidadãos. Assim é enunciado o que ele denomina “princípio milliano⁶³¹ da liberdade de expressão”:

Existem certos tipos de dano que, muito embora não fossem ocorrer caso inexistissem certos atos de expressão, não podem ser tomados como parte de uma justificação para a limitação legal da liberdade de expressão. Esses danos são: (a) danos que fazem os indivíduos desenvolverem falsas crenças, como resultado dos atos de expressão; (b) danos originados de atos perpetrados por certas pessoas e que constituem consequência de certos atos de expressão, desde que a relação entre estes e os atos danosos seja apenas aquela em que o discurso levou alguns cidadãos a acharem que certa conduta seria benéfica e valeria a pena de ser realizada⁶³².

Para Scanlon, esse princípio está alicerçado em uma específica justificativa de moralidade política: parte do pressuposto que os poderes legítimos do Estado são limitados àqueles que cidadãos iguais, autônomos e racionais poderiam reconhecer⁶³³.

⁶²⁹SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 16.

⁶³⁰Para fortalecer os seus arrazoados, Scanlon argumenta que uma pessoa autônoma pode, dentro de seu espaço de autonomia, achar que o governo tem razões boas o suficiente para comandar a sua vida – pode, por exemplo, achar que, se a lei determina algo (a restrição de algum tipo de discurso), ela tem excelentes motivos para agir da forma prescrita pelo direito. Para que ela continue autônoma, contudo, é essencial que seja motivada a respeitar a lei porque assim decidiu não porque ela apenas reconheceu que aquilo é requisitado pelas normas jurídicas e, portanto, não deve se opor ao que lhe é prescrito. Os cidadãos não podem, nesse sentido, ser obrigados a acreditar na correção dos decretos estatais de forma automática, nem a conceder ao Estado o direito de ter seus decretos obedecidos sem que eles possam deliberar a respeito do conteúdo que propagam – pessoas autônomas devem poder falar o que pensam e ouvir tudo o que podem, independentemente das crenças mais firmes que os detentores do poder político sustentam (SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 17).

⁶³¹A referência a John Stuart Mill se justifica porque, além da teoria da liberdade de expressão, mencionada anteriormente, que é associada a esse pensador (e que recebeu maior destaque e consideração ao longo do tempo, por isso é apontada como a principal forma de defesa da expressão livre feita por Mill), em *Sobre a Liberdade* é apresentada ainda outra justificativa para a proteção desta garantia, que tem que ver, justamente, com o desenvolvimento da autonomia moral dos indivíduos.

⁶³²SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 14 (tradução livre).

⁶³³SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 15.

Se ao Estado pode ser concedida uma prerrogativa de decidir quando existem ameaças sérias o suficiente para justificar a intervenção coerciva do direito, essa é uma prerrogativa apenas parcial, que encontra seu limite, justamente, na imperativa necessidade de que se proteja a autonomia dos cidadãos que compõem a comunidade política deste Estado⁶³⁴.

O princípio milliano de T. M. Scanlon, então, promove o valor da autonomia de duas formas.

Em primeiro lugar (a), impede a possibilidade de punição daqueles “atos de expressão” que geram “danos” de um tipo muito particular: o desenvolvimento de falsas crenças naqueles que são os receptores do ato comunicado⁶³⁵. É que, para o autor, cidadãos autônomos não podem (nem devem) querer que o Estado dite, através de seu poder coercitivo, aquilo em que eles podem ou não acreditar.

Seria um erro admitir leis que proibissem determinados “atos de expressão” só com base no argumento de que eles comunicam ideias ou informações desprestigiadas, porque, com isso, a única coisa que se estaria reconhecendo é que é o Estado, e não os indivíduos, que tem o direito de decidir quais visões de mundo são falsas e quais não⁶³⁶.

A autonomia vê-se solapada quando o indivíduo aceita esse tipo de julgamento, sem que ele possa refletir, por si próprio, a respeito do valor das diversas ideias que disputam sua atenção no ambiente moral e político em que vive.

Em segundo lugar (b), impede a punição daquelas condutas que geram danos a terceiros, mas que, muito embora tenham sido motivadas por “atos de expressão”, foram praticadas por força da deliberação exclusiva do agente perpetrador da lesão.

Nesses casos, Scanlon chama a atenção para o fato de que é ilegítima a tese de que o Estado pode, uma vez que declarou certa conduta como ilegal, agir para proibir até mesmo a defesa pública do valor ou da correção desta ação coibida pelo Direito – ou, em outras palavras, da ilegitimidade da proibição estatal⁶³⁷.

⁶³⁴SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 17.

⁶³⁵SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 17.

⁶³⁶SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 17.

⁶³⁷Muitos casos, por sinal, ilustram a importância dessa ponderação scanloniana. No Brasil, o julgamento da ADPF nº 187/DF, é o exemplo mais paradigmático do assunto: nela, defendendo justamente o valor inestimável da liberdade de expressão, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o artigo 287 do Código Penal, que prevê o crime de apologia ao crime ou a criminoso, somente deve ser interpretado de forma conforme a Constituição, o que significa que não pode incidir sobre aquelas condutas de diversos cidadãos que vão às ruas, em um protesto de cunho político, reivindicar a inconstitucionalidade da criminalização do consumo ou tráfico da maconha. No julgamento, ficou especialmente clara a ideia de que existe uma diferença entre a defesa da tese de que uma lei é ilegítima através do discurso público e a comissão de algum crime de apologia a um fato criminoso.

Para identificar como o valor da autonomia é protegido por essa cláusula do princípio milliano, Scanlon coloca uma pergunta crucial: pode um indivíduo autônomo concordar com a tese de que o Estado tem, como parte de seu poder legítimo, a prerrogativa de impor um acordo no qual o poder constituído decide, sem o consentimento do indivíduo, quais são os argumentos e razões válidos a respeito de certos fatos e temas da vida política e social? Por mais que algumas opiniões levem a atitudes lesivas, em longo prazo, pode o Estado retirá-las do âmbito de deliberação individual dos seus cidadãos?

A resposta fornecida pelo autor, claramente, é negativa: não é legítimo que o faça, porque tal medida significaria um desrespeito ao valor imperativo da autonomia humana.

Como as ações danosas são, hipoteticamente, tomadas por indivíduos que, muito embora tenham sido motivados por certos “atos de expressão” de terceiros, a decisão de seguir esse curso de ação lesiva foi pessoal e intransferível de cada agente. Estender a proibição ao enunciador do discurso é, outrossim, mitigar a autonomia de escolha daqueles que decidem agir, ainda que de forma contrária ao Direito.

Conforme as próprias palavras do autor, “pessoas que veem a si mesmas como autônomas veem a si mesmas como detentoras de um *direito de fazer as suas próprias mentes*, assim como de um *direito a ter acesso a tudo que seja necessário para atingir esse fim*”⁶³⁸.

É a violação a esse “direito de fazer as suas próprias mentes” (*right to make up their own minds*) que traduz a agressão sofrida por cada cidadão afetado por um ato de censura, uma vez que impede a sua auto-realização e deteriora as bases do valor fundamental da autonomia humana.

A liberdade de expressão, por outro lado, é o direito necessário para impedir esse tipo de violência: ela assegura as condições necessárias para que todos os indivíduos, lidando com todo tipo de opinião e de informação, possam escolher, *autonomamente*, os projetos de vida e cursos de ação que acharem mais apropriados ou convincentes para si.

A defesa da proteção da autonomia como bem intrínseco à liberdade de expressão, contudo, recebe também outra importante teorização, agora fornecida sob os escritos de Ronald Dworkin.

Muito embora não sejam plenamente coincidentes, ambas as teorias da liberdade de expressão alicerçam-se em um mesmo tipo de argumento central: o discurso livre é um valor político não só porque traz boas consequências práticas (como a descoberta da verdade ou o

⁶³⁸SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 21 (tradução livre) – g.n.

favorecimento das condições para o autogoverno), mas porque é, em si, um traço constitutivo das sociedades políticas justas⁶³⁹.

Segundo Dworkin, a liberdade de expressão é um direito especialmente fundamental, porque “o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis”⁶⁴⁰, o que significa, basicamente, duas coisas.

Em primeiro lugar, “as pessoas moralmente responsáveis fazem questão de tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé”⁶⁴¹; o Estado ofende os cidadãos quando assume que eles não têm qualidade moral o suficiente para ouvir opiniões perigosas ou desagradáveis: “só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la”⁶⁴².

Nisso, há uma coincidência bastante forte entre as teorias dworkiana e scanloniana sobre a liberdade de expressão. Mas Dworkin adiciona um ponto, e alega que existe uma segunda razão para se considerar o valor da liberdade de expressão, a partir da necessidade de se reconhecer os cidadãos como moralmente responsáveis (ou, de certo modo, autônomos).

Para ele, existe uma dimensão “mais ativa” na importância da tutela do discurso livre: a responsabilidade moral não diz respeito somente à necessidade de se “construir convicções próprias, *mas também de expressá-las para os outros*”⁶⁴³.

O Estado frustra esse aspecto da personalidade moral dos cidadãos quando proíbe certas manifestações do pensamento sob o argumento de que elas desqualificam o indivíduo; se o poder constituído age dessa forma, no fundo o que está a fazer é abrir mão de um aspecto substancial da sua reivindicação de poder legítimo, porque os cidadãos têm o direito de influenciar tanto a política quanto o ambiente moral ou estético em que vivem,

⁶³⁹DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 319. Essas diferenças entre as teorias da liberdade de expressão serão outra vez abordadas no início da seção seguinte deste trabalho.

⁶⁴⁰DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 319.

⁶⁴¹DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 319.

⁶⁴²DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 319.

⁶⁴³DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 320 – g.n.

independentemente do conteúdo que essa influência pretenda assumir⁶⁴⁴.

É preciso, agora, explicar com um pouco mais de detalhes essas ideias.

A noção dworkiana de que o Estado deve tratar os indivíduos como “agentes moralmente responsáveis” está conectada com um princípio ético que é extremamente relevante para a sustentação das posições que reivindica frente aos temas complexos da teoria política e da teoria jurídica que costuma enfrentar: trata-se do “princípio de independência ética”.

Segundo Dworkin, uma comunidade democrática justa – aquela que trata os seus cidadãos como dotados de igual dignidade⁶⁴⁵ – deve se atentar para a importância de dois princípios éticos subjacentes a esse necessário tratamento isonômico dos indivíduos.

O primeiro deles é o princípio do respeito por si mesmo, segundo o qual “devo reconhecer a importância objetiva do meu bem viver. Isto é, tenho de aceitar que seria um erro não me preocupar com o modo como vivo”⁶⁴⁶; em outros termos: “cada pessoa deve levar a sério sua própria vida: deve aceitar que é importante que sua vida seja uma execução bem-sucedida, e não uma oportunidade perdida”⁶⁴⁷.

O segundo, a que dá o nome de princípio da autenticidade, é explicado por ele como o anverso do anterior: “Por levar-se a sério, você conclui que viver bem significa expressar-se em sua vida, buscar um modo de viver que lhe pareça irresistivelmente correto para você e para as suas circunstâncias”⁶⁴⁸.

Segundo Dworkin, “a autenticidade exige que, na medida em que for necessário a uma pessoa tomar decisões acerca do melhor uso a ser dado à sua vida, elas devem ser tomadas pela própria pessoa”⁶⁴⁹; isso porque “cada um tem a responsabilidade pessoal e especial de identificar quais devem ser os critérios de sucesso em sua própria vida; tem a responsabilidade pessoal de criar essa vida por meio de uma narrativa ou de um estilo

⁶⁴⁴DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 320.

⁶⁴⁵Muitas vezes Dworkin fala em igual consideração e respeito. Em um de seus últimos trabalhos publicados, contudo, deu especial atenção à virtude política da dignidade. Alertou, ainda, que os dois princípios éticos que serão mencionados em seguida constituem a concepção de dignidade humana a que faz referência: “Juntos, os dois princípios constituem uma concepção da dignidade humana: a dignidade humana exige o respeito por si mesmo e a autenticidade” (DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 311).

⁶⁴⁶DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 313.

⁶⁴⁷DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 311.

⁶⁴⁸DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 320.

⁶⁴⁹DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 324.

coerentes com os quais ele mesmo concorde”⁶⁵⁰.

Essa ideia de autenticidade, por sua vez, é aquela que implica o ideal da independência ética: por ser autêntico, o indivíduo deve buscar ser também independente, o que não significa estar imune à influência ou à persuasão, mas sim que ele deve tentar, sempre, fugir da dominação⁶⁵¹.

Se cada um é o responsável de promover seu próprio ideal de vida, o deve fazer de modo que não se sujeite à vontade seja do Estado, seja de outros indivíduos em geral. A independência ética, portanto, pode ser violada de duas formas corriqueiras, quando essas premissas (de respeito à autenticidade) são ignoradas.

Primeiro, quando leis coercitivas “negam às pessoas o poder de tomar suas próprias decisões acerca de questões éticas fundamentais”⁶⁵²; segundo, “outras leis violam a independência ética não em razão do caráter fundamental das decisões que inibem, mas por causa das motivações do governo ao promulgá-las. O governo não deve restringir a autonomia quando a justificativa dessa restrição pressupõe a superioridade ou a popularidade de quaisquer valores éticos controversos na comunidade”⁶⁵³.

E é justamente em vista dessas considerações que Dworkin sustenta o seu argumento de que a censura é ofensiva aos cidadãos – e que solapa o (necessário) tratamento dos indivíduos como “agentes morais responsáveis”, é dizer, dotados de independência ética e livres da dominação.

Impedir que determinados “atos de expressão” sejam propagados viola a independência ética dos indivíduos: porque (i) impossibilita que alguns cidadãos deem testemunho público das próprias convicções políticas fundamentais, impedindo-os de tomarem as suas decisões a respeito do que dão valor e sobre o que querem se manifestar; e porque (ii) implica a consideração de que as visões por eles (“atos de expressão”) sustentadas (e proibidas) são recebidas com maus olhos pela comunidade política em que estão inseridos, o que é uma forma de afirmar que determinados valores controversos são mais bem recebidos

⁶⁵⁰DWROKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 311.

⁶⁵¹DWROKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. pp. 323/324.

⁶⁵²E Dworkin ressalta, nesse ponto, que “incluem-se aí as escolhas referentes à religião, aos compromissos pessoais íntimos e aos ideais éticos, morais e políticos” (DWROKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 564).

⁶⁵³DWROKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 564.

naquela sociedade e, por isso, merecem uma promoção especial através do Direito⁶⁵⁴.

Para evitar esses males, portanto, é que a liberdade de expressão se faz necessária. Ela apresenta um valor político crucial – o de assegurar a tutela de um interesse individual de todo e qualquer cidadão que é inestimável: para Scanlon, a autonomia; para Dworkin, a independência ética.

São duas faces de uma mesma moeda, ambas preocupadas em conferir ao discurso livre (e à teoria da liberdade de expressão que justifica a sua importância) uma importância em si mesmo, um valor que é constitutivo do próprio direito que o representa.

Apresentadas, pois, as principais racionalidades que pretendem explicar o valor inerente ao direito de liberdade de palavra, o terreno está pronto para que se possa construir uma interpretação convincente deste direito, a fim de que se possa avaliar as implicações normativas que ele traz para o problema que gira em torno da proteção jurídica da honra. A isso se dedicará o último capítulo deste trabalho.

⁶⁵⁴DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 571.

3. DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO (II): UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO.

3.1. Introdução.

No capítulo anterior, realizou-se uma primeira aproximação ao direito de liberdade de expressão, fazendo-se notar alguns aspectos doutrinários relevantes à sua correta interpretação. Se destacou, em primeiro lugar, que a melhor concepção dessa garantia constitucional somente pode ser alcançada se for feita uma reflexão sobre os seus apropriados fundamentos filosófico-políticos.

Nesse sentido, destacou-se que a pergunta central que o direito de liberdade de expressão coloca para qualquer problema jurídico que suscita tem que ver com a categorização dos atos de expressão que podem sofrer restrições legítimas por parte do direito e quais não, o que, por sua vez, introduz uma distinção entre as normas que proíbem discursos com base no seu conteúdo e as normas que proíbem discursos com fundamento em aspectos neutros com relação ao seu conteúdo.

Essa diferenciação entre duas categorias de atos expressivos, por sua vez, é importante para justificar porque aquelas leis restritivas do direito de liberdade de palavra que motivam-se a reprimir determinada mensagem em decorrência do teor que ela comunica (de seu conteúdo), por representarem riscos maiores de mitigação dos interesses gerais protegidos pela norma constitucional em questão, devem atender a um ônus argumentativo maior se querem ter sua constitucionalidade e legitimidade afirmadas.

Chamou-se atenção, ainda, para o fato de que os tipos penais que instituem os crimes contra a honra se qualificam precisamente como esse tipo de norma restritiva dos discursos que demanda uma justificação mais rigorosa, porquanto são leis criminais que incidem sobre atos de expressão em razão de características específicas das mensagens que transmitem.

Com isso em mente, procurou-se destacar quais seriam essas características problematizadas na hipótese específica de cada criminalização, o que trouxe à tona de que, basicamente, dois diferentes tipos de atos de expressão são penalmente proibidos por eles: aqueles discursos dotados de conteúdo falso ou enganoso e aqueles discursos dotados de conteúdo ofensivo para terceiros.

Esse percurso metodológico mostrou-se necessário, portanto, para se chegar ao problema normativo específico que o direito de liberdade de expressão impõe à tutela penal

da honra, notadamente o de se saber se esses aspectos constitutivos (essas características) dos atos expressivos proscritos pelas incriminações da calúnia, injúria e difamação constituem razão suficiente para se autorizar uma constrição do direito de liberdade de palavra, pela via criminal.

Encontrado o desafio normativo mais preciso que esta dissertação deverá procurar solucionar, listou-se, então, de forma breve, aquelas que são as racionalidades mais tradicionais do pensamento constitucional democrático contemporâneo para o direito de liberdade de expressão, racionalidades essas que vêm, historicamente, sendo utilizadas com frequência na tentativa de se propor uma justificativa para a importância desse princípio constitucional e, assim, para orientar também a interpretação jurídica que será dada a ele.

De fato, cada uma delas desenvolve específicos juízos de moralidade política com a intenção de atribuir ao direito à expressão livre um *objetivo geral* a ser cumprido na estrutura institucional das sociedades democráticas contemporâneas.

Isso é de fundamental importância para a compreensão deste direito, porque, conforme alerta Dworkin, “é a compreensão que os juízes têm do objetivo da proteção da liberdade de expressão que vai orientar as decisões que eles tomam em casos difíceis e controversos”⁶⁵⁵ envolvendo os limites desta garantia constitucional.

O intuito de se apresentar essas racionalidades, contudo, precisa ser esclarecido agora.

Para tanto, deve-se chamar a atenção para o papel que cumpre o presente capítulo na estrutura argumentativa da dissertação: aqui, será enfim apresentada a interpretação do direito de liberdade de expressão que se entende a mais coerente com os princípios morais e políticos que informam a sociedade brasileira e que estão albergados em seu texto constitucional.

Como as racionalidades apresentadas, por sua vez, constituem as orientações normativas usualmente empregadas para se especificar e justificar o alcance a ser conferido a esse direito, é fundamental testar a sua força argumentativa, a fim de se averiguar se alguma delas, ao menos, pode fornecer uma justificativa plausível para o direito de liberdade de palavra, a qual possa, então, apontar que soluções devem ser conferidas aos questionamentos suscitados por esta dissertação.

Para alcançar esse objetivo, pois, deve-se chamar a atenção, antes de mais nada, para *o tipo de argumento* que cada uma delas fornece na sua justificação do direito constitucional

⁶⁵⁵DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 318.

à liberdade de manifestação de ideias e pensamentos.

É importante notar, nesse sentido, que algumas das teorias abordadas oferecem argumentos de um tipo *consequencialista*⁶⁵⁶, ou seja, que procuram especificar a classe de atos protegidos pelo direito de liberdade de expressão a partir de um cálculo utilitarista baseado nas consequências, positivas e negativas, que a proteção do discurso livre produz.

Esses argumentos pretendem demonstrar quais benefícios a garantia da liberdade de palavra consegue trazer e os comparam com os possíveis malefícios que a sua tutela jurídica provoca – quando se conclui que estes são inferiores àqueles, tem-se, ao fim, boas razões para defender-se a necessidade de proteção de determinada classe de “atos de expressão”.

Ronald Dworkin entende que este tipo argumento fornece aquilo que ele denomina de “justificativas instrumentais”⁶⁵⁷ para a liberdade de expressão. Por meio delas, a garantia da liberdade dos discursos é entendida como um *meio* para se promover algum bem ou valor social relevante.

Há, contudo, outro tipo de argumentação que pode ser fornecida na tentativa de se especificar o conteúdo político e o objetivo geral de proteção do direito de liberdade de expressão.

Com efeito, T. M. Scanlon já chamava a atenção para o fato de que existem formas não consequencialistas de se defender a importância deste direito, e que elas fazem apelos a razões como a existência de *direitos morais* ou *princípios abstratos de justiça* para fundamentar o valor, político e jurídico, da expressão livre⁶⁵⁸.

Na linguagem dworkiana, essas são as “justificativas constitutivas” da liberdade de expressão, que devem ser assim compreendidas: “o segundo tipo de justificação da liberdade de expressão pressupõe que ela é importante não só pelas consequências que tem, mas porque o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial ou ‘constitutivo’ de uma sociedade política justa”⁶⁵⁹.

É bem verdade que, conforme enunciada por Dworkin, essa definição do que é uma justificativa constitutiva deixa transparecer o ponto de vista do próprio autor a respeito de

⁶⁵⁶SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 07.

⁶⁵⁷A garantia é importante não “porque as pessoas têm o direito moral intrínseco de dizer o que bem entenderem, mas porque a permissão de que elas o digam produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade” (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. pp. 318/319).

⁶⁵⁸SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 07.

⁶⁵⁹DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 319 – g.n.

quais são os fundamentos do direito constitucional em comento, mas nem por isso ela deixa de ser capaz de evidenciar qual o modelo de argumento que caracteriza uma defesa do direito de liberdade dos discursos do tipo constitutivo: deve-se protegê-lo, não porque assim se terá mais consequências boas do que ruins para a comunidade, mas porque essa garantia constitucional possui um valor tão relevante *em si*, que a sua mitigação é, independentemente de qual seja ele, normativamente desaconselhada.

Diferentemente das justificativas instrumentais, que tratam esse direito como um meio para alcançar algum objetivo valioso, as justificativas constitutivas procuram situar a liberdade da palavra como um “traço essencial e constitutivo da sociedade política justa”, é dizer, sustentam que essa garantia constitucional é valiosa *por si mesma*, uma vez que representa uma *conditio sine qua non* para o estabelecimento de um regime de governo justo.

Pois bem. As duas primeiras teorias apresentadas (aquela enunciada por Mill e aquela elaborada por Meiklejohn) desenvolvem justificativas instrumentais para a liberdade de expressão. Já os argumentos concernentes à proteção da autonomia dos cidadãos (ou de sua independência ética), constituem justificativas do tipo constitutivo.

Por questões metodológicas, as críticas que serão formuladas às teorias em questão serão separadas em dois grupos, condizentes com essa classificação dworkiana dos tipos possíveis de justificação política da liberdade de expressão.

3.1.1. Críticas às teorias baseadas em argumentos do tipo instrumental.

Diz-se que as duas primeiras teorias trabalhadas fornecem justificativas instrumentais para o direito constitucional à liberdade dos discursos, porque ambas defendem que o objetivo geral associado a essa garantia jurídica é o de promover determinados bens sociais relevantes.

No que diz respeito à teoria milliana, esse bem é a descoberta da verdade: a liberdade de expressão é o meio através do qual a verdade a respeito dos assuntos humanos fundamentais floresce, possibilitando, assim, o progresso da humanidade.

Já a teoria seguinte, cujo principal expoente (ainda que não o único) é, como dito Meiklejohn, o raciocínio é análogo: a expressão livre é apresentada como o instrumento de promoção do autogoverno – é por meio dela que se permite que os cidadãos sejam informados de todos os assuntos publicamente relevantes, para que possam, no debate político, ser capazes de governarem a si mesmos, influenciando, embasadamente, as decisões políticas que deverão ser tomadas pelo governo.

Esses dois argumentos, portanto, carregam entre si uma série de características em comum. Não só atribuem um *papel instrumental* à liberdade de expressão, como centram suas atenções, de forma exclusiva, nos interesses dos *ouvintes*, não daquelas pessoas que desejam emitir o ato de expressão – é para que aqueles tenham acesso ao maior e mais diversificado número de opiniões e informações que se destina a proteção jurídica dos discursos⁶⁶⁰.

E, na linguagem técnica dworkiana, argumentos desse tipo, destinados unicamente a tutelar os interesses do público, caracterizam aquilo que o autor chama de *argumentos de política* – argumentos que não justificam a essência de uma norma jurídica porque uma pessoa tem o direito a alguma proteção especial, mas simplesmente porque ela promove um bem à comunidade como um todo⁶⁶¹.

Isso é, todavia, extremamente problemático, porque, “se a livre expressão é justificada como questão de *política*, sempre que se tomar uma decisão quanto a determinar se a livre expressão exige alguma exceção ou privilégio, dimensões rivais do interesse público devem ser confrontadas com o seu interesse pela informação”⁶⁶² irrestrita.

Dessa forma, abre-se um espaço largo para que decisões desfavoráveis à proteção constitucional das liberdades expressivas sejam prolatadas, precipuamente porque *equipara* o valor inerente à livre manifestação de pensamentos – definido com uma conotação estritamente instrumental, frise-se – a qualquer outra consideração consequencialista a respeito dos ganhos que a comunidade poderia ter com determinadas restrições de discursos, o que, no fundo, significa dizer que, com facilidade e pouca sofisticação argumentativa, se poderia aventar razões normativas plausíveis para a limitação deste direito constitucional.

Em outras palavras, se as razões para se proteger o direito de liberdade discursiva constituem-se em argumentos que apontam que a sua inviolabilidade é apenas *um meio* para a obtenção de maiores benefícios do que prejuízos para a comunidade e sua população, então qualquer demonstração de que, na verdade, a restrição de certos discursos é um caminho menos tendencioso a se fazer emergirem consequências deletérias terá força o suficiente para afastar a defesa jurídica da proteção da liberdade de palavra.

⁶⁶⁰É isso que demonstra Dworkin, ao argumentar que, de fato, grande parte dos constitucionalistas defendem a liberdade de expressão com a intenção de proteger o *público* – seja “para que o público em geral possa ter acesso à informação de que necessita para votar e conduzir seus negócios de maneira inteligente”, seja para que “a verdade surja do mercado de ideias resultante” de uma arena pública em que a palavra é livre (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. Idem. pp. 574/575).

⁶⁶¹DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. Idem. p. 576.

⁶⁶²DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. Idem. p. 576.

E isso, deve-se ressaltar, independentemente de que se possa encontrar outras razões, não preocupadas com as consequências que têm os atos de expressão praticados, que fossem aptas a indicar porque seria valioso e importante para certas pessoas poderem dizerem aquilo que querem, nas situações proscritas pela lei proibitiva em questão.

De fato, como são teorias baseadas em argumentos (de política) que chamam a atenção para a importância da liberdade de expressão na promoção de determinados benefícios *para a sociedade*⁶⁶³, em diversas situações as metas que elas visam a promover atuarão como razões mais propícias a limitar do que a ampliar a garantia do discurso livre, porque interesses de mais gente, ou interesses mais significativos *a priori*, como justamente a necessidade de evitação de *danos a terceiros*⁶⁶⁴, poderão ser invocados como razões válidas e capazes de autorizar certa restrição do direito constitucional em questão⁶⁶⁵.

Nestas hipóteses, o argumento governamental a favor da lei proibitiva poderia, por exemplo, se lastrear na ideia ainda mais radical de que esses “atos de expressão” atacam o interesse, de inúmeras pessoas, de não serem elas expostas a ideias e pensamentos que reputam desagradáveis ou ofensivos, muito embora *não promovam nenhum dos interesses relevantes*⁶⁶⁶ que são associados ao seu direito de expressarem-se livremente na arena

⁶⁶³Assim, por exemplo, Júlio César Casarin Barroso Silva chama a atenção para o fato de que o aspecto mais condenável da teoria de Meiklejohn para o direito de liberdade de expressão reside, justamente, na sua dimensão coletivista, de associar, com a analogia aos *Town Meetings*, essa garantia constitucional aos interesses da coletividade dos cidadãos, a quem é atribuída a sua própria titularidade, e não a cada um deles individualmente considerados. Como a teoria milliana opera com base em uma racionalidade bastante similar, de identificar o valor da palavra livre com os benefícios sociais que ela promove, acredita-se que as críticas podem ser aplicadas às tuas racionalidades em questão. Nesse sentido, as críticas feitas a Meiklejohn apontam para as fragilidades da metáfora que utiliza para identificar o valor inerente à ideia de liberdade discursiva, posto que esta, ao conferir centralidade à necessidade de que o gerenciamento das discussões públicas coletivas seja tal que garanta a manifestação de uma pluralidade de pontos de vista, focando no interesse dos cidadãos em serem informados a respeito dos assuntos políticos relevantes, deixa de se ater às preocupações com os interesses individuais que têm as pessoas em se expressarem livremente. Ademais, é difícil confiar-se em que uma moderação dos discursos deste tipo, voltada a promover a pluralidade de ideias defendidas, ocorrerá de forma isenta, “pois é muito provável que ela se volte contra aquilo que ela deveria promover: a autonomia coletiva” - isso porque, diferentemente do que ocorre no *Town Meeting*, inexiste acordo na arena política pública sobre a forma que será feita e sobre quem fará a moderação e gerenciação desses discursos; dito de outra forma, o discurso público tem características bastante distintas do modelo de democracia direta em questão, que tornam a analogia entre ambos equivocada. Sobre o teor dessas críticas feitas à teoria coletivista de Meiklejohn, especificamente, vide: SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão: Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra*. Idem. pp. 128/130.

⁶⁶⁴Já que, como se viu, este é um dos critérios mais elementares para se autorizar a imposição de sanções criminais a condutas e práticas dos indivíduos em geral.

⁶⁶⁵DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 321.

⁶⁶⁶Diz-se interesses relevantes, porque ambas as racionalidades agora discutidas atribuem clara primazia a alguns dos interesses vinculados ao direito de liberdade de expressão, quais sejam, os interesses deliberativos e informacionais dos cidadãos. É, por sinal, justamente a sua falha em apreender e conferir importância aos interesses expressivos, como se verá – que não guardam nenhuma relevância argumentativa na justificativa que ambas as racionalidades conferem à garantia constitucional da liberdade discursiva –, que fragiliza excessivamente a sua capacidade de servirem como norte interpretativo satisfatório do que realmente deve

pública, o que indicaria que a obtenção de maiores benefícios para a comunidade política como um todo se daria através da constrição desses discursos, e não da sua integral liberalização.

Pense-se num caso paradigmático de constrição dos discursos ofensivos, no qual nenhum tipo de deliberação pública relevante está em jogo, porque a mensagem comunicada nada mais é do que um insulto pessoal como, por exemplo, aqueles que são preferidos em uma briga de vizinhos.

O Sr. A, cristão fervoroso que já sustenta certa idade, incomoda-se com as frequentes festas feitas por jovens estudantes que vivem na porta ao lado à sua, não pelo pelo elevado barulho que fazem durante as noites de fins de semana, mas também porque o uso de substâncias ilícitas de forma recorrente, e a ocorrência de práticas sexuais mais libertárias causam enorme desconforto ao seu modo de vida tranquilo e voltado ao cumprimento de seus deveres e obrigações religiosos.

Exaltado, o Sr. A toca ao apartamento vizinho, no que se inicia uma discussão entre dois moradores, no seio da qual diversas ofensas são proferidas pelo senhor indignado, que chama os estudantes de “depravados”, “promíscuos” e “infíéis”, dentre outras coisas, afrontando-lhes sistematicamente em suas sensibilidades e dignidade pessoal.

Havendo a possibilidade de que essas declarações configurassem a prática do delito de injúria, a sua incidência no caso concreto *não* poderia ser afastada, com base no argumento do legítimo exercício do direito de liberdade expressiva na situação, se a importância desta garantia fosse apresentada em termos instrumentais: um julgador que apreciasse a demanda, entendendo que os valores de busca pela verdade⁶⁶⁷ e pelo autogoverno⁶⁶⁸ sequer são afetados na hipótese em questão, provavelmente validaria a regra proibitiva das declarações feitas pelo ofensor, independentemente de existirem outras razões normativas sugerindo a correção da tese de sentido contrário.

O mesmo aconteceria, por exemplo, no caso de uma conduta que não injuria, mas

significar o direito de liberdade de expressão nas democracias constitucionais contemporâneas.

⁶⁶⁷ Isso porque, aqui, a ideia da busca pela verdade sequer teria correlação com o tema discutido, posto que os atos expressivos condenados pela norma penal sequer se relacionam com os assuntos humanos que anseiam por e dependem de novas ideais ou contraposições para florescerem, mas apenas com aquelas opiniões depreciativas de um indivíduo com relação a outro, as quais não podem ser apropriadamente validadas ou defendidas por juízos que apelem à sua veracidade ou não.

⁶⁶⁸ Dado que, constituindo-se as declarações em meras ofensas, desassociadas de assuntos de interesse coletivo, nenhum prejuízo ao autogoverno seria consumado, uma vez que as mensagens constritas sequer se destinariam ao enriquecimento o debate político, com o qual a ideia do governo dos cidadãos tem o seu coração vinculado, cumprindo apenas uma função expressiva para aquele que as enuncia, a qual, contudo, sob a perspectiva coletivista em questão, não teria nenhuma função argumentativa relevante.

calunia determinado indivíduo, causando um dano à sua reputação social (à imagem que tem na sociedade). O Sr. X, inimigo do Sr. Y, afirma, em praça pública, sabendo da falsidade da acusação, que o seu desafeto teria matado um funcionário seu na semana anterior.

Ainda que se pudesse dizer que o argumento milliano poderia contar a favor da não restrição do discurso, dado que esta racionalidade do direito de liberdade de expressão atribui valor até mesmo às declarações erradas e inverídicas, o certo é que não seria difícil enfraquecer-se essa consideração normativa com um simples argumento que procurasse indicar que só há algo de valioso nas mensagens falsas quando estas se propõem a contestar ideias e crenças relativas aos assuntos comuns ao progresso da humanidade, mas não ali onde as mentiras cumprem a menos nobre missão de atacar os interesses reputacionais de um cidadão individual qualquer⁶⁶⁹.

Menos problemas há para se identificar as limitações do argumento alternativo, que faz alusão à necessidade de promoção do autogoverno: como, neste caso, o que importa ao valor constitucional supremo da liberdade discursiva é a expressão de relevância política, tampouco seria passível de receber uma proteção constitucional intensa a mera imputação de fatos ordinários (por mais graves que sejam) a outras pessoas, é dizer, de fatos cuja importância pouco se estende para além dos conflitos privados que suscitam entre dois cidadãos particulares⁶⁷⁰.

Tampouco a versão do “livre mercado de ideias”, apresentada pelo Juiz Holmes, parece guardar maiores sucessos a respeito dessas questões: se até mesmo o mercado econômico demanda que sejam feitas restrições pontuais ao seu livre funcionamento, para que ele seja então mais bem estruturado, por que não o deveria ser, também, o mercado da

⁶⁶⁹Ainda que subsistissem as dificuldades de se traçar uma linha decisória entre as mentiras que interessam ao descobrimento da verdade e aquelas que nada acrescentam ao debate; ainda assim, o que importa, agora, é destacar que um argumento pode ser facilmente construído no sentido de se afastar o valor constitucional da liberdade dos discursos, no caso específico dos problemas que suscitam os crimes contra a honra para esse direito fundamental dos cidadãos, quando este valor é associado ao descobrimento da verdade sobre os assuntos humanos relevantes.

⁶⁷⁰Isso porque, na verdade, ambas as racionalidades tradicionais do direito de liberdade dos discursos ora criticadas parecem conferir maior prioridade à expressão política do que à expressão privada (a tese meiklejohniana, deve-se dizer, o faz de forma expressa, inconteste, sendo este argumento um dos mais centrais ao desenvolvimento das teorias coletivistas do direito de liberdade de palavra), o que termina por garantir a essas últimas um âmbito muito mais limitado de proteção jurisdicional, dificultando a defesa de teses contrárias à limitação dos discursos em hipóteses como aquelas retratadas no texto principal desta dissertação. Não é claro, entretanto, que essa seja uma hierarquização plausível, e existem muitos argumentos normativos em sentido contrário, que são desprezados se são apenas consideradas as justificativas instrumentais do direito de liberdade de expressão. Sobre as dificuldades que essa distinção apresenta. Sobre o tema, notando, entretanto, que o peso que pode ser conferido a essa crítica é limitado, porque a concepção de Meiklejohn sobre o que é um ato de expressão *público* é mais expansiva do que normalmente se argumenta, vide: SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão: Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra*. Idem. p. 125.

comunicação social, diante de situações em que parecem existir interesses sociais mais relevantes, a serem garantidos somente pela restrição de alguns tipos de atos expressivos controversos e, muitas vezes, deploráveis⁶⁷¹?

Nesse sentido, importante notar-se que há alguns atos de expressão ofensivos bastante especiais, que colocam dificuldades ainda maiores ao direito de liberdade discursiva, posto que carregam em si algumas características particularmente problemáticas, que fazem muitos autores identificarem em suas práticas ataques mais virulentos e intensos a interesses e valores humanos tão fundamentais, que tornam o ônus argumentativo para sua defesa e proteção dificilmente superável.

Trata-se do caso dos discursos de ódio, ou seja, aqueles discursos, realizados publicamente e direcionados a uma determinada coletividade, que intencionam ofender, humilhar, rejeitar ou agredir verbalmente esse grupo social, instigando-se o preconceito e a aversão contra os seus integrantes em geral⁶⁷².

Nestas hipóteses, como se discutirá mais detalhadamente adiante – já que o debate inerente à proibição dos discursos de ódio se revelará central para a tarefa de se solucionar um dos desafios colocados por esta dissertação –, muitos dos defensores da constitucionalidade das leis restritivas a essas modalidades de atos expressivos argumentam que elas se fazem necessárias para assegurar um ambiente de maior *harmonia social* e de *maior igualdade de tratamento* entre os cidadãos, impedindo-se que os grupos minoritários vitimizados pelas declarações sejam oprimidos e marginalizados, em decorrência da manifestação das ideias a eles desfavoráveis ou ofensivas⁶⁷³.

Dito de outro modo, eles apelam a interesses humanos (a ordem social e a isonomia entre os cidadãos) que parecem ser tão fundamentais e intrínsecos aos postulados das democracias constitucionais que dificilmente poderiam ser infirmados, de forma razoável e racional, pelas exigências instrumentais de um direito fundamental à liberdade dos discursos.

⁶⁷¹BARENDT, Eric. *Freedom of expression*. Second Edition. Idem. p. 10.

⁶⁷²Trata-se apenas de uma conceituação genérica e primária à ideia de discursos de ódio. A bem da verdade, não é muito simples se chegar a uma concepção plausível e aceita universalmente do que sejam esses discursos, mas, para o argumento que se quer construir agora, essa aproximação generalizante basta.

⁶⁷³BARENDT, Eric. *Freedom of expression*. Second Edition. Idem. p. 08. Ronald Dworkin, por sinal, faz coro a essa ponderação, e a evidencia de forma ainda mais catatônica: afirma que a justificativa milliana é absolutamente insuficiente para impedir que restrições aos discursos de ódio sejam formuladas, o que a configura como uma doutrina fraca da liberdade de expressão. Para defender essa leitura da questão, Dworkin se pergunta se a proibição, por exemplo, de que nazistas desfilem em cidades onde residem muitos judeus, ou de que um membro da Ku Klux Klan grite ofensas contra um negro, tornaria mais difícil que a população descobrisse, de fato, a melhor verdade política, ou se, *contrario sensu*, permitir esse tipo de ação controversa e reprovável realmente permitiria aos cidadãos conhecerem melhor os assuntos humanos mais relevantes (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 326).

Nesse caso, nem um argumento milliano, nem um argumento centrado na necessidade de promoção do autogoverno, conseguiriam encontrar razões boas o suficiente para afastar a presunção (assumida em decorrência da importância dos valores promovidos pelas leis proibitivas) de que a constrição desses discursos seria a melhor medida a ser tomada, para o bom andamento da vida comunitária.

A necessidade de se proteger a igualdade política, assim como a ordem pública⁶⁷⁴, parecem, *prima facie*, valores e interesses mais prioritários, que facilmente superariam os subsidiários e apenas derivados interesses humanos de se alancar verdades sobre a vida⁶⁷⁵, ou de se assegurar as condições para o autogoverno⁶⁷⁶.

Como não bastasse, a defesa coletivista da liberdade de palavra – aquela feita pela teoria meiklejohniana deste valor constitucional –, se utilizada como racionalidade justificante do direito de liberdade discursiva, traria soluções, no mínimo, surpreendentes em determinadas situações.

Isso porque a postura que reivindica a necessidade de restrição dos discursos de ódio é, muitas das vezes, estruturada de forma a se argumentar que esse tipo de expressão silencia os grupos minoritários da comunidade política em que são proferidos, os quais, por terem seu *status* de opressão reafirmado, são marginalizados da vida política e perdem o

⁶⁷⁴Argumentos frequentemente apresentados a favor das legislações que proíbem discursos de ódio.

⁶⁷⁵Esse é, por sinal, um fértil campo de crítica à teoria milliana. A própria condição da verdade como bem social relevante pode ser contestada, e frequentemente o é, de forma que seria mais estimável a decisão de privilegiar outros valores sociais frente a ela. Até porque, como apontam alguns críticos, não há nada que prove, de forma segura, que o discurso irrestrito e aberto realmente conduz a uma melhora e desenvolvimento da comunidade política. Inúmeros são os exemplos históricos que apontam em sentido diametralmente oposto, e o mais emblemático deles não poderia ser menos agradável aos ouvidos de qualquer pessoa: a ascensão do nazismo se deu – muito em função disso, a propósito – em meio a um sistema de governo amplamente democrático e protetor das liberdades públicas, consagrado pela famosa Constituição de Weimar (BARENDT, Eric. *Freedom of expression*. Second Edition. Idem. pp. 08 e ss.). Dworkin, então, deixa especialmente claros os problemas dessa racionalidade da liberdade de expressão, ao fazer referência a duas decisões tomadas por tribunais dos Estados Unidos, favorecendo a liberdade de expressão. Em uma delas, decidiu-se que os estados americanos não podem punir um cidadão que, em um comício da Ku Klux Klan, grita que “o negro deve ser devolvido à África e o judeu a Israel” (*Brandenburg vs. Ohio*); noutra, que um grupo de neonazistas não poderia ser impedido de marchar com suásticas em uma cidade em que residem muitos judeus (caso da cidade de Skokie). O autor se pergunta, então, se a proibição dessas formas de discurso realmente impediria a sociedade de encontrar a verdade e separá-la do erro, dando a entender que somente uma resposta negativa é possível (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. pp. 325/326).

⁶⁷⁶É claro que a defesa da prioridade desses valores outros frente àqueles promovidos pelo direito de liberdade discursiva dependeria, ainda, de que *razões* fossem apresentadas, de forma convincente e coerente, para se justificar de que modo a promoção dos primeiros promove mais intensamente os valores e princípios morais e políticos assegurados pelo sistema jurídico democrático constitucional, ou seja, de que *razões de moralidade política* indicassem porque a sua proteção é mais vantajosa do que prejudicial à população. Entretanto, o que importa, agora, é chamar a atenção para o fato de que o tipo de argumento utilizado por essas racionalidades tradicionais abre portas para que o direito de liberdade de expressão seja interpretado de acordo com essa concepção utilitária do seu valor constitucional, o que revela-se, ao fundo e a cabo, uma medida mais ameaçadora do que garantidora das possibilidades de sua proteção efetiva pelo sistema jurídico nacional.

poder de influenciar os debates públicos mais relevantes⁶⁷⁷.

Nesses casos, conforme aponta Dworkin, “a meta instrumental da democracia operante fica mais próxima quando a liberdade de expressão não é protegida, mas sim limitada”⁶⁷⁸ – as possibilidades de participar do autogoverno, pela maior parte da população, são mais fortalecidas através da limitação de certos discursos, não de sua liberalização, o que indica um aspecto tortuoso dessa racionalidade na sua identificação da importância inerente à liberdade de expressão, ao menos quando se a analisa em toda sua dimensão e alcance⁶⁷⁹.

A própria estrutura dos argumentos que fundamentam as duas primeiras teorias apresentadas, portanto, apontam de forma infranqueável para a impossibilidade de que elas sejam adotadas como justificativas plausíveis para o direito de liberdade de expressão.

Seus escopos protetivos são limitados, seja porque não conseguem apontar qual a importância de determinados atos expressivos (como os insultos particulares, numa briga de pessoas privadas) para o direito constitucional, seja porque, dada sua estrutura essencialmente consequencialista e utilitária, se revelam equiparáveis, ao menos *prima facie*, a outros interesses governamentais ordinários, o que termina por flexibilizar excessivamente o rigor do escrutínio que deve ser realizado na avaliação da constitucionalidade de uma

⁶⁷⁷Dworkin cita como exemplo a luta das feministas contra os discursos de ódio pornográficos, muitas das quais alegam que esse tipo de material, quando divulgado, “silencia” as mulheres na vida política em geral. Vide: DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 328.

⁶⁷⁸DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 328.

⁶⁷⁹Importante destacar, aqui, que a crítica comumente feita à teoria meiklejohniana, de que sua concepção do valor da liberdade de expressão assume como premissa uma concepção majoritária da democracia (é dizer, que vê na busca pelas decisões da maioria o maior sentido do regime democrático), carece de sentido; diz-se, nessa toada, que a concepção do direito de liberdade de expressão associado exclusivamente à necessidade de realização do autogoverno traria consequências contraditórias, posto que, se seu intuito é permitir que a população governe a si mesma, no caso de a maioria dos cidadãos desejarem a promulgação de uma lei restringindo, por exemplo, discursos favoráveis a determinada religião ou grupo social, o mais coerente com a realização dos valores democráticos seria validar a constrição, em respeito ao desejo majoritário da comunidade política em questão. Entretanto, é de se notar que “o majoritarismo é uma concepção de legitimidade democrática absolutamente centrada no momento decisório, ou no momento em que a vontade da maioria se revela, e tende a desprezar os momentos de formação da vontade dessa maioria. Nada mais distante, portanto, do exigente padrão de legitimidade democrática de Meiklejohn, centrado na deliberação pública e no direito de minorias de se apresentarem no foro de discussão, com a permanente abertura que isso traduz. Não há rigorosamente nada na interpretação coletivista da liberdade de expressão que nos permita atribuir-lhe a defesa de que as maiorias políticas tudo podem” (Nesse sentido, as críticas feitas a Meiklejohn apontam para as fragilidades da metáfora que utiliza para identificar o valor inerente à ideia de liberdade discursiva, posto que esta, ao conferir centralidade à necessidade de que o gerenciamento das discussões públicas coletivas seja tal que garanta a manifestação de uma pluralidade de pontos de vista, focando no interesse dos cidadãos em serem informados a respeito dos assuntos políticos relevantes, deixa de se ater às preocupações com os interesses individuais que têm as pessoas em se expressarem livremente. Vide: SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão: Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra*. Idem. p. 134).

norma (especialmente penal) constrictiva dos discursos.

Tudo o que foi dito, por conseguinte, parece infirmar as possibilidades de que sejam elas tratadas como um norte interpretativo mais satisfatório e apropriado para a compreensão, política e moral, do direito constitucional à liberdade dos discursos, de modo que a busca por uma interpretação coerente desta garantia fundamental deve continuar, procurando-se identificar que outros fundamentos morais e políticos podem ser associados ao direito de liberdade de expressão, para, assim, melhor explicar a sua importância para o sistema de governo da democracia constitucional.

É preciso, pois, avaliar se a alternativa restante – aquela que procura ver no ideal da autonomia ou independência ética dos indivíduos o principal valor da liberdade de expressão – pode ser suficiente para lograr atingir esses objetivos.

3.1.2. Críticas às teorias baseadas na promoção da autonomia humana e no ideal da independência ética dos indivíduos.

As reflexões propostas na seção anterior pretendem evidenciar que as justificativas instrumentais para a liberdade de expressão não são fortes o suficiente para fornecer uma interpretação sólida e coerente deste direito constitucional.

Com isso, a conclusão parcial a que se chega é que as justificativas do tipo constitutivo são muito mais eficazes na tarefa de propor um sistema abrangente de tutela jurídica da expressão livre.

A questão, agora, é saber se os argumentos apresentados por aquelas teorias da liberdade de expressão que fornecem justificativas deste tipo para explicar a importância desse direito são convincentes o suficiente ou não.

A preocupação central dessas teorias, como dito, é a defesa de uma tese importante, segundo a qual a garantia da expressão livre se destina a “assegurar aos que desejam pronunciar-se sobre questões de controvérsia política e social a liberdade de fazê-lo”⁶⁸⁰ ou, de outro lado, a proteger os “interesses de se decidir por si mesmo em que acreditar e com base em que razões agir”⁶⁸¹.

São, portanto, teorias que priorizam tanto os interesses dos falantes, quanto os interesses dos ouvintes – identificam, em cada uma das posições em torno dos “atos de expressão”, razões coerentes para justificar a importância da tutela do discurso irrestrito, as

⁶⁸⁰DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. Idem. p. 574.

⁶⁸¹SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 97.

quais fazem referência à necessidade de que seja respeitada a autonomia (ou independência ética) de cada cidadão (autonomia que se afirma na capacidade de se expressar aquilo que se quer e na possibilidade de se formar os próprios juízos a respeito dos mais diversos assuntos humanos).

Para testar o poder de persuasão do argumento subjacente às teorias em questão, o ponto nevrálgico é ponderar se essa reivindicação por um espaço de autonomia ou de independência ética dos indivíduos é satisfatória para a compreensão mais apropriada do que seria o objetivo geral que o direito à manifestação livre do pensamento persegue.

Em geral, argumentos desse tipo supõem, como demonstrado pelo princípio anunciado por Scanlon, que existem determinados tipos de custos gerados pela liberdade de expressão que o governo não pode apontar como justificativa plausível para a limitação do discurso⁶⁸².

Quando afirma isso, Scanlon intenciona dizer que o princípio da liberdade de expressão implica, necessariamente, a conclusão de que esse direito constitucional desfruta de um caráter absoluto em face de determinadas circunstâncias, ou, pelo menos, de uma imunidade absoluta nos casos em que ele deve ser contraposto a supostos “danos” ocasionados pela expressão livre⁶⁸³.

Ocorre, todavia, que, conforme alerta Scanlon, argumentos que fornecem essas conclusões devem ser baseados em considerações mais profundas a respeito do porque os valores da autonomia ou da independência ética devem ser tutelados de forma prioritária, se querem evitar a crítica de que esses mesmos argumentos são arbitrários⁶⁸⁴.

Isso porque, na verdade, a reivindicação pela necessidade de proteção da autonomia ou independência ética dos cidadãos é uma reivindicação que parte do pressuposto de que esses valores são bens sociais a serem promovidos e que são estimados pelos indivíduos em geral⁶⁸⁵, mas não há nada de óbvio na ideia de que a autonomia para se expressar livremente, ou para não ser influenciado por outras concepções de vida, seja de fato um valor social relevante para a maioria dos cidadãos de uma democracia liberal⁶⁸⁶.

⁶⁸²SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 97.

⁶⁸³SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 95.

⁶⁸⁴SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 97.

⁶⁸⁵Barendt também chama a atenção para a fragilidade desses argumentos: afirma não ser claro o fato de que o discurso livre permite a deliberação autônoma do cidadão, ou que é um bem preferível, por exemplo, a outros de grande importância para a promoção desses fins, como o acesso à educação, por exemplo (BARENDT, Eric. *Freedom of expression*. Second Edition. Idem. p. 13).

⁶⁸⁶Assim, interessante notar que o próprio T. M. Scanlon propôs uma revisão de sua teoria da liberdade de expressão original, apontada anteriormente, fornecendo críticas a ela que em muito se aproximam das que ora são formuladas. A teoria original foi apresentada, como mencionado, no seu ensaio *A theory of freedom of*

De fato, a própria ideia de que a liberdade de expressão é valorizada por aqueles que a titularizam pode ser controversa – muitas pessoas não têm interesse algum em participar, seja como ouvinte, seja como falante, dos espaços de discussão pública, ou mesmo de usufruir da arena política democrática para se expressar ou refletir a respeito das mais variadas questões que moldam o ambiente político e moral da comunidade em que vivem⁶⁸⁷.

O problema do argumento, portanto, reside no fato de que ele fundamenta-se por completo em um determinado tipo de consideração que não pode ser universalizada à razão de todos os cidadãos. Ele provê, dito de outra forma, uma justificativa para proteção do direito de liberdade discursiva que não necessariamente seria referendada por todo e qualquer cidadão, o que torna sua defesa parcial e frágil.

Pense-se, por exemplo, em alguém que integre determinado grupo religioso que, de acordo com suas doutrinas, nega por completo a possibilidade de existência do livre-arbítrio e da capacidade de autodeterminação dos indivíduos; para essa seita, os destinos humanos são traçados desde o momento em que ocorre a concepção e a formação de uma vida nova.

Para pessoas imersas no caldo de cultura e tradições dessa religião, o valor da autonomia individual não carregaria nenhum tipo de importância ou significado especial; não se prestaria, portanto, a ser uma razão convincente para justificar, aos crentes que professam o culto em questão, a necessidade de se proteger o direito de todos se manifestarem sem restrições.

Diante de discursos que lhes soassem ofensivos, por exemplo, os professantes desta religião poderiam argumentar que, do ponto de vista que possuem, é dizer, a partir do referencial axiológico que decidem adotar para suas vidas, a necessidade de punições estatais seria imperativa, porque nenhum valor objetivo eles conseguiriam identificar na garantia da liberdade de palavra que suplantasse os malefícios por ela gerados àqueles para quem as ofensas são dirigidas.

Com isso em mente, é interessante procurar identificar bases mais sólidas para a elaboração de uma justificativa constitutiva convincente para a liberdade de expressão, que não faça apelo a valores que, em si mesmo, são controversos.

Para tanto, se faz necessário chamar a atenção para alguns dos fundamentos comuns

expression, que é o primeiro capítulo da sua coletânea de ensaios denominada *The difficulty of tolerance*; nesta obra, o capítulo 05 – *Freedom of expression and categories of expression* – fornece uma revisão da teoria original, pontuando justamente algumas das críticas que são feitas neste trabalho. Para acessar essa reformulação da teoria de Scanlon, vide: SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. pp. 93 e ss.

⁶⁸⁷RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Idem. p. 147.

de toda democracia liberal contemporânea – é dizer, de algumas características fundacionais deste regime de governo e de que forma a compreensão mais adequada sobre elas permite a elaboração de um argumento a favor do direito à liberdade de expressão.

Isso é importante, porque as intuições que se tem a respeito de qual o sistema político mais apropriado são cruciais na estipulação do papel que as liberdades públicas fundamentais (dentre as quais se insere aquela referente à livre manifestação do pensamento) devem adquirir no funcionamento deste mesmo sistema de governo.

Conforme já alertava John Rawls, “o sistema de liberdades fundamentais, como uma família, faz parte de uma concepção de justiça coerente e viável, apropriada à estrutura básica de um regime democrático e, além disso, de uma concepção que é compatível com as convicções mais essenciais de tal regime”⁶⁸⁸.

E é justamente a teoria política rawlsiana que será adotada como referencial teórico para o desenvolvimento dessas reflexões, que ocuparão as seções finais desta dissertação.

3.2. Os fundamentos morais e políticos da liberdade de expressão – tomada de posição:

3.2.1. Introdução:

Até este momento, procurou-se realizar uma preparação do terreno não só para que os problemas a serem enfrentados por esta dissertação pudessem ser apropriadamente traduzidos em termos mais claros e objetivos (destacando-se quais os específicos desafios que a criminalização de condutas ofensivas à honra impõe ao sistema democrático constitucional), mas também para se chamar a atenção para o fato de que a forma com que, tradicionalmente, o direito à liberdade discursiva tem sido interpretado vincula-se ao reconhecimento e à adoção de certas racionalidades sobre o valor da liberdade de expressão que, todavia, não conseguem apresentar uma justificativa satisfatória e coerente para os termos em que deve ocorrer a proteção constitucional da liberdade de palavra.

É chegada a hora, portanto, de se assentar definitivamente neste terreno já lapidado pelas considerações iniciais do trabalho e, enfim, procurar-se desenvolver os argumentos que se entende apropriados para fornecer a interpretação do direito de liberdade de expressão sob sua melhor luz.

⁶⁸⁸RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 312.

Essa interpretação, entretanto, deve mostrar-se coerente com o esquema de decisões políticas emanadas no passado da comunidade política em que está previsto o direito fundamental em questão. Dito de modo mais simples, é necessário que seja apresentada uma justificação *plausível* deste direito constitucional – aquela que não se distancia excessivamente da tradição jurídica cultivada pelo país, ou seja, que não se mostra incompatível com o sistema político e jurídico que, historicamente, é reconhecido e adotado pela sociedade em comento⁶⁸⁹.

Antes, contudo, de que se possa avaliar esse ajuste da interpretação proposta com o sistema jurídico positivado (as decisões políticas do passado), é fundamental que se esclareça qual o *conteúdo substantivo* que ela possui, é dizer, quais são os argumentos e racionalidades que a sustentam e conferem a ela uma (suposta) superioridade diante das hipóteses que lhes são concorrentes.

Em razão disso – e tal qual já foi, inclusive, destacado em diversas oportunidades –, a defesa de determinada interpretação do direito de liberdade de expressão dependerá, essencialmente, da elaboração de uma análise filosófica a respeito dos seus fundamentos morais e políticos, o que significa dizer que, para a sua adequada compreensão, é preciso que se esclareça *por quais razões, e de que modo*, a proteção deste direito individual conectasse com (e promova) a realização dos objetivos e princípios políticos e morais mais abstratos da comunidade a que ele deve servir.

Mas quais são esses objetivos e princípios, no caso específico da nação brasileira? Uma simples e superficial leitura da Constituição Federal permite chegar a uma conclusão provisória e preliminar a respeito do assunto.

Isso porque, dos dispositivos que desta norma se depreende⁶⁹⁰, fica nítido que o Brasil se insere naquela tradição do pensamento político ocidental que instituiu, como modelo mais apropriado para o exercício legítimo do poder constituído, a chamada *democracia*

⁶⁸⁹Isso, como visto, não significa que as decisões políticas do passado não possam, nunca, serem reputadas como equivocadas e substituídas por novas compreensões a respeito do que determinados direitos jurídicos realmente prescrevem. Dworkin é claro no sentido de que juizes, ao apreciarem determinado caso, não só podem, como *devem* alterar entendimentos anteriores de seus antepassados, caso acreditem que há justificativas melhores e mais coerentes para as propostas interpretativas alternativas que sugerem. O que não é possível, apenas, é que essa interpretação inovadora seja tão revolucionária que não consiga guardar nenhuma coerência e adequação com a tradição dos valores políticos e morais reinantes naquela dada comunidade – como, por exemplo, uma interpretação que procurasse dar conteúdo marxista a preceitos de uma constituição política nitidamente instituidora de um regime econômico capitalista. Vide: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Idem. pp. 343 e ss.

⁶⁹⁰Pode-se citar, por exemplo, aqueles que instituem o sufrágio universal, a Separação dos Poderes, os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, a proteção do livre mercado econômico, dentre muitos outros, que são historicamente associados ao pensamento democrático e liberal da teoria política contemporânea e moderna.

constitucional liberal, muito embora ainda não fique claro, muito menos livre de controvérsias, o que realmente vem a caracterizar e definir o sistema político (e os seus valores) em questão.

De fato, muitas são as concepções que podem ser vinculadas aos conceitos de democracia, de constitucionalismo e de liberalismo⁶⁹¹, de modo que se torna necessário recorrer à teoria política normativa para se identificar quais os apropriados fundamentos do sistema democrático constitucional liberal, é dizer, quais suas bases morais mais consistentes e quais os padrões normativos (princípios) que suas instituições devem satisfazer para serem consideradas legítimas (incluindo aí, naturalmente, o direito penal).

É a partir da explicação destes, por sua vez, que será possível construir-se a decisiva mobilização de argumentos para se obter a compreensão mais adequada de qual o escopo protetivo da garantia constitucional da liberdade discursiva. Para tanto, as atenções desta dissertação deverão ser voltadas àquele que é considerado, por muitos, o mais influente projeto de teoria política normativa da contemporaneidade⁶⁹²: o liberalismo-igualitário de John Rawls.

3.2.2. *Democracia, justiça e o liberalismo político de John Rawls.*

No capítulo anterior deste trabalho, uma das seções foi dedicada à apresentação do argumento coletivista a favor do direito de liberdade de expressão, o qual, como visto, vincula o desfrute dessa garantia constitucional às possibilidades de exercício efetivo do

⁶⁹¹Com relação ao liberalismo, por exemplo, Thomas Nagle chama a atenção para o fato de que diversas compreensões podem ser associadas ao termo, concepções muitas das vezes contraditórias e antagônicas. Na Europa continental, por exemplo, este é um ideal utilizado como forma de crítica à direita política e à sua confiança extremada no bom funcionamento do livre mercado econômico, conquanto nos Estados Unidos é utilizado para atacar a esquerda e o seu apego irreal aos valores da igualdade econômica e social. O mesmo ocorre com as ideias de democracia e constitucionalismo (afinal, são todos conceitos *interpretativos*, não *criateriais*), por isso se afirma que o reconhecimento de que o sistema político em vigor é uma democracia constitucional liberal diz ainda muito pouco a respeito do que efetivamente se põe em prática no exercício do poder político de algum Estado-nação. Sobre os “muitos liberalismos”, vide: NAGEL, Thomas. “Rawls and Liberalism”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 62.

⁶⁹²Thomas Nagel, nesse sentido, afirma que Rawls constitui o principal expoente de uma das inúmeras vertentes do liberalismo político, notadamente aquela que se tornou a mais sólida e influente nos debates contemporâneos que são feitos sobre o tema (NAGEL, Thomas. “Rawls and Liberalism”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. p. 63). De fato, o protagonismo de Rawls é tanto que, atualmente, chega-se a falar da existência de uma teoria política normativa “de antes” e outra “de depois” que os seus principais trabalhos foram publicados e utilizados como referência primordial no debate acadêmico sobre o assunto – sobre essa centralidade e importância do pensamento rawlsiano vide, por exemplo, o clássico manual de Roberto Gargarella: GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

autogoverno, tido como aspecto cardinal dos regimes democráticos por diversos autores da teoria política, moderna e contemporânea⁶⁹³.

Foi demonstrado, entretanto, que esse vínculo estabelecido entre uma e outra ideia (o direito de liberdade discursiva e o exercício pleno do autogoverno democrático) dá-se através de uma lógica *consequencialista*, é dizer, que procura argumentar que a proteção dos espaços de liberdade de manifestação do pensamento na sociedade democrática implica a *obtenção de vantagens* por parte de toda a comunidade política, na medida em que, apenas em cenários de abertura comunicativa plena, mais informações são postas à disposição dos cidadãos, que podem então deliberar de modo mais eficaz e completo a respeito das decisões que serão tomadas pela autoridade política que os governa.

Dito de outro modo, apenas quando se assegura a proteção do direito em questão é que se cria as condições necessárias ao exercício do autogoverno, dado que apenas deste modo é que se consegue obter a satisfação dos interesses deliberativos e informacionais dos cidadãos em geral – o direito de liberdade discursiva é, pois, *um meio* para que se alcance o objetivo, fundamental à democracia, de possibilitar a prática do autogoverno.

Há, todavia, muitos problemas na fundamentação do direito de liberdade de palavra nessa racionalidade, como também já fora indicado anteriormente.

Sobretudo, o que se questiona é a sua capacidade de “levar os direitos individuais a sério”⁶⁹⁴, posto que, ao considerar o valor da expressão livre na forma dos benefícios que ela assegura aos cidadãos democráticos, é dizer, por meio de uma justificativa meramente *instrumental*, a racionalidade em questão termina por equiparar as razões (de princípio) que são levantadas em defesa do direito à liberdade dos discursos com todo e qualquer interesse governamental na restrição da expressão livre (interesses que são identificados, também, a partir dos benefícios e prejuízos que a sua promoção traz à sociedade democrática), fragilizando significativamente o âmbito de proteção juridicamente assegurado por tal garantia constitucional dos indivíduos.

Isso não significa, todavia, que inexistente uma relação entre a instituição de um direito jurídico à liberdade de expressão de ideias e pensamentos e o regime democrático como um todo – o ponto é, porém, que essa relação fica mais bem compreendida quando se nota que ela possui um sentido mais profundo, mais íntimo do que o argumento meiklejohniano faz

⁶⁹³Como visto, as interpretações coletivistas da liberdade de expressão remontam à tradição republicana do pensamento político e sustenta, até hoje, diversos defensores de suas premissas básicas, como Carl Sustain e Owen Fiss.

⁶⁹⁴Vide item 3.1.1., *supra*.

supor.

Para se elucidar de que forma essa relação se consolida, entretanto, é necessário retomar-se a alguns pontos, fundamentais à construção do argumento.

Foi dito que a interpretação do direito de liberdade de palavra dependerá da identificação dos objetivos morais e políticos do sistema de governo ao qual ele pretende integrar-se, ou seja, dependerá dos fundamentos filosóficos que serão conferidos ao sistema político no qual está instituído, e que esse sistema, no Brasil, é aquele que se denomina, usualmente, de democracia constitucional. A teoria democrática, contudo, é bastante ampla e diversificada, e obter uma concepção satisfatória da democracia não é tarefa simples.

Uma forma de se aproximar ao problema é fazendo-se notar que existem alguns aspectos comuns dos regimes democráticos que, muito embora não possam constituir em si uma explicação exaustiva de qual a melhor forma de se concebê-los, possibilitam que seja encontrado um caminho normativamente coerente para se chegar a um resultado plausível a respeito de qual a mais apropriada concepção que pode ser associada a eles.

Essa foi a estratégia adotada pelo filósofo político John Rawls⁶⁹⁵. De fato, o que fez o autor foi tentar persuadir os seus leitores de que, tomando por base algumas “ideias fundamentais”⁶⁹⁶ que são inerentes à cultura pública dos regimes democráticos, será possível traduzi-las, através de uma elaboração filosófica do seu significado e de suas implicações, em princípios normativos que governarão a organização da estrutura da comunidade política, de modo que fique capturado, nela e em todas as suas instituições, o senso comum da população a respeito do que constitui a essência das democracias constitucionais da atualidade⁶⁹⁷.

Dito de outro modo, Rawls quis identificar as bases racionais que melhor oferecem uma *explicação moral* para os sistemas políticos que compartilham essas características em comum⁶⁹⁸ e apontar qual *o arranjo institucional* mais justo e viável para a realização dos

⁶⁹⁵Por isso mesmo é que se diz que a teoria rawlsiana não poderia ser elaborada se não houvesse pressuposto um modelo de sociedade já existente; por mais que seja uma teoria normativa, que procura indicar como as instituições políticas *devem* se estruturar e organizar, ela é uma teoria normativa para um *específico tipo de comunidade e de instituições* que nela atuam. Vide: MICHELMAN, Frank I. “Rawls on constitutionalism and constitutional law”. In: FREEMAN, Samuel (Ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 397.

⁶⁹⁶Ou, como diz o autor, as convicções e tradições mais arraigadas nos Estados democráticos da contemporaneidade: RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 300.

⁶⁹⁷Dito de outro modo, Rawls identifica alguns “valores-chave” do caldo cultural que configura a democracia constitucional e assume que, a partir deles, se pode recomendar quais os princípios de justiça que melhor conseguirão cumprir a tarefa de desenhar o arranjo institucional desse sistema político de governo. Vide: MICHELMAN, Frank I. “Rawls on constitutionalism and constitutional law”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. pp. 399/400.

⁶⁹⁸Esse é, por assim dizer, o grande objetivo da sua primeira obra fundamental, o já mencionado *Uma teoria*

valores democráticos cardias⁶⁹⁹.

Pois bem. A ideia de democracia, em seu sentido literal, indica que o povo deve governar a si mesmo, mas o significado mais preciso do que vem a ser esse autogoverno não fica esclarecido por essas ideias superficiais.

Um bom ponto de partida pode ser a proposição conhecida de Dahl, segundo quem “a democracia é o sistema político em que a *oportunidade de participação* em decisões é amplamente partilhada por todos os cidadãos”⁷⁰⁰, embora ainda assim não fique claro⁷⁰¹, por exemplo, como se pode avaliar o grau de participação dos cidadãos na tomada das decisões políticas que lhes são vinculantes, ou mesmo se devem ser exigidas circunstâncias ou condições especiais para que essa participação ocorra e os seus resultados possam, então, ser considerados legítimos e não arbitrários⁷⁰².

Formas diferentes de se conceber, mais aprofundadamente, o que é a democracia terminam por atribuir significados também distintos aos componentes dessa equação que associa ao coração deste sistema político a demanda por iguais oportunidades de participação na tomada das decisões coletivas da comunidade.

Abordagens mais clássicas, por exemplo, tendem a definir o exercício do autogoverno democrático como aquele que considera legítima a autoridade política quando as suas decisões são o resultado da agregação das vontades individuais dos cidadãos que por elas serão influenciados, é dizer, quando se respeita um *processo decisório majoritário*, capaz de endossar as condições de igual participação de toda a população na condução dos assuntos públicos ao conferir aos interesses particulares de cada cidadão o *mesmo peso e importância* que aos interesses de seus pares, de modo que a decisão política resultante seja simplesmente aquela que melhor converge com os anseios e desejos comuns à maior parcela

da justiça, conforme indica Samuel Freeman, em: FREEMAN, Samuel. “Introduction”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 01.

⁶⁹⁹Esse é o objetivo mais específico de sua segunda grande obra, chamada de *O liberalismo político*, conforme indica, também, Samuel Freeman: FREEMAN, Samuel. “Introduction”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. p. 02.

⁷⁰⁰DAHL, Robert. *A moderna análise política*. Rio de Janeiro: Lidaador, 1970, p. 20 – g.n.

⁷⁰¹É importante notar que essa ideia de democracia como “governo do povo” é tomada por muitos autores como o ponto mais básico que caracteriza os governos democráticos, muito embora admitam que um esclarecimento mais aprofundado do que isso significa é necessário. Vide, no mesmo sentido, por exemplo: DWORKIN, Ronald. “A democracia e os direitos do homem”. In: DARTON, Robert; DUHAMEL, Oliver (orgs.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 158.

⁷⁰²FRANCISQUINI, Renato. *Democracia, liberdade de expressão e valor equitativo das liberdades comunicativas*. Tese (doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014, p. 45. Nesse sentido, segundo Iris Young, “a legitimidade normativa de uma decisão democrática depende do grau em que os afetados por ela foram incluídos no processo decisório e tiveram a oportunidade de influenciar os seus resultados” (YOUNG, Iris M. *Inclusion and democracy*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010, pp. 5/6).

da população deliberante⁷⁰³.

Nesse sentido, pode-se dizer que há a adoção de uma *concepção minimalista* a respeito dos critérios necessários à *garantia da igualdade política*, segundo a qual, para se alcançar esse componente equitativo da democracia, basta que a participação dos cidadãos seja restrita “à escolha de elites de governantes ou pacotes de políticas públicas”⁷⁰⁴ por meio de eleições majoritárias regulares, os quais guiarão, em função de seus programas de governo, os caminhos a serem trilhados futuramente pela comunidade como um todo⁷⁰⁵.

O condicionamento dos valores democráticos à realização, única e exclusivamente, dessa espécie de majoritarianismo decisório, entretanto, parece falhar na sua tentativa de compreender de forma apropriada e coerente os regimes políticos que, atualmente, se qualificam como democracias – e parece falhar, justamente, porque concebe mal o ideal da igualdade política democrática⁷⁰⁶.

Deve-se ressaltar, então, que a igualdade política “não se limita a uma ideia tradicional segundo a qual os arranjos políticos devem ser estruturados de tal maneira que

⁷⁰³Essa relação entre a discussão pública e a democracia ocorre por aquilo que Francisquini chama de *tese da contribuição*, segundo a qual o papel da deliberação é apenas o de contribuir para a informação dos cidadãos sobre os assuntos públicos em geral, para que eles possam orientar suas escolhas e opiniões políticas de acordo com os seus interesses particulares, na busca da formação de uma maioria decisória que é quem decide, soberanamente, os rumos a serem seguidos pela associação política como um todo. Sobre essa tese, vide: FRANCISQUINI, Renato. *Democracia, liberdade de expressão e valor equitativo das liberdades comunicativas*. Tese (doutorado). Idem. pp. 47 e ss.

⁷⁰⁴FRANCISQUINI, Renato. *Democracia, liberdade de expressão e valor equitativo das liberdades comunicativas*. Tese (doutorado). Idem. p. 110. Afirma, nesse sentido, o autor: “Na medida em que os grupos em competição pelo poder formulam os seus programas e realizam as suas agendas tendo em vista as preferências dos cidadãos – medidas pela regra da maioria –, cujo controle sobre governo se dá através das eleições periódicas, está garantido o caráter responsivo do Estado e a igual consideração pelos interesses de todos” (FRANCISQUINI, Renato. *Democracia, liberdade de expressão e valor equitativo das liberdades comunicativas*. Tese (doutorado). Idem. p. 110).

⁷⁰⁵Essa é, por sinal, uma forma de se compreender o que significa o autogoverno democrático bastante consistente com a justificativa coletivista para o valor da liberdade de expressão, haja vista que, de acordo com essa racionalidade, a garantia de um direito protetivo dessa abertura comunicativa é requisitada, como visto, apenas por constituir ele um meio seguro para se conquistar a mais completa satisfação dos interesses informacionais e deliberativos dos cidadãos, tornando-os capazes e competentes para, através de processos majoritários, decidirem a respeito do futuro de sua comunidade política. Ela falha, portanto, e como se demonstrará logo em seguida, ao não conseguir levar os “direitos fundamentais dos indivíduos a sério”, justamente por pressupor que a simples observância do requisito majoritário é suficiente para afirmar o caráter democrático de toda e qualquer decisão política coletivamente tomada, o que é um equívoco.

⁷⁰⁶De fato, alguns argumentos pragmáticos podem ser utilizados para referendar essa assertiva, como, por exemplo, quando se faz notar que nas democracias da contemporaneidade existem alguns institutos jurídicos ou mesmo instituições sociais que mitigam a centralidade do majoritarianismo decisório para os regimes democráticos; nessa toada, Dworkin aponta para a existência de duas Casas Legislativas distintas, a Câmara dos Deputados e o Senado da República, esta menos representativa do que aquela, como um forte indicador do fato de que o princípio majoritário não reverbera uma concepção apropriada do ideal normativo da igualdade política, posto que, para este, não é a possibilidade de que todos os cidadãos votem em pé de igualdade o que melhor captura a preocupação igualitária dos regimes democráticos de governo (DWORKIN, Ronald. “A democracia e os direitos do homem”. In: DARTON, Robert; DUHAMEL, Oliver (orgs.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Idem. p. 158).

todos tenham *igual influência* sobre as decisões coletivas vinculantes”⁷⁰⁷, de acordo com o brocado “uma cabeça, um voto”.

O ideal da igualdade política, na verdade, deve assumir uma semântica mais forte, segundo a qual o relevante não é a possibilidade de que cada cidadão contribua, de forma equiparada com seus pares, com a tarefa de decidir os rumos que a sua comunidade política deverá seguir no futuro, independentemente de quais sejam eles⁷⁰⁸, mas sim o reconhecimento de um *status* moral igualitário sustentado por cada um desses indivíduos⁷⁰⁹, *status* que deve ser mantido inviolado mesmo quando as escolhas da maioria da população requeiram o contrário (nesses casos, a decisão majoritária é que deve ser revista)⁷¹⁰.

Isso significa que são impostas condições especiais ao princípio majoritário da democracia⁷¹¹, ou seja, que as decisões coletivas tomadas em congruência com os interesses da maioria populacional não são absolutas, é dizer, não devem ser acatadas e respeitadas unicamente por traduzirem os anseios do maior número de cidadãos democráticos. Elas exigem, outrossim, que outros critérios sejam atendidos para que possam ser consideradas legítimas.

Dito de outro modo, pode-se afirmar que o objetivo essencial dos regimes

⁷⁰⁷FRANCISQUINI, Renato. *Democracia, liberdade de expressão e valor equitativo das liberdades comunicativas*. Tese (doutorado). Idem. p. 102 – g.n.

⁷⁰⁸O que constitui apenas *um* dos aspectos característicos dos regimes democráticos ocidentais, deve-se dizer.

⁷⁰⁹Isso é o que leva Dworkin a afirmar, por exemplo, que o ideal do autogoverno, fundado na igualdade política dos cidadãos democráticos, advém da própria dignidade pessoal dos homens, que não devem ser subjugados de nenhuma forma. Vide: DWORKIN, Ronald. “A democracia e os direitos do homem”. In: DARTON, Robert; DUHAMEL, Oliver (orgs.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Idem. p. 158.

⁷¹⁰Essa importância diferenciada conferida ao valor da igualdade política, por sinal, é um dos traços mais importantes do liberalismo rawlsiano, e de toda uma corrente de pensadores liberais que beberam de sua fonte; de fato, este é o aspecto que mais afasta as concepções políticas do autor do liberalismo clássico, no qual o valor da liberdade era significativamente majorado quando contraposto à igualdade. Rawls, entretanto, inovou ao elaborar uma versão igualitária do liberalismo, justamente porque foi capaz de perceber e reforçar a ideia de que as desigualdades de *status* que atingem os cidadãos democráticos podem ocorrer através de outras formas que não aquelas explicitamente consagradas pelo tratamento diferenciado da lei (uma desigualdade formal) – o sistema econômico e social pode sustentar desiguais oportunidades de vida para diferentes pessoas, o que também deve ser tomado em consideração na avaliação da justiça das instituições políticas e sociais (NAGEL, Thomas. “Rawls and Liberalism”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. p. 64). Para o liberalismo igualitário, portanto, pode-se dizer que liberdade e igualdade são valores complementares, que se realizam mutuamente, não valores contrapostos, como o debate político tradicional tende, muitas vezes, fazer crer que são. Sobre esse ponto, em especial, vide: DWORKIN, Ronald. “Do values conflict? A hedgehog’s approach”. Idem. pp. 253 e ss.

⁷¹¹Só há autogoverno democrático, portanto, quando todos os membros de uma dada comunidade política são considerados e tratados, independentemente do que deseja a maioria da população, como membros morais *equitativos* dessa mesma comunidade. Em outras palavras, é essencial que a tomada de decisão pela maioria respeite, antes, as condições democráticas de igualdade entre todos os cidadãos, para que, somente assim, ela tenha qualquer valor moral real e possa ser considerada legítima (sobre a questão da legitimidade política dos regimes democráticos, deve-se dizer, será dedicada maior atenção nos itens subsequentes deste trabalho) – uma restrição aos limites da legítima autoridade política que a concepção majoritarista não impõe à democracia. Vide: DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 36.

democráticos não é o de referendar tudo aquilo que a maior parte da população escolhe para o futuro de sua comunidade política, afirmando, desse modo, um valor igualitário entre eles, no sentido de que as preferências de uns não devem contar mais do que a de outros.

O objetivo dos regimes democráticos, como alerta Dworkin, tem que ser diferente: deve assentar que “as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, *a mesma consideração e o mesmo respeito*”⁷¹² – a representatividade democrática, portanto, não se lastreia na ideia de “vontade da maioria”, mas sim da “efetivação do igual valor moral de cada indivíduo perante os seus pares”⁷¹³.

Nesse sentido, para o liberalismo político, e a concepção de democracia a ele associada⁷¹⁴, o igual respeito pelos outros, expresso através do reconhecimento de certos direitos individuais, deve ser valorizado por si mesmo e deve ser tido como o valor mais alto

⁷¹²DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 26 – g.n. Nesse sentido, o autor diz que a democracia deve ser compreendida como um empreendimento coletivo, como um time de futebol ou uma orquestra – neles, os jogadores e músicos são apenas coadjuvantes, sendo o próprio time e a orquestra o ator principal. Isso significa não que há uma preferência ao coletivo com relação ao individual, mas apenas e tão somente que “cada cidadão pode considerar as ações da sociedade inteira como sendo também, indiretamente, as suas próprias ações”, o que reforça a exigência de que, para tanto, todos sejam vistos como cidadãos iguais, que desfrutam o mesmo *status* moral que os demais: “Os cidadãos só podem sentir-se parceiros num empreendimento coletivo de governo dos cidadãos se lhes são assegurados certos direitos fundamentais” (DWORKIN, Ronald. “A democracia e os direitos do homem”. In: DARTON, Robert; DUHAMEL, Oliver (orgs.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Idem. pp. 159/161).

⁷¹³Isso, por sinal, é que adiciona um importante qualificativo aos regimes democráticos da contemporaneidade; como diz Dworkin, essa concepção da democracia é, mais precisamente, uma concepção *constitucional* da democracia (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 26). O ideal normativo do constitucionalismo, muito embora seja ele próprio controverso, carrega consigo um sentido geral mais ou menos consensual, segundo o qual a autoridade política soberana, mesmo a mais elevada delas (que, nas democracias, seria o povo), está sempre sujeita aos limites impostos pelas leis promulgadas e, mais ainda, pelo texto constitucional, que determina como a própria estrutura política da comunidade deverá ser assentada e organizada de forma apropriada. Isto é, portanto, a forma de se efetivar, instrumentalmente, esses limites que devem ser impostos às decisões majoritárias para que elas sejam legítimas. Rawls, por sinal, que será o autor utilizado para guiar o argumento central deste trabalho, também procurou oferecer uma concepção filosófica da *democracia constitucional*, ou seja, de um regime democrático que não se guia unicamente pelo princípio majoritário e que demanda a existência de outros controles normativos importantes para que seja atestada a legitimidade do exercício do poder político do Estado – sobre Rawls e sua inserção no que se chama de constitucionalismo, por exemplo, vide: MICHELMAN, Frank I. “Rawls on constitutionalism and constitutional law”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. p. 394.

⁷¹⁴Importante notar que, ao fundo e ao cabo, o liberalismo político de Rawls, lastreado na sua concepção da justiça como equidade, relaciona-se com a ideia de democracia, ao menos, de três formas distintas: (i) o conteúdo da concepção mais razoável de justiça exige um sistema político democrático; (ii) os fundamentos dos princípios de justiça repousam na ideia de uma sociedade democrática, uma sociedade de iguais – e o conteúdo desses princípios expressam essa ideia; e (iii) o papel desses princípios é o de guiar o julgamento dos cidadãos de uma sociedade democrática, apresentando normas fundamentais da argumentação política que são vinculadas a esse status igualitário (COHEN, Joshua. “For a democratic society”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 91/92).

das instituições políticas fundamentais⁷¹⁵.

O que significa, entretanto, de modo mais profundo, esse reconhecimento do *status* moral igualitário dos indivíduos?

De acordo com Rawls, este é um daqueles ideais implícitos na cultura pública dos regimes democráticos, o que significa dizer que, em geral, quando os indivíduos veem-se ocupando o papel de cidadãos de uma democracia, eles também veem os seus pares de igual forma⁷¹⁶, é dizer, como cidadãos democráticos que possuem as mesmas qualidades e prerrogativas que eles próprios⁷¹⁷.

A essa ideia, então, Rawls dá o nome de *conceito político de pessoa*⁷¹⁸, e é a partir dela que o autor entende ser possível identificar-se as bases substantivas mais apropriadas a uma compreensão filosófica da democracia constitucional.

Segundo o autor, o conceito político de pessoa implica que todos os indivíduos devem ser considerados como pessoas *livres e iguais*, o que significa, por sua vez, que todos possuem a capacidade de desfrutar dos dois poderes morais fundamentais, a razoabilidade e a racionalidade, entendidos como aquelas condições empíricas necessárias para se engajar na convivência social⁷¹⁹.

Dito de outro modo, é por possuírem os dois poderes morais que se diz que as pessoas são livres, e é porque todos os cidadãos os possuem que se diz que são eles iguais⁷²⁰. Ademais, dizer que os poderes morais são os requisitos empíricos para se engajar na convivência social implica reconhecer-se que eles são aquelas *capacidades* dos cidadãos que possibilitam que eles tenham uma participação efetiva na vida política e social na qual estão inseridos⁷²¹, por toda sua vida.

Assim, os poderes morais são vistos como a base do *status* da livre e igual

⁷¹⁵NAGEL, Thomas. “Rawls and Liberalism”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. p. 83.

⁷¹⁶FREEMAN, Samuel. “Introduction”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. p. 34.

⁷¹⁷Segundo Rawls, a concepção política de pessoa “caracteriza como os cidadãos devem ver a si mesmos e aos demais indivíduos nas suas relações políticas e sociais” (RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 300 – tradução livre).

⁷¹⁸Para mais detalhes sobre o conceito, vide: RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. pp. 299 e ss.

⁷¹⁹FREEMAN, Samuel. “Introduction”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. “Introduction”. Idem. p. 34.

⁷²⁰FLEMING, James E. “Securing deliberative democracy”. Idem. p. 1439.

⁷²¹De forma mais específica, a razoabilidade, entendida como a capacidade para se ter um senso de justiça, permite que os cidadãos democráticos entendam, apliquem e sejam normalmente motivados a agir a partir dos princípios de justiça que, como se verá, apresentam o norte normativo que orienta a sociedade democrática justa, enquanto a racionalidade é compreendida como a capacidade de se ter uma concepção da vida boa, ou seja, de se formar, revisar e racionalmente perseguir uma concepção qualquer do que é valoroso na vida humana. Vide: RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 302.

cidadania⁷²², que, de acordo com as intuições morais compartilhadas por todos, caracterizam os cidadãos de regimes democráticos constitucionais.

Essa ideia da concepção política de pessoa, então, é conectada com outro elemento fundamental que consta da cultura pública dos regimes democráticos de governo: a noção de que a convivência social entre pessoas livres e iguais ocorre na forma de um *empreendimento cooperativo de vantagens mútuas*⁷²³.

Isso significa que uma sociedade política não deve ser entendida como uma associação mais ou menos autossuficiente de pessoas que, nas suas relações intersubjetivas, reconhecem certas regras de conduta como vinculantes e que, na maior parte do tempo, atuam em obediência a elas; é preciso que se reconheça que a cooperação social sempre se dá na *busca de benefícios mútuos* para aqueles que nela tomam parte⁷²⁴.

Nessa toada, diz-se que é um empreendimento de mútuas vantagens, porque no seu seio, para além das divergências que cada cidadão nutre em decorrência dos específicos planos de vida que adotam para si, há também uma convergência de interesses desses indivíduos, no sentido de que a convivência leva a uma vida melhor e de mais qualidade do que se cada pessoa vivesse sozinha e isolada do convívio social⁷²⁵.

Dito de forma ainda mais específica, a cooperação baseada nos benefícios mútuos implica duas coisas⁷²⁶: (i) há uma noção compartilhada, por todos os indivíduos que nela estão engajados, de *termos equitativos de cooperação*, os quais se assume que todo cidadão razoável aceitará, pressupondo-se que os seus pares também o farão; e (ii) os cidadãos democráticos buscam obter vantagens racionais para si, é dizer, procuram alcançar a satisfação de suas metas e interesses pessoais de vida, muitas vezes de forma conjunta com seus concidadãos (embora se entenda que, no mais das vezes, pessoas distintas têm metas e interesses também distintos).

Para se chegar ao argumento central desta dissertação, então, é preciso dispender um pouco mais de atenção ao primeiro desses dois elementos mencionados.

O benefício mútuo que decorre da aceitação desses termos equitativos de cooperação social deriva do fato de que essa ideia articula uma noção de *reciprocidade e mutualidade* entre os cidadãos democráticos.

Como devem ser entendidos como os “termos em função dos quais nós, como

⁷²²RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 303.

⁷²³RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 04.

⁷²⁴RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 300.

⁷²⁵RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Idem. p. 04.

⁷²⁶RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 300.

peças iguais, estamos dispostos a cooperar de boa-fé com todos os membros da sociedade ao longo de toda uma vida. [E] acrescentemos: estamos dispostos a fazê-lo sobre uma *base de respeito mútuo*⁷²⁷, eles implicam que os indivíduos em geral devem compartilhar encargos e desfrutar de benefícios sociais de forma equiparada, é dizer, sem que uns “ganhem mais vantagens” do que outros, e vice e versa.

Mas o que seriam, então, esses termos equitativos de cooperação social? Dito de modo objetivo, eles constituem aquilo que Rawls chama de *princípios de justiça*. São nada mais nada menos do que os padrões normativos mais abstratos que deverão vincular a organização e estruturação das instituições políticas e sociais, ou seja, que atuarão como o critério de avaliação da forma como elas estão instituídas.

É importante, neste momento, fazer-se uma breve digressão. A ideia de *justiça* é central no pensamento político rawlsiano⁷²⁸. Para o autor, esta é considerada como a virtude primeira das instituições sociais⁷²⁹, o que significa dizer que é ela o aspecto mais relevante para se tomar em consideração quando se pretende avaliar a correção do modo como aquelas estão organizadas⁷³⁰.

Rawls entende, pois, que é necessário a elaboração de uma teoria da justiça, para que se especifique que exigências normativas devem ser atendidas para que a estrutura básica⁷³¹ de uma comunidade política qualquer seja considerada apropriada à democracia constitucional ou não⁷³².

⁷²⁷RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 303 – g.n., tradução livre.

⁷²⁸De fato, o uso dos termos “justo” e “injusto” para caracterizar não só ações individuais e leis, mas também sociedades inteiras, e sistemas econômicos e sociais, é uma recente manifestação das implicações trazidas pelo pensamento rawlsiano para a teoria política como um todo, conforme alerta Thomas Nagel: NAGEL, Thomas. “Rawls and Liberalism”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. p. 63.

⁷²⁹RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Idem. p. 03.

⁷³⁰Assim, Rawls diz que instituições e leis injustas devem ser abolidas ou reformadas, assim como determina que todos os cidadãos possuem uma inviolabilidade intrínseca, fundada na justiça, que não pode ser mitigada nem mesmo em prol do bem comum. Vide: RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Idem. p. 04.

⁷³¹É importante, nesse sentido, notar que o *sujeito* da teoria da justiça que Rawls elabora são, essencialmente, essas instituições políticas e sociais que se encontram no seio da comunidade política – aquilo que o autor chama de “estrutura básica da sociedade”. Vide: RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Idem. p. 06. O sujeito da teoria da justiça é a estrutura básica da sociedade, por sua vez, em decorrência do fato de que, a depender da forma como elas estão organizadas, as possibilidades e modos de vida que cada pessoa terá a sua disposição serão profundamente afetados, de modo a ser nítida a sua importância para o estabelecimento dos termos adequados para a vida comunitária. Vide: FREEMAN, Samuel. “Introduction” In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. “Introduction”. Idem. pp. 03/04.

⁷³²É nesse sentido, por sinal, que se diz que a teoria política rawlsiana é *normativa*, porque visa não a analisar aspectos empíricos de como os sistemas políticos se desenvolvem e comportam na vida real, mas intenciona indicar parâmetros e exigências que devem ser observados para que uma dada forma de organização do governo e das instituições sociais possa ser considerada como democrática. Dito de outro modo, é uma teoria normativa, porque aponta *como devem ser* as instituições justas; isso significa que não se deve pensar no *ethos* político existente como sendo uma limitação às exigências institucionais que devem ser feitas, para que o sistema seja justo. Esse *ethos* deve ser pensado como um fato, que pode ser modificado na busca por uma democracia mais justa (COHEN, Joshua. “For a democratic society”. In: FREEMAN, Samuel (Ed.). *The Cambridge Companion*

A noção do que é justo ou injusto, entretanto, está em permanente disputa. Existem diversas concepções a respeito de quais princípios devem ser adotados para se realizar esse controle normativo das instituições políticas⁷³³, e pessoas diferentes frequentemente se associarão a modelos também distintos de compreensão e justificação da ideia de justiça⁷³⁴.

Ainda assim, não é impossível identificar-se alguma base de acordo entre todos, como dito; para Rawls, cidadãos que se alinham a concepções particulares da justiça podem, ainda assim, *concordarem* que as instituições são justas quando nenhuma arbitrária distinção é feita entre as pessoas que nelas tomam parte, em especial ao se assinalar os seus direitos e deveres básicos, e também quando as regras inerentes à sua convivência social determinam um apropriado balanceamento entre as reclamações diversas, que cada um teria, pelas vantagens da vida social⁷³⁵ – ou seja, podem concordar com o *status* moral de igual cidadania que todos desfrutam, decorrente da concepção política de pessoa.

Esse acordo comum (ou seja, os princípios de justiça) a que podem chegar pessoas razoáveis e racionais, entretanto, não pode decorrer de nenhuma específica doutrina do bem⁷³⁶, ou aqueles que com ela não comungam não poderão ver-se legitimamente representados pelo poder político que os governa⁷³⁷.

to Rawls. Idem. p. 95). Fazendo alusão, ainda, a esse caráter normativo da teoria de John Rawls, vide: GUTMANN, Amy. “Rawls on the Relationship between Liberalism and Democracy”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 169.

⁷³³Uma concepção de justiça, para o autor, é determinada em função do rol de princípios que ela estipula para assinalar os direitos e deveres de cada pessoa e definir a apropriada distribuição das vantagens sociais. Vide: RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Idem. p. 09.

⁷³⁴RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Idem. p. 05. Nesse sentido, o que Rawls está querendo dizer é que pessoas diferentes podem assumir pontos de partida diferentes para identificar o que caracteriza em essência os regimes democráticos de governo, o que resultaria na obtenção de conclusões também diferentes com relação a quais princípios de justiça devem ser adotados para regular a estrutura básica da sociedade; se, entretanto, concepções de justiça diferentes lastreiam-se em princípios de justiça também diferentes, fica explicado porque, ao se interpretar um texto constitucional, significados tão distintos podem ser atribuídos aos direitos básicos dos cidadãos, por dois julgadores diferentes. Como diz Frank Michelman, a falha dos regimes constitucionais em solucionar dilemas complexos pode, na verdade, refletir a pluralidade de concepções de justiça existentes, que seriam reconstruções diferentes de uma visão mais geral e abstrata do que seja a sociedade democrática. Por isso mesmo é que se diz que o método da interpretação construtiva, que põe em evidência e discute esses fundamentos, é aquele adotado no desenvolvimento desta dissertação. Para as considerações de Michelman, vide: MICHELMAN, Frank I. “Rawls on constitutionalism and constitutional law”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. p. 398.

⁷³⁵RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Idem. p. 05.

⁷³⁶Como diz Nagel, o único jeito de vivermos juntos em termos de igualdade com quem discordamos acerca de questões fundamentais é defender um sistema político baseado em princípios que podem ser aceitos por todos, de modo que não podem estar embasados em concepções particulares sobre a boa vida. Vide: NAGEL, Thomas. “Rawls and Liberalism”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. p. 83.

⁷³⁷De fato, se todos que tomam parte nessa cooperação equitativa ocupam o mesmo *status* moral de igual cidadania, é possível compreender-se porque a concepção de justiça que será aplicada à estrutura básica da sociedade não pode lastrear-se nos argumentos de qualquer doutrina abrangente do bem, já que, do contrário, alguns indivíduos se veriam preteridos pelo sistema político em detrimento de outros, corrompendo-se as bases igualitárias que marcam a forma com que os cidadãos relacionam-se uns com os outros em democracias

É que, para Rawls, outro traço característico das sociedades democráticas, presente no seu caldo de cultura pública, é aquilo a que ele dá o nome de *fato do pluralismo razoável*, ou seja, a constatação de que, em democracias constitucionais, convivem indivíduos diferentes, que adotam para si planos e projetos de vida também diversos, guiados por inúmeras, e muitas vezes contraditórias, doutrinas abrangentes a respeito da via boa⁷³⁸.

A identificação desse “fato do pluralismo razoável”, por sinal, introduz na teoria política rawlsiana a sua importante *dimensão liberal*, porque assume que a existência dessa divergência de concepções morais e filosóficas do bem é um traço positivo das sociedades contemporâneas, que deve ser preservado e promovido pelas instituições políticas e sociais existentes⁷³⁹.

A obtenção dos termos de acordo comum depende, então, de que haja um *consenso sobreposto* entre as teorias abrangentes do bem que permeiam a cooperação social equitativa. Esse argumento é introduzido por Rawls, em *O liberalismo político*, como a forma de se justificar como, dado o fato do pluralismo razoável, uma concepção de justiça pode ser estável⁷⁴⁰, é dizer, como ela pode assegurar que os indivíduos que integram determinada comunidade política vão agir de acordo com as recomendações normativas que essa concepção de justiça lhes impõe, por toda a vida⁷⁴¹.

constitucionais. A concepção política de pessoa é, portanto, o fundamento ele próprio do liberalismo político, é dizer, a razão normativa por excelência que implica que uma determinada concepção de justiça revela-se mais plausível e apropriada aos regimes democráticos do que as demais, porque é o fundamento comum com relação ao qual todos podem acordar na tentativa de encontrar princípios de justiça que não possam ser razoavelmente renegados por ninguém. Nos expressos dizeres de Rawls, “o que é preciso mostrar é que, em se tratando de cidadãos assim concebidos (livres e iguais), um certo tipo de organização das instituições políticas e sociais básicas é mais apropriado à realização dos valores da liberdade e da igualdade” (RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 05 – tradução livre).

⁷³⁸RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 303.

⁷³⁹Nesse sentido, Rawls, alinhando-se à tradição do pensamento político liberal, diz, expressamente, que “o liberalismo aceita a pluralidade de concepções do bem como um fato da vida moderna, desde que, evidentemente, essas concepções respeitem os limites especificados pelos princípios apropriados de justiça. O liberalismo procura mostrar tanto que uma pluralidade de concepções do bem é desejável, quanto a maneira pela qual um regime de liberdade pode acomodar essa pluralidade, de modo que se alcancem os muitos benefícios da diversidade humana” RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 304). Essa característica do pensamento rawlsiano, de fato, é o que introduz a clássica preocupação do pensamento liberal, presente já em Locke e em Kant, por exemplo, com a proteção da *soberania moral* dos indivíduos, é dizer, com a especificação dos modos através dos quais o Estado pode, legitimamente, intervir na liberdade individual dos cidadãos, sem ferir e mitigar as diferenças que caracterizam cada um deles. Chamando a atenção, justamente, para isso, vide: NAGEL, Thomas. “Rawls and Liberalism”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. pp. 63/64.

⁷⁴⁰FREEMAN, Samuel. “Introduction”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. p. 36.

⁷⁴¹Para Rawls, há maior estabilidade de uma concepção política quando mais pessoas estão dispostas a observar os seus requerimentos. Ela depende, portanto, que os cidadãos desenvolvam um senso de justiça alinhado ao que a concepção determina, e que se mostrem, em decorrência deste mesmo senso de justiça, dispostos a fazer a sua parte na manutenção do respeito aos compromissos que foram acordados previamente. Dito de outro modo, a concepção de justiça deve originar princípios de justiça viáveis e duradouros, que possam ser efetivamente cumpridos enquanto durar a cooperação social equitativa dos cidadãos. Vide: FREEMAN,

A ideia do consenso sobreposto, então, é baseada na conjectura de que cidadãos razoáveis, numa sociedade bem-ordenada, podem afirmar a concepção de justiça a partir de razões peculiares às suas próprias visões compreensivas da vida boa⁷⁴², ainda que não retirem delas o seu fundamento último.

Desse modo, respeitadas as suas visões particulares do bem, a reciprocidade e o respeito mútuo estariam assegurados e todos os cidadãos teriam motivos o suficiente para endossar a concepção de justiça⁷⁴³ que cumprirá o papel de fornecer um parâmetro adequado para a regulação da estrutura básica de sua sociedade⁷⁴⁴, concepção a qual Rawls confere o nome de *justiça como equidade*⁷⁴⁵.

Nada foi dito, entretanto, a respeito de qual o *conteúdo* que os princípios de justiça devem assumir. Para, então, demonstrar como pessoas livres e iguais, que participam de uma cooperação social equitativa ao longo de toda a vida, chegam a essa base de acordo comum,

Samuel. "Introduction". In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. p. 36.

⁷⁴²FREEMAN, Samuel. "Introduction". In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. p. 36.

⁷⁴³Uma concepção de justiça constitui o que Rawls chama de uma *concepção política de justiça*. Isso significa, em suma, três coisas: primeiro, indica que é uma concepção de justiça que tem um *objetivo político*, ou seja, intenciona incidir sobre instituições políticas e sociais, influenciando a forma como são organizadas, é dizer, determinando, praticamente, a forma como elas serão reguladas (uma concepção normativa, como dito); segundo, como também já foi mencionado, assume que o seu conteúdo é expresso por (ou decorre de) ideias fundamentais implícitas na cultura pública da democracia – os cidadãos têm noções gerais sobre as ideias e princípios característicos do regime democrático e os compartilham mutuamente; e, em terceiro lugar, a concepção política de justiça é autossustentável, ou seja, visando a atender as limitações que impõe o fato do pluralismo razoável, ela não deriva de doutrinas abrangentes do bem, mas sim de razões com relação as quais todos podem estar de acordo (RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. pp. 11 e ss.). Isso significa, em linhas gerais, que a teoria proposta pelo autor tem o intuito de ser uma teoria compartilhada da justiça, com relação a qual todos os cidadãos podem fazer referência ao procurar determinar a justiça das instituições políticas e sociais, independentemente das crenças e valores particulares que sustentem em suas vidas privadas: "o liberalismo político procura uma concepção política de justiça que, assim esperamos, possa conquistar o apoio de um consenso sobreposto que abarque as doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis de uma sociedade regulada por ela" (RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 10). É importante, contudo, destacar que essa é uma exigência que Rawls apenas atribui à sua concepção de justiça após um amadurecimento de suas ideias, advinda com a publicação de *O liberalismo político*. Nos escritos iniciais de *Uma teoria da justiça*, Rawls conferia uma fundamentação distinta à sua concepção de justiça, com recurso no chamado construtivismo kantiano, segundo o qual a aceitação dos princípios de justiça mais apropriados não decorreria das assunções comuns constantes do caldo de cultura das democracias constitucionais, mas sim de um procedimento objetivo de razão prática. Sobre o fundamento kantiano da primeira estruturação da concepção de justiça rawlsiana, vide: FREEMAN, Samuel. "Introduction". In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. pp. 25/28.

⁷⁴⁴A ideia de uma concepção política de justiça, portanto, é uma *condição* para que a comunidade política estruture-se na forma de um sistema democrático de governo. Vide: FREEMAN, Samuel. "Introduction". In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. p. 33.

⁷⁴⁵A justiça como equidade, por sinal, é apontada por Rawls como a resposta apropriada ao questionamento central que o seu livro *Uma teoria da justiça* procura solucionar. Como dito, o trabalho do autor quer identificar qual a mais coerente concepção moral de justiça, apta a justificar os sistemas democráticos de governo, e a proposta de Rawls consiste justamente em asseverar que o ideal moral universal, a ser aspirado por todas as comunidades políticas, deve ser precisamente a sua justiça como equidade. Vide: FREEMAN, Samuel. "Introduction". In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. p. 02.

Rawls introduz o importante argumento da posição original.

Trata-se do argumento necessário para modelar e expressar qual o conteúdo substantivo que será associado aos termos de acordo em questão⁷⁴⁶, ou seja, aos princípios de justiça que cumprirão a tarefa de orientar normativamente a organização das instituições sociais⁷⁴⁷.

É uma interpretação procedimental da ideia de pessoas livres e iguais⁷⁴⁸, pois pretende esclarecer qual o procedimento mais adequado, que deve ser adotado por pessoas que desfrutam desse *status* de cidadania igualitária, para que possam elas estabelecer os termos de acordo que governarão a sua comunidade política como um todo.

A ideia da posição original é o que associa, por sinal, o pensamento rawlsiano à tradição contratualista⁷⁴⁹ do pensamento político moderno, posto que assume que esses indivíduos que se engajam na cooperação social equitativa deverão escolher juntos, no ato desse próprio engajamento, os princípios de justiça que estabelecerão seus direitos e deveres básicos, e determinarão a divisão dos benefícios sociais na comunidade política em que estão⁷⁵⁰.

A escolha é feita levando-se em conta critérios racionais, é dizer, é por meio da deliberação racional que os indivíduos conseguirão chegar a uma base de acordo comum, aceita por todos⁷⁵¹.

Rawls destaca que a posição original é uma posição puramente hipotética, necessária apenas para se elucidar o conteúdo dos princípios de justiça⁷⁵² – não é, portanto, um acordo historicamente celebrado, mas um exercício de abstração para a formulação da sua teoria da justiça como equidade.

Essa posição original descreve, pois, determinadas circunstâncias especiais em que a escolha desses princípios deverá ser feita, de acordo com a concepção política de pessoa

⁷⁴⁶COHEN, Joshua. “For a democratic society”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. Idem. p. 90.

⁷⁴⁷Segundo Rawls, ela é o *status quo* apropriado para se chegar aos princípios de justiça da concepção de justiça mais plausível para uma democracia constitucional liberal, é dizer, a concepção política de justiça. Vide: RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Idem. p. 15.

⁷⁴⁸FREEMAN, Samuel. “Introduction”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. Idem. p. 26.

⁷⁴⁹Tradição que, como indica o próprio Rawls, está presente em Hobbes, Locke e Kant, muito embora sua versão pretenda ser mais generalizada e abstrata do que a de seus predecessores – ela pretende fornecer argumentos não para a formação de uma sociedade em particular, ou de um específico tipo de governo, mas sim dos princípios de justiça que articularão como as instituições sociais e os sistemas políticos serão organizados. Vide: RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Idem. p. 10.

⁷⁵⁰RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Idem. p. 10.

⁷⁵¹Indivíduos devem pensar quais princípios seriam *racionalmente* escolhidos por pessoas que se encontram na posição original (RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Idem. p. 15).

⁷⁵²RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Idem. p. 11.

(igual cidadania de todos), impondo alguns limites para o processo de deliberação racional dos indivíduos – limites que, segundo Rawls, são razoáveis e fazem parte do conjunto de pressuposições que as pessoas têm sobre o que podem ser os princípios de justiça de uma sociedade democrática⁷⁵³.

Para representar essas restrições, Rawls imagina, então, que, na posição original, as partes que representam os indivíduos livres e iguais da sociedade democrática, e que deliberarão em seu nome na tentativa de estabelecer os princípios de justiça de sua comunidade, operam sem o conhecimento de circunstâncias contingenciais das vidas de seus representados, as quais permitiriam que as suas decisões fossem guiadas por seus preconceitos e opiniões pessoais a respeito da boa vida.

Nesse sentido, se desconhece, por exemplo, se os indivíduos representados por aqueles que deliberam na posição original fazem parte de alguma religião ou grupo político específico, se integram em classes sociais abastadas ou desfavorecidas, se têm limitações físicas ou não, etc.

Rawls diz que as partes representantes estão envoltas em um *véu da ignorância*, que os impossibilita de tomarem conhecimento desses elementos particulares da vida de cada cidadão que representam⁷⁵⁴.

Outra importante limitação é o reconhecimento de que as partes que tomam lugar na posição original são todas iguais entre si⁷⁵⁵, não havendo nenhum tipo de prioridade entre as contribuições que cada uma poderia dar ao processo deliberativo, reforçando a noção de que representam indivíduos que desfrutam, na sociedade em que estão, de um *status* moral igualitário.

O véu da ignorância e essa exigência de igualdade, juntos, definem, por conseguinte, os princípios de justiça como aqueles que são consentidos por pessoas racionais e iguais preocupadas em perseguir seus próprios interesses, quando nenhuma delas é beneficiada ou prejudicada por contingências naturais pelas quais não pode se responsabilizar.

Nessa situação especial, limitada pelas circunstâncias de deliberação já descritas, Rawls entende que seriam dois os princípios de justiça formulados, os quais cumpririam, de forma estável e duradoura⁷⁵⁶, a tarefa de nortear, do ponto de vista normativo, a estruturação

⁷⁵³RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Idem. p. 16.

⁷⁵⁴Com a ideia do véu da ignorância, Rawls se certifica, portanto, que a escolha dos princípios de justiça será *imparcial*. Vide: FREEMAN, Samuel. "Introduction". In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. Idem. p. 11.

⁷⁵⁵RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Idem. p. 16.

⁷⁵⁶Nesse sentido é que Rawls critica a possibilidade de que princípios outros, lastreados em outros fundamentos

das instituições políticas e sociais da comunidade política democrática. São eles:

- A. Toda pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades fundamentais iguais que seja compatível com o mesmo sistema para todos; e, nesse sistema, as iguais liberdades políticas, e apenas essas liberdades, devem ter assegurado o seu valor equitativo;
- B. Desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, elas devem estar vinculadas com posições e ofícios abertos a todos, sob condições equitativas de igualdade de oportunidades; segundo, elas devem beneficiar os membros mais desfavorecidos da sociedade⁷⁵⁷.

Há, entretanto, entre esses princípios de justiça, uma prioridade do primeiro com relação ao segundo. Esse é o aspecto da teoria política de Rawls que deve, agora, ser focalizado, posto que reside nele o argumento central que se pretenderá levantar para solucionar o primeiro dilema colocado por esta dissertação, dando-se o primeiro passo para a construção de uma interpretação convincente do direito de liberdade de expressão – e a isso se dedicará o item subsequente do trabalho.

morais, como o utilitarismo, não seriam satisfatórios para fornecer uma compreensão apropriada das sociedades democráticas. Eles não só falhariam na tarefa de conferir estabilidade a essas sociedades, como não descreveriam apropriadamente as “ideias fundamentais” que se tem a respeito da democracia na cultura política pública da comunidade política. Com relação ao utilitarismo, por exemplo, que Rawls define como a teoria política que aponta que uma sociedade é justa quando suas principais instituições são estruturadas para atingir a maior soma de satisfações possível entre os indivíduos dessa sociedade (RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Idem. p. 20), dois problemas surgiriam. Primeiro, não se consegue fornecer uma compreensão forte e satisfatória dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, congruente com aquilo que, intuitivamente, as pessoas imaginam que eles sejam (RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Idem. pp. xi/xii). Nesse sentido, a crítica rawlsiana ao utilitarismo toma a forma do mais clássico ataque que é formulado contra a essa corrente do pensamento político, qual seja, o argumento de que, sob concepções utilitárias da justiça, os direitos fundamentais individuais dos cidadãos podem ser, e frequentemente o são, mitigados em nome do bem comum. Pense-se, por exemplo, no caso paradigmático da tortura de um suposto agente ligado ao terrorismo, a qual é praticada sob a justificativa de se extrair do torturado informações a respeito de onde se encontra instalada uma bomba que, se explodida, poderá matar milhares de cidadãos; sob uma perspectiva utilitarista, o dilema seria resolvido autorizando-se a prática dos atos de tortura, posto que, ao encontrar-se o explosivo e o desativar, se produzirá uma soma maior de satisfações, evitando-se que mais vidas sejam violadas, do que se o draconiano tratamento fosse evitado, para se preservar a vida do imaginado criminoso. Mas, em segundo lugar, ela falharia também no objetivo de conferir estabilidade à concepção de justiça adotada, porque o princípio da utilidade não seria bem quisto por esses cidadãos menos favorecidos, que deveriam reconhecer que seus prejuízos são legítimos quando ajudam os mais favorecidos, criando-se um problema de adesão aos termos de acordo que guiarão a organização da sociedade em questão (FREEMAN, Samuel. “Introduction”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. p. 22). Por isso, por admitir violações de direitos individuais com base em racionalidades consequencialistas, é que Rawls afirma que “o utilitarismo não leva a sério as diferenças entre as pessoas” (RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Idem. p. 24).

⁷⁵⁷RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. pp. 05/06.

3.2.2.1. *A prioridade do primeiro princípio de justiça e o direito de liberdade de expressão: o argumento rawlsiano contra o crime de libelo sedicioso e o direito à ampla crítica do governo (retomando o primeiro problema: o crime de calúnia).*

No item predecessor deste trabalho, pretendeu-se apresentar, em linhas gerais, a teoria da justiça proposta por John Rawls, demonstrando-se que é a partir da assunção de alguns lugares-comuns do pensamento democrático que o autor constrói uma compreensão filosófica deste regime de governo, propondo dois princípios de justiça que, detentores de um caráter normativo claro, intencionam indicar como o arranjo institucional de democracias constitucionais deve ser consolidado.

Apontou-se, ainda, de forma especial, que é a concepção política de pessoa, presente no caldo de cultura pública compartilhado por todos nas democracias ocidentais, que oferece as bases normativas e o conteúdo substantivo desses princípios de justiça, assim como ressaltou-se que, no momento de sua aplicação para a conformação da estrutura das instituições sociais, o primeiro princípio de justiça possui uma prioridade em relação ao segundo⁷⁵⁸.

Dizer que um princípio tem prioridade sobre o outro significa, sumariamente, dizer que eles estão formulados segundo uma ordem lexical ou serial, ou seja, que é preciso que sejam satisfeitas as condições impostas pelo princípio prioritário, para que só então se possa passar à análise e aplicação do princípio secundário⁷⁵⁹.

Com relação ao específico caso colocado por Rawls em sua concepção da justiça como equidade, significa dizer que as liberdades fundamentais têm um *status* especial na teoria política rawlsiana, ou seja, “elas têm um peso absoluto com relação a razões de bem comum de valores perfectionistas. Por exemplo, as liberdades políticas iguais não podem ser negadas a certos grupos sociais sob a justificativa de que o seu gozo delas pode barrar certas políticas públicas necessárias ao crescimento e eficiência econômicos”⁷⁶⁰.

⁷⁵⁸Prioridade que, para muitos autores, constitui o “coração do liberalismo” no pensamento político de Rawls. Vide: NAGEL, Thomas. “Rawls and Liberalism”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. p. 66.

⁷⁵⁹RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Idem. p. 38. No caso específico dos princípios rawlsianos, isso significa que a estrutura básica da sociedade deve preocupar-se com as desigualdades materiais entre os indivíduos (exigência do segundo princípio de justiça) apenas se isso for consistente com a igual liberdade de todos, exigência do princípio prioritário. Vide: RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Idem. pp. 38 e ss.

⁷⁶⁰RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. pp. 294/295 – tradução livre. Essa é a maneira rawlsiana de inserir em sua concepção política de justiça aquela específica exigência, feita por Ronald Dworkin, de que a interpretação e aplicação dos direitos jurídicos fundamentais, os quais enunciam-se através de princípios e não regras, não deve ser balizada por “argumentos de política”, mas apenas por “argumentos

Compreender de que forma essa prioridade do primeiro princípio de justiça se justifica é, pois, o passo fundamental para se chegar à interpretação do direito de liberdade de expressão que melhor servirá aos propósitos de uma democracia constitucional e que possibilitará chegar-se a uma solução para, ao menos, um dos problemas colocados por essa dissertação anteriormente.

Antes de se enveredar por este caminho, contudo, é preciso realizar-se um esclarecimento. É importante ressaltar que as liberdades básicas definidas no primeiro princípio de justiça devem ser compreendidas, tal e qual os principais conceitos da teoria rawlsiana, em um sentido eminentemente *político*, e não *metafísico*. Isso quer dizer que as liberdades prioritárias são enunciadas através de uma lista taxativa, as quais se institucionalizam em direitos fundamentais, que consolidam, por sua vez, o caráter inviolável de certas prerrogativas que caracterizam o cidadão democrático.

Rawls, com isso, quer reforçar a ideia de que o seu liberalismo político não se preocupa com valores não públicos, é dizer, que não possam ser compreendidos em termos aceitáveis para todos os cidadãos razoáveis que integram a associação política democrática.

Ele indica, ao ressaltar que o seu primeiro princípio remete a um rol fechado de liberdades básicas, que “nenhuma prioridade é assegurada à liberdade como tal, como se o exercício de alguma coisa chamada ‘liberdade’ tivesse um valor proeminente e fosse o principal, senão o único, objetivo da justiça política e social”⁷⁶¹, para assim evitar qualquer chance de se associar à sua especificação das liberdades prioritárias uma dimensão metafísica, carente de um sentido pragmático mais claro.

Em suma, as liberdades que compõe o primeiro princípio de justiça rawlsiano são aquelas liberdades tradicionais do liberalismo clássico, que têm suas origens associadas às guerras religiosas dos séculos XVI e XVII e ao desenvolvimento intelectual de teóricos da política do século XIX (como Constant, Tocqueville e Mill)⁷⁶², e que podem assim serem listadas: liberdade de pensamento e consciência, as liberdades políticas, as liberdades de expressão e de associação, assim como as liberdades especificadas pela integridade corporal

de princípio”, o que permite levar esses direitos a sério, ou seja, tratá-los como efetivos espaços de proteção de cada pessoa humana na sua dignidade intrínseca. Sobre, isso, vide item 1.2.2.1., *supra*. Isso não significa, contudo, que as liberdades básicas não possam nunca ser mitigadas; elas o podem, mas apenas com fundamento em razões especiais, é dizer, que procurem realizar de forma mais efetiva outras liberdades fundamentais, e nada mais (GUTMANN, Amy. “Rawls on the Relationship between Liberalism and Democracy”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. p. 181); dessa forma, o que Rawls propõe é que as liberdades fundamentais sejam interpretadas como uma família, em que o âmbito de incidência de uma ajusta-se ao de outra, consolidando um esquema coerente de liberdades básicas que se aplica, como um todo, de forma uniforme – sobre isso mais será dito logo adiante, nesta seção do trabalho.

⁷⁶¹RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. pp. 291/292 – tradução livre.

⁷⁶²RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 303.

da pessoa e os direitos assegurados pelo Estado de Direito (como ao devido processo legal, por exemplo)⁷⁶³.

Para Rawls, essa lista pode ser acessada de duas formas: primeiro, por uma análise histórica, ou seja, pela verificação das constituições democráticas de Estados que tiveram sucesso na consolidação de suas instituições sociais e pela identificação daqueles direitos básicos que são mais comumente conferidos aos cidadãos nestes respectivos textos constitucionais.

Trata-se de uma estratégia que, embora não seja filosoficamente apropriada para integrar a concepção da justiça como equidade, dado que este é um tipo de informação que os representantes não teriam na posição original no momento de estabelecerem os princípios de justiça que governarão a vida pública da associação política a que servem, tem uma utilidade para os agentes da política ordinária, podendo influenciar a interpretação que será dada ao conteúdo substantivo desses princípios de justiça em questão⁷⁶⁴.

Mas, em segundo lugar, e de forma mais fundamental, Rawls acredita que é possível chegar-se à lista relatada anteriormente quando “se considera quais liberdades são condições sociais essenciais para o adequado desenvolvimento e completo exercício dos dois poderes da personalidade moral, por toda uma vida”⁷⁶⁵, por parte daqueles indivíduos que integram o corpo de uma sociedade guiada por uma concepção política de justiça.

Em palavras mais claras, Rawls entende que a especificação do rol de liberdades fundamentais que integram o primeiro princípio de justiça é a decorrência do uso do próprio conceito político de pessoa como fundamento substantivo da justiça como equidade⁷⁶⁶.

Como os princípios de justiça adotados na posição original (em especial o primeiro) são aqueles que traduzem as consequências normativas que se pode extrair da forma como os indivíduos veem-se uns aos outros em suas relações intersubjetivas, é dizer, como pessoas livres e iguais, eles devem assegurar que todos possam desfrutar dos dois poderes morais que os tornam capazes de assumir esse papel de cidadãos democráticos iguais e, assim, de exercer sua cidadania plena, diante de uma autoridade política legítima.

Pois bem. Do que foi dito, é possível retirar-se uma importante conclusão a respeito de como essas liberdades fundamentais devem ser interpretadas: como elas institucionalizam o núcleo central do conceito político de pessoa, ou melhor, como elas têm a utilidade cardinal

⁷⁶³RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 291.

⁷⁶⁴Assim sugere, explicitamente, o próprio Rawls: RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 293.

⁷⁶⁵RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 293 – tradução livre.

⁷⁶⁶RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 293.

de garantir que o sistema político respeitará o *status* moral igualitário de todos os cidadãos que a ele estão sujeitos, impossibilitando que razões de política e de bem comum sejam aceitas como justificativas para limitar o seu âmbito de incidência, os argumentos requisitados à sua apropriada compreensão devem ser formulados de modo a indicar *como* a sua proteção possibilita a realização dessa sociedade de iguais, ou seja, como o seu endosso, por parte das instituições sociais e políticas em geral, permite que os cidadãos democráticos tenham a sua cidadania plena efetivamente realizada.

Rawls, nesse sentido, alerta que “uma liberdade é mais ou menos importante dependendo do quanto ela é mais ou menos essencialmente envolvida no... completo, informado e efetivo exercício dos poderes morais”⁷⁶⁷ de cada indivíduo⁷⁶⁸, naquilo que ele chama de “os dois casos fundamentais”⁷⁶⁹.

Um rápido exemplo permite que se esclareça o ponto. Para Rawls, uma das liberdades previstas pelo primeiro princípio de justiça, como visto, é a liberdade de pensamento ou de consciência; para, contudo, entender-se os motivos disso, é preciso que se encontre quais razões levariam os representantes da posição original a adotar um princípio de justiça que inclua essa específica liberdade básica.

Para tanto, deve-se lembrar que esses representantes, no momento em que celebram o acordo fundante da sociedade política, estão envoltos pelo véu da ignorância e, muito embora saibam que as pessoas que eles representam endossam concepções particulares da vida boa, eles não têm conhecimento de quais são as doutrinas abrangentes do bem efetivamente seguidas, em particular, por cada cidadão representado, de modo que procuram instituir termos de acordo os quais todos poderiam, apesar disso, razoavelmente referendar.

Desse modo, Rawls consigna que “se apenas uma das alternativas de princípios disponibilizados às partes [na posição original] garante a igual liberdade de consciência para

⁷⁶⁷RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 335 – tradução livre.

⁷⁶⁸Isso, ademais, é o que resolve o problema a respeito de qual critério deve ser utilizado para se restringir legitimamente liberdades fundamentais, já que razões de política não podem se prestar a tanto. Segundo Rawls, por conseguinte, os conflitos entre liberdades fundamentais devem ser resolvidos adotando-se um critério objetivo segundo o qual se deve julgar a importância relativa de cada liberdade em particular na família inteira de liberdades básicas, o que deve ser feito de acordo com o quão importante e necessária aquela é para o completo e informado desenvolvimento dos poderes morais dos cidadãos. Vide: GUTMANN, Amy. “Rawls on the Relationship between Liberalism and Democracy”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. pp. 182/184.

⁷⁶⁹Esses “casos fundamentais” são aquelas situações nas quais a importância relativa de cada liberdade fundamental pode ser identificada, a partir de uma análise de como cada qual contribui para o desenvolvimento poder moral dos indivíduos. O primeiro caso fundamental é aquele que concerne à aplicação dos princípios de justiça à estrutura básica da sociedade e está conectado com o primeiro poder moral dos indivíduos, a razoabilidade ou a capacidade de se ter um senso de justiça; o segundo, relaciona-se com a racionalidade e é concernente à aplicação dos princípios da razão deliberativa nos processos de escolhas que os cidadãos têm ao longo de suas vidas. Vide: RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. pp. 332/333.

todos, esta alternativa *deve ser* adotada”⁷⁷⁰. E isso porque esta é a única forma de se reconhecer a importância que cada plano particular de vida tem para os cidadãos que os adotam, é dizer, para se deixar claro que as escolhas pessoais sobre como cada um deseja viver a sua vida são inegociáveis e não estão abertas a restrições por razões perfeccionistas ou de busca pelo bem comum.

Em outros termos, o que Rawls sustenta é que apenas assegurando-se o direito de liberdade de consciência é que os cidadãos democráticos poderão exercer, real e efetivamente, o seu poder moral da racionalidade, é dizer, usufruir da capacidade que têm para, livremente, elegerem as concepções religiosas, filosóficas ou morais que melhor lhes convier, através, única e exclusivamente, de sua deliberação racional, sem qualquer tipo de imposição coercitiva estatal a favor de alguma doutrina abrangente do bem em particular.

Com efeito, como alerta o autor,

Como o véu da ignorância implica que as partes não sabem se as crenças esposadas pelas pessoas que eles representam constituem a maioria ou a minoria moral da sociedade, eles não correrão o risco de atribuir uma liberdade de pensamento menor às minorias religiosas, por exemplo, porque eles representariam os indivíduos que endossam uma religião majoritária ou dominante, para que assim estes desfrutem de uma liberdade ainda maior. Isso porque pode acontecer deles representarem as pessoas adeptas de uma fé minoritária, que sofrerão consequências por essa decisão⁷⁷¹.

Em suma, o que o autor argumenta é que o único termo comum de acordo a que as partes podem chegar é especificado por um princípio de justiça que inclua essa liberdade fundamental, posto que apenas assim será conferido o mesmo respeito a todas as doutrinas abrangentes do bem que podem ser razoavelmente perseguidas pelos cidadãos democráticos, ou melhor, posto que apenas assim os indivíduos terão a sua racionalidade (ou o poder de escolher os rumos de suas vidas) plenamente realizada e poderão se ver integralmente respeitados na sua condição de pessoas livres e iguais.

Desse modo, o que se deve ressaltar é que um raciocínio análogo deve ser feito para se identificar qual a melhor compreensão que o direito de liberdade de expressão – constante de um esquema plenamente adequado de liberdades fundamentais, como aquele instituído

⁷⁷⁰RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 311 – tradução livre, g.n.

⁷⁷¹RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 311 – tradução livre.

pelo primeiro princípio de justiça das democracias constitucionais – pode assumir em um sistema político como este.

O direito de liberdade de palavra, contudo, vincula-se não ao segundo, mas ao primeiro caso fundamental, e diz respeito, mais especificamente, às questões que circundam a aplicação dos princípios de justiça à estrutura básica da sociedade e ao desenvolvimento do primeiro poder moral dos indivíduos, a chamada razoabilidade.

Para se entender de que forma isso ocorre, entretanto, é relevante se explicar melhor de que modo essa competência moral é mais bem assegurada, genericamente falando, pela concepção de justiça especificada pela teoria rawlsiana da justiça como equidade.

A razoabilidade é descrita pelo autor como a capacidade que todos os indivíduos têm de desenvolver, como cidadãos de determinada associação política, um senso de justiça apropriado e coerente com os termos de acordo encontrados pelos seus representantes na deliberação fundacional de sua comunidade, é dizer no momento em que, na posição original, celebram o contrato social que institui os termos equitativos de cooperação que organizarão a estrutura básica de sua sociedade.

Com isso, o que Rawls quer dizer é que os cidadãos democráticos tornam-se capazes de aceitar e de referendar, ou seja, de agir de acordo com, os princípios de justiça especificados pela teoria da justiça como equidade como aqueles mais apropriados à realização de uma sociedade democrática constitucional, desde que possam assumir, também, que todos os seus concidadãos assim também se comportarão (ou melhor, desde que haja a *reciprocidade* entre eles).

No fundo, o argumento do autor é bastante simples: os princípios de justiça eleitos na posição original devem ser aqueles que podem ser razoavelmente endossados por todos os cidadãos, o que significa dizer que eles devem ser aqueles princípios que se pode esperar, de forma razoável, que as pessoas em geral utilizarão, efetiva e regularmente, para guiar os juízos que fazem a respeito da justiça de sua sociedade e das instituições sociais e políticas que nela estão organizadas⁷⁷².

As razões, então, que apontam para a aceitação do primeiro princípio da justiça como equidade, e que estão essencialmente conectadas com a ideia de que é necessário realizar-se essa capacidade moral dos indivíduos, são, basicamente, duas⁷⁷³.

⁷⁷²Vide: RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. pp. 315/316.

⁷⁷³Na verdade, Rawls fala em três razões que permitem compreender a importância do senso de justiça para os cidadãos democráticos, mas a terceira, aquela que se refere à sua concepção de uma sociedade bem-ordenada como uma “união de uniões sociais”, é apenas indicada por ele em *O liberalismo político*, de modo que menos atenção pode ser depositada nela, nesta dissertação. Para mais informações sobre esse ponto, vide: RAWLS,

Primeiro, Rawls reconhece que a existência de um esquema de cooperação social estável é importante para a realização de todos os bens particulares das vidas dos cidadãos democráticos, e sustenta que a concepção de justiça mais estável só pode ser aquela que especifica os dois princípios da justiça como equidade, em especial porque eles garantem a proteção prioritária das liberdades básicas em comento⁷⁷⁴.

Isso é assim, por sua vez, porque Rawls entende que apenas a sua concepção de justiça é a única suficientemente “clara e compreensível à nossa razão, coerente e incondicionalmente comprometida com nosso bem, e enraizada não na abnegação, mas na afirmação de nossa pessoa”⁷⁷⁵, o que é decorrência imediata da proteção que ela confere às liberdades fundamentais, único meio de se assegurar que todos indivíduos sejam respeitados e tratados como pessoas livres e iguais.

Um modo de se entender porque isso ocorre desta forma, ou seja, porque as liberdades básicas garantem o reconhecimento igualitário dos indivíduos em geral, advém da análise do segundo argumento que Rawls desenvolve para justificar a importância da capacidade de se ter um senso de justiça.

Este segundo argumento tem que ver com a ideia de autorrespeito, que, para Rawls, constitui um dos bens primários que todo cidadão democrático almeja ter em sua vida coletiva. Segundo ele, é apenas instituindo-se e protegendo-se direitos às liberdades fundamentais que se pode encorajar e fazer florescer o respeito que os indivíduos devem nutrir por si mesmos, e daí decorre a necessidade de que as partes representantes elejam o primeiro princípio da justiça como equidade em sua deliberação original.

O autorrespeito é compreendido como a “nossa autoconfiança como membros plenamente cooperativos da sociedade, capazes de tentar realizar uma concepção do bem merecedora de respeito ao longo de toda a vida”⁷⁷⁶, o que significa dizer que é através dele que cada cidadão democrático acessa e reconhece o seu próprio valor perante a sua sociedade de iguais, ou melhor, a convicção de que vale a pena perseguir seus planos de vida e corresponder às crenças e filosofias que optaram por endossar⁷⁷⁷.

Ocorre, todavia, que é só por se reconhecer o *status* moral igualitário de todo e

John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. pp. 320 e ss.

⁷⁷⁴RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 316.

⁷⁷⁵RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 317 – tradução livre.

⁷⁷⁶RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 318 – tradução livre.

⁷⁷⁷Trata-se, pois, de uma pré-condição para que os homens possam seguir os seus objetivos. Vide: FRANCISQUINI, Renato. *Democracia, liberdade de expressão e valor equitativo das liberdades comunicativas*. Tese (doutorado). Idem. p. 127.

qualquer cidadão democrático – o que se consegue ao lhes assegurar, igualmente, espaços de liberdades invioláveis, conforme especificado pelo primeiro princípio de justiça – que se consegue consolidar as bases do autorrespeito de que eles necessitam para a sua convivência social⁷⁷⁸.

Dito de outro modo, nas palavras do autor, é “ao defender publicamente as liberdades fundamentais [que] os cidadãos de uma sociedade bem ordenada expressam o seu respeito mútuo uns pelos outros como indivíduos razoáveis e dignos de confiança, assim como o seu reconhecimento do valor que todos eles, individualmente, atribuem à própria forma de vida”⁷⁷⁹, o que significa dizer que é somente assim, aceitando essas liberdades básicas e a sua prioridade, que eles consolidam, institucionalmente, a visão que uns têm dos outros (e de si mesmos) como pessoas livres e iguais⁷⁸⁰.

Nada foi dito, entretanto, sobre a forma como o específico direito de liberdade de expressão se conecta com os argumentos que se apresentou até agora. É chegado o momento, por conseguinte, de se retornar ao ponto central desta dissertação e de se procurar identificar como seria formulada a interpretação rawlsiana do princípio jurídico garantidor da liberdade discursiva nas democracias constitucionais da contemporaneidade.

Pois bem. Como mencionado, a compreensão da importância relativa do direito de liberdade de palavra, dentro do esquema plenamente adequado de liberdades fundamentais definido pelo primeiro princípio de justiça, deve ser alcançada pela análise do que Rawls

⁷⁷⁸“A importância do autorrespeito é que ele provê um senso seguro de nosso próprio valor, uma convicção firme de que vale a pena perseguir nossas concepções particulares da vida boa. Sem o autorrespeito, nada parece digno de ser feito, e se algumas coisas têm valor para nós, perdemos a vontade de realizá-las. Dessa forma, as partes dão grande importância ao quão bem os princípios de justiça dão suporte ao autorrespeito, ou então os princípios de justiça não poderão fazer avançar as concepções de bem daqueles que as partes representam [na posição original]” (RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 318 – tradução livre). Dito de modo mais particular, Rawls argumenta que é o conteúdo público dos princípios de justiça (um conteúdo que é conhecido por todos os cidadãos da sociedade democrática, que os aceitam e referendam cotidianamente), em especial do primeiro, que geram esse resultado promovedor do autorrespeito. Este é entendido, como dito, pelas ideias (i) de que todo cidadão deve ter um senso de confiança no seu pertencimento pleno à cooperação social equitativa, fundado no desenvolvimento de seus poderes morais; e (ii) de que todo cidadão deve ter um senso seguro do seu próprio valor pessoal, fundado na noção de que endossam planos de vida valiosos, independentemente de quais sejam eles – as liberdades básicas, portanto, como condições para a efetiva realização dos dois poderes morais, realiza o autorrespeito em sua primeira dimensão, conquanto a aceitação pública de todos os princípios, indicando que todos a eles se sujeitarão, valida o valor equitativo dos indivíduos que caracteriza a segunda dimensão do autorrespeito. Vide: RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. pp. 319/320.

⁷⁷⁹RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. pp. 319/320 – tradução livre.

⁷⁸⁰“O autorrespeito está fundado, em parte, no reconhecimento que o indivíduo tem de si mesmo como um membro igual que compartilha a responsabilidade de fazer julgamentos, com autoridade, sobre questões sociais e políticas. Quando os demais compartilham com o indivíduo essa percepção, eles confirmam a ele o senso de seu valor igual. Isso ocorre quando os demais membros de uma sociedade reconhecem e protegem o direito do indivíduo de usar o seu senso de justiça em decisões sobre as questões que são postas à associação” (FRANCISQUINI, Renato. *Democracia, liberdade de expressão e valor equitativo das liberdades comunicativas*. Tese (doutorado). Idem. p. 127).

chamou de “o primeiro caso fundamental”, vinculado ao exercício do poder moral da razoabilidade e concernente à aplicação dos princípios de justiça à estrutura básica da sociedade.

A aplicação desses princípios, deve-se dizer, é feita pelos cidadãos democráticos de uma democracia constitucional, ou seja, por pessoas livres e iguais, quando eles põem em prática o seu senso de justiça e avaliam a adequação das instituições políticas e sociais com os mandamentos normativos da justiça como equidade.

Diante disso, o que surge como desafio a ser respondido é: que, ou quais, liberdades ou direitos legais são essenciais para assegurar as condições ideais para tanto, é dizer, para assegurar que os cidadãos democráticos sejam capacitados a exercerem o seu senso de justiça e possam, efetivamente, contribuir para a solução ou o avanço dos assuntos públicos de sua comunidade?⁷⁸¹

Rawls quer destacar, com isso, que a forma de se argumentar a favor do direito de liberdade expressiva, e assim de se compreender os seus fundamentos morais e políticos, deverá perpassar pela apresentação de argumentos que demonstrem de que forma a promoção deste direito possibilita os cidadãos democráticos formularem juízos a respeito da justiça de sua comunidade política, participando das escolhas relativas aos rumos que ela deverá seguir no futuro.

O autor, entretanto, entende não ser possível realizar-se a construção desses argumentos a partir de uma busca por uma definição abstrata e abrangente do que significaria a liberdade de expressão, mas sim que os alicerces para se chegar à compreensão adequada da importância deste direito devem ser construídos a partir de uma observação dos pontos comuns que caracterizam sua esfera de proteção ao longo da história das democracias políticas modernas⁷⁸².

O primeiro aspecto central destacado por Rawls, então, é justamente o fato de que, nos regimes de governo *livres*, é dizer, não autoritários, inexistente a possibilidade de que ocorra a “difamação” (palavra aqui usada sem o sentido técnico do direito penal brasileiro, deve-se dizer) daqueles que ocupam os postos de autoridade pública⁷⁸³ – o chamado *crime de libelo*

⁷⁸¹RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 342.

⁷⁸²Ele diz, nesse sentido, que procederá na análise do direito de liberdade de palavra “a partir daquilo que a história da doutrina constitucional indica ser os pontos fixos inseridos no âmbito central da liberdade dos discursos” (RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 342 – tradução livre).

⁷⁸³Eric Barendt, por sinal, ressalta que o passo essencial para se argumentar a favor da proteção dos atos difamatórios de funcionários públicos por meio das exigências normativas do princípio da liberdade de expressão foi, justamente, o de se ampliar, analogicamente, o argumento rawlsiano contra o crime de libelo sedicioso. Vide: BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. 2ª edição. Idem. p. 200.

sedicioso.

Dito do outro modo, Rawls acredita ser um componente central das práticas democráticas a autorização para que os cidadãos critiquem, ainda que intensamente, o seu governo, controlando, desse modo, a forma como o exercício do poder político é praticado. Restringir as possibilidades desse tipo de crítica, segundo o autor, “minaria as possibilidades do autogoverno e de diversas outras liberdades requisitadas para a sua execução”⁷⁸⁴.

E, de fato, se os cidadãos não puderem criticar livremente aqueles que os governam, no fundo o que se está impedindo é que eles formulem e, em especial, comuniquem aos seus pares os seus próprios juízos a respeito da justiça das instituições e políticas sociais que a autoridade política referenda, incapacitando-os no exercício, pleno e informado, do seu segundo poder moral fundamental.

Mas por quê? O desenvolvimento de sua argumentação autoriza a formulação de uma resposta apropriada a essa questão.

Deve-se perguntar, então, em que momento as críticas que podem ser feitas a um governo assumiriam um grau tão acentuado que elevariam significativamente as tensões em torno do gozo livre e desinibido da liberdade de palavra. Pra Rawls, o problema central que se coloca, então, é o da advocacia subversiva, ou seja, da reivindicação, no seio do debate público, pela necessidade de se suprimir o regime político vigente, por meio de processos violentos, inclusive, substituindo-o por outros arranjos institucionais alternativos.

A questão cardinal para o autor, entretanto, é o que a defesa desse tipo de medida extrema, ao fundo e ao cabo, sempre implica.

Os anseios públicos, majoritários ou não, por mudanças estruturais em determinada forma de organização política de uma sociedade estão sempre lastreados em uma compreensão política mais abrangente⁷⁸⁵, de modo que, ao se impossibilitar que os seus defensores se manifestem a respeito de suas reivindicações (mesmo que incisivas), o que se retirará da arena pública são as próprias concepções particulares a respeito da boa vida que cada um deles sustenta.

Desse modo, não só as bases do autorrespeito e do respeito mútuo entre os cidadãos seriam minadas, posto que aqueles que endossam o ponto de vista reputado ilegal não poderiam ver-se a si mesmos como detentores dos mesmos benefícios e vantagens sociais

⁷⁸⁴RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 343 – tradução livre.

⁷⁸⁵“Eu menciono essas questões apenas para apontar o óbvio: a advocacia subversiva é sempre parte de uma mais abrangente visão política compreensiva... suprimir a advocacia subversiva é suprimir essas razões, e fazer isso é restringir o livre e informado uso de nossa razão para julgar a justiça da estrutura básica e de suas políticas sociais” (RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 346 – tradução livre).

que os demais⁷⁸⁶, como também a própria concepção política de pessoa não se prestaria mais a servir como fundamento normativo dos princípios de justiça que conformam a estrutura básica da sociedade, uma vez que o conteúdo de um deles (do primeiro princípio, naturalmente) estaria sendo modelado de forma a impor condições de tratamento realmente diferenciadas aos cidadãos alinhados a diferentes concepções a respeito da boa vida⁷⁸⁷.

De fato, nenhum cidadão razoável poderia concordar com uma interpretação do primeiro princípio de justiça que conferisse uma abrangência tão limitada quanto essa ao direito de liberdade de expressão; como os seus representantes, na posição original, desconhecem os papéis sociais específicos desempenhados por aqueles que representam, o único termo de acordo a que eles poderiam razoavelmente chegar seria um que conferisse ao direito de liberdade de palavra um maior âmbito de incidência, que garantisse que nenhuma razão política em especial, qualquer que seja ela, fosse excluída do debate público a respeito dos caminhos que a sociedade deve seguir.

A sociedade de iguais, que marcadamente caracteriza o seio de toda civilização democrática, estaria desfeita⁷⁸⁸, e a orientação normativa das suas instituições e políticas sociais balizada por critérios notadamente equivocados, já que contrários ao igualitarismo de *status* moral de que todo indivíduo deveria poder desfrutar⁷⁸⁹.

⁷⁸⁶Nesse sentido são as constatações de Joshua Cohen, para quem as pessoas mostram respeito umas para com as outras quando reconhecem e protegem os seus direitos de utilizarem os seus sentidos de justiça para influenciarem os assuntos públicos da forma como entendem ser apropriado, ou melhor, as pessoas demonstram respeito por outras quando elas expressam a sua vontade de compartilhar responsabilidades em termos equitativos para realizar os julgamentos de justiça que promovem um guia para a vida política coletiva: quando veem todos os demais como iguais na sua participação da vida coletiva. Isso porque as bases do autorrespeito é uma divisão pública (e igualitária) de liberdades e direitos, através da qual as pessoas assumem um *status* seguro para opinar na vida coletiva; restringindo-se liberdades importantes em alguns casos, todavia, mina toda a possibilidade de desenvolvimento do sentimento de respeito mútuo que deve imperar nas democracias constitucionais. Vide: COHEN, Joshua. “For a democratic society”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. Idem. p. 109.

⁷⁸⁷“A posse de um senso moral de que podemos formular e exercer uma concepção de justiça é essencial ao reconhecimento da igualdade. Mostrar respeito uns aos outros é, assim, consentir e proteger o direitos de todos ao uso público da razão. Reconhecemos uns aos outros como iguais na medida em que conferimos a todos o direito de fazer os julgamentos finais sobre as questões públicas” (FRANCISQUINI, Renato. *Democracia, liberdade de expressão e valor equitativo das liberdades comunicativas*. Tese (doutorado). Idem. p. 260 – citando Joshua Cohen).

⁷⁸⁸Nesse sentido, por exemplo, Barendt diz que as leis contra difamação de agente público inibem significativamente o debate político, trazendo muitos custos para a democracia; dito de outra forma, o argumento democrático sugere que a crítica feita a oficiais do governo é protegida pela liberdade de expressão em ampla escala. Vide: BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. 2ª edição. Idem. p. 201. Outros autores, de igual forma, reconhecem que leis que punem condutas como a calúnia do Código Penal brasileiro nada mais são do que formas inovadoras de crimes de libelo sedicioso: “Enquanto medidas destinadas a penalizar expressões dirigidas contra políticas de governo, seus oficiais e instituições, leis criminais de calúnia são desenhadas para cumprir as mesmas funções que as antigas leis de sedição” (EMERSON, Thomas I. *The system of freedom of expression*. Nova Iorque: Random House, 1970, p. 390 – tradução livre).

⁷⁸⁹Como diz Joshua Cohen, as liberdades políticas, incluídas, aí, as liberdades de se expressar os pensamentos e opiniões políticos, quando garantidas, *afirmam* o *status* dos cidadãos democráticos de julgadores soberanos

Como diz Amy Gutmann, a liberdade para se contestar o governo (seja para advogar a revolução, seja por meio dos atos de libelo sedicioso) deve ser *totalmente protegida*, porque ela é o que permite, de modo fundamental, que os cidadãos exerçam o seu senso de justiça para julgar o poder político, de modo que, assim, eles possam contribuir para a modelação da estrutura básica da sociedade, como cidadãos livres e iguais que são⁷⁹⁰.

Subsiste, entretanto, um ponto a ser esclarecido: o direito de se criticar o governo, cujo exercício pode, inclusive, culminar na advocacia da subversão, pode ser legitimamente desfrutado até mesmo quando as razões que embasam essas críticas são falsas?

Para se enfrentar esse problema, contudo, é interessante que se mostre como a questão evoluiu em seu tratamento histórico nos Estados Unidos.

Ali, a liberdade de imprensa e de expressão dos pensamentos era originariamente concebida de uma forma muito restrita, por meio da qual a única proibição que a Primeira Emenda trazia às leis impeditivas de discursos era aquela referente à impossibilidade de que fossem feitas censuras prévias aos atos de expressão que se desejava comunicar⁷⁹¹.

Nesse período, por sinal, vigorava uma importante norma legal, destinada a condenar aqueles que publicassem informações falsas e maliciosas a respeito do Presidente da República e dos membros do Congresso americano, denominada de Lei de Sedição, a qual traduzia, com clareza, essa nítida limitação do direito de liberdade discursiva, tal e qual era na época compreendido.

Com o desenvolvimento da doutrina constitucional a respeito desta garantida individual, entretanto, à sua interpretação foi conferida uma esfera mais alargada de proteções aos cidadãos, primeiro com o desenvolvimento da fórmula do juiz Holmes, a denominada “regra do perigo claro e presente”, segundo a qual “o Estado só poderia castigar o discurso político quando este impusesse um ‘perigo evidente e imediato’ (*clear and present danger*) à sociedade”⁷⁹².

Muito embora aparente resultar numa progressão à forma como o direito de liberdade de palavra deve ser interpretado, essa regra ainda traz consigo uma abertura textual muito

do seu governo e de suas instituições – do que, *contrario sensu*, se conclui que, quando mitigadas, infirma os próprios fundamentos normativos da democracia constitucional como um todo. Vide: COHEN, Joshua. “For a democratic society”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. Idem. p. 111.

⁷⁹⁰GUTMANN, Amy. “Rawls on the Relationship between Liberalism and Democracy”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. p. 182.

⁷⁹¹Nesse sentido, alerta Dworkin: “ao longo da maior parte desse período [pré-Sullivan], o que se pensava era que a Primeira Emenda declarava um princípio bastante limitado e portanto oferecia aos cidadãos uma proteção bastante limitada” (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 314).

⁷⁹²DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 316.

grande, o que, na sua aplicação prática, termina por referendar a limitação da garantia constitucional em comento por razões que dificilmente se pode considerar plausíveis.

Isso porque, ao se associar as possibilidades de restrição à existência de discursos *perigosos*, na verdade pouca coisa se diz a respeito dos critérios objetivos de que se necessita para se justificar uma constrição dos atos de expressão em questão.

Com efeito, desde um ponto de vista subjetivo (é dizer, da forma como as pessoas recebem e interpretam os discursos que lhes são comunicados), qualquer discurso político que contrarie as opiniões de um cidadão poderá lhe parecer perigoso em um sentido minimamente aproximado ao estabelecido pela regra em questão⁷⁹³, de modo que facilmente se poderia conceber hipóteses passíveis de repercutirem em restrições ilegítimas ao direito de liberdade dos discursos.

Em busca de se tentar definir, de modo mais contundente, que situações autorizariam a imposição de restrições aos atos de expressão, a “regra do perigo claro e presente” também sofreu evoluções, até chegar ao enunciado que vigora até atualmente, alcançado no julgamento conhecido como *Brandenburg v. Ohio*.

Nesta oportunidade, formulou-se a regra que determina quando uma intervenção estatal na liberdade de palavra é legítima de modo a que fossem incorporados nela critérios mais precisos para se determinar que tipo de razão autorizaria a constrição punitiva de atos de expressão “perigosos”; diz-se, então, que devem ser considerados ilícitos, apenas e tão somente, aqueles discursos que se dirigem a incitar ou produzir ações ilegais *iminentes*, e que, ademais, *provavelmente* conseguirão atingir esse resultado.

As demandas por especial intencionalidade (intenção de incitar e produzir as ações ilegais) e pela iminência e probabilidade dos danos causados, por conseguinte, atuam como parâmetros mais seguros e capazes de distinguir quando um determinado ato de expressão, crítico ao governo, pode ser legitimamente proibido, sem que seja afetado o tratamento dispensado aos cidadãos democráticos, e quando esse tipo de restrição é inadequada, devendo-se deixar prevalecer os seus direitos de se expressarem livremente.

Essa regra, ademais, põe em evidência que o perigo *do discurso* deixa de ser o relevante, para que seja dada a devida importância aos prováveis perigos que as decisões e medidas tomadas *em função do discurso* podem gerar à sociedade democrática como um

⁷⁹³“é claro que os discursos políticos que expressam doutrinas que rejeitamos, ou que pensamos ser contrárias aos nossos interesses, facilmente se apresentarão a nós como perigosos” (RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. p. 350 – tradução livre).

todo⁷⁹⁴.

Isso significa, em termos mais claros, que o problema principal passa a ser identificado com as consequências que determinado ato de expressão pode causar não em razão de seu conteúdo, mas sim do modo como ele foi recebido por sua audiência, o que infirma a importância que a falsidade/veracidade de sua mensagem tem na procura pelos limites legítimos que podem ser associados ao direito de liberdade de palavra.

Mas não é só. Se poderia dizer, por exemplo, que o conteúdo mentiroso de determinado ato de expressão é justamente aquele aspecto que faz com que ele, uma vez comunicado, seja o veículo causador da má reação dos seus destinatários, o que implica que a sua inverdade deve ser considerada como um motivo plausível para a sua restrição.

Esse ponto, todavia, coloca em evidência outro importante aspecto das sociedades democráticas. Note-se, nesse sentido, que a vida política das democracias constitucionais “não consiste 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, das opiniões dos cidadãos sobre os temas que lhes afetam como indivíduos e como uma coletividade”⁷⁹⁵.

A ideia de deliberação pública, portanto, é parte central do próprio autogoverno democrático, que deve ser compreendido não no sentido estrito da possibilidade de realização de eleições periódicas e bem informadas para que se escolha os representantes que conduzirão o governo, mas está, outrossim, vinculado a uma ideia mais profunda de *igualdade de oportunidades* para que todos indivíduos participem das escolhas sobre o futuro da sociedade⁷⁹⁶.

⁷⁹⁴Rawls é especialmente claro sobre isso ao narrar um pequeno exemplo condizente com a discussão ora proposta: “Suponha que uma população democrática, engajada em uma rivalidade militar com um poder autocrático, decida que o uso de armas nucleares é tão contrário aos princípios de humanidade que o seu uso deve ser desestimulado e passos significativos passam a ser tomados, unilateralmente, para reduzir-se o arsenal deste tipo de armamento, isso com a esperança de que a nação rival possa se persuadir a seguir o mesmo caminho. Esta poderia ser uma decisão altamente perigosa, mas isso é certamente irrelevante do ponto de vista da discussão sobre se esse assunto deveria ou não ser livremente debatido e se o governo seria constitucionalmente obrigado a seguir essa decisão uma vez que foi tomada. A periculosidade do discurso político está além do ponto; é precisamente o perigo envolvido na tomada desta decisão que deve ser livremente debatido” (RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. pp. 354/355 – tradução livre).

⁷⁹⁵FRANCISQUINI, Renato. *Democracia, liberdade de expressão e valor equitativo das liberdades comunicativas*. Tese (doutorado). Idem. p. 106.

⁷⁹⁶FRANCISQUINI, Renato. *Democracia, liberdade de expressão e valor equitativo das liberdades comunicativas*. Tese (doutorado). Idem. p. 103. Mais adiante, diz, ainda, o autor: “A democracia, de acordo com a tese da necessidade, sustenta que todos devem desfrutar dos direitos e condições efetivas de intervir nos processos comunicativos, levando a público as suas preferências, valores e crenças. Nestes processos os interesses e concepções do bem são publicamente reavaliados, podendo ser modificados ou ajustados à luz do intercâmbio de razões. A comunicação pública tem, portanto, um valor instrumental; isto é, ela justifica-se normativamente na medida em que pode contribuir para a realização das duas faculdades morais e para o reconhecimento recíproco de todos como pessoas livres e iguais” (FRANCISQUINI, Renato. *Democracia*,

Isso significa que a todos devem ser garantidas as chances de “discutir e influenciar os valores públicos não-instrumentais que informam as decisões vinculantes”⁷⁹⁷ da associação política, o que implica que a prática deliberativa é um verdadeiro requisito para o próprio reconhecimento do senso de igualdade dos cidadãos democráticos⁷⁹⁸.

A deliberação pública, contudo, envolve não só a possibilidade de se dizer tudo aquilo que se quer, mas também a necessidade de que as ideias e opiniões de cada cidadão sejam formadas como a resultante de um processo dialético no qual argumentos contraditórios devem ser apreciados e ponderados de acordo com a racionalidade de cada um, ou seja, ela considera que os juízos a respeito dos assuntos públicos devem ser a consequência da reflexão racional levada a efeito por cada indivíduo, no uso dos seus próprios poderes morais fundamentais.

Para que todos os cidadãos, entretanto, possam efetivamente participar desse processo deliberativo, que culmina com a tomada de uma decisão política vinculante (e assim serem tratados como *livres e iguais*), é importante que os canais de comunicação estejam amplamente desimpedidos, tanto para que as visões e opiniões de todos sejam equitativamente expostas, quanto para que todas as informações e pontos de vista necessários à sua reflexão pessoal e tomada de posição, em um ou outro sentido, possam ser verdadeiramente acessados⁷⁹⁹.

Nesse sentido, tampouco importa que o conteúdo da mensagem seja falso ou não⁸⁰⁰; a responsabilidade pela apreciação e julgamento do conteúdo das diversas mensagens que

liberdade de expressão e valor equitativo das liberdades comunicativas. Tese (doutorado). Idem. p. 265).

⁷⁹⁷FRANCISQUINI, Renato. *Democracia, liberdade de expressão e valor equitativo das liberdades comunicativas*. Tese (doutorado). Idem. p. 103.

⁷⁹⁸Nesse sentido: “as liberdades comunicativas são um valor essencial e condição de possibilidade da realização das autonomias pública e privada... então é preciso que as normas que a ela se aplicam tenham como pressuposto a necessidade de proteger o seu exercício contínuo por todos os membros da associação política” (FRANCISQUINI, Renato. *Democracia, liberdade de expressão e valor equitativo das liberdades comunicativas*. Tese (doutorado). Idem. p. 254). Joshua Cohen, por exemplo, afirma que essa concepção dos regimes democráticos, uma concepção chamada de deliberativa, implica justamente que a defesa de leis e políticas sociais deve sempre ser feita com base em razões ajustadas ao ideal da igualdade entre todos os cidadãos. Vide: COHEN, Joshua. “For a democratic society”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. Idem. p. 101.

⁷⁹⁹Como alerta Dworkin, “Se os cidadãos que respeitam as leis são agentes morais responsáveis, é contraditório pensar que alguém tem o direito de determinar o que eles podem ou não podem ler com base num juízo oficial qualquer sobre o que vai edificar ou destruir o caráter deles ou o que os levaria a ter opiniões incorretas sobre assuntos de interesse social” (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 333).

⁸⁰⁰ “Sob os princípios da Primeira Emenda, expressões críticas ao governo são protegidas quando verdadeiras ou falsas, quanto emitidas com malícia ou com as melhores intenções. De fato, a Lei de Sedição [dos EUA] de 1978 era aplicada apenas às falsas declarações, feitas com a intenção de difamar. Ao denunciar a inconstitucionalidade daquela norma, a Supre Corte nunca sugeriu que ela seria válida caso claramente se aplicasse apenas às deliberadas ou negligentes falsidades” (EMERSON, Thomas I. *The system of freedom of expression*. Idem. p. 391).

circulam na arena pública democrática (o que inclui a reflexão sobre até que ponto elas conseguirão influenciar as visões de mundo dos indivíduos) é de cada cidadão que a elas tem acesso, não se podendo exigir a sua exclusão dos espaços de comunicação social, única e exclusivamente, em função de uma hipotética suposição de que eles reagirão mal ao teor do discurso comunicado (passando a condenar, por exemplo, a imagem social de determinado indivíduo, ao suporem que ele está, verdadeiramente, envolvido com a prática de atos supostamente criminosos)⁸⁰¹.

Adotar esse tipo de postura, na verdade, configura mais uma forma de se minar as bases igualitárias que fundam a democracia constitucional, posto que indica que o Estado não reconhece, em diversos indivíduos, o *status* de cidadão democrático capaz de formular, por sua própria reflexão, razoável e racional, um senso de justiça apropriado aos assuntos coletivos de sua sociedade.

A democracia, por conseguinte, conecta-se com o valor da liberdade de expressão não de uma forma instrumental, em que esta é compreendida como um meio que viabiliza a ocorrência daquela; o direito de se manifestar livremente, a bem da verdade, “é um elemento fundamental à igualdade na qual se funda um regime político democrático”⁸⁰², apresentando, portanto, um valor *constitutivo*, para utilizar a linguagem dworkiana mencionada anteriormente⁸⁰³ – o que permite, desde logo, afastar-se todas as críticas que foram pontualmente feitas às justificativas instrumentais do valor da liberdade de expressão⁸⁰⁴.

Nos precisos dizeres de Renato Francisquini:

uma associação será democrática na medida em que ela for capaz de assegurar a todos os seus membros os direitos e liberdades políticos formas e as condições efetivas ao seu exercício contínuo e duradouro. Dentre estes direitos e liberdades, encontram-se, dentre outros, via de regra, os direitos e liberdades de se expressar

⁸⁰¹Nesse sentido, vide Dworkin: “Se os cidadãos que respeitam as leis são agentes morais responsáveis, é contraditório pensar que alguém tem o direito de determinar o que eles podem ou não podem ler com base num juízo oficial qualquer sobre o que vai edificar ou destruir o caráter deles ou o que os levaria a ter opiniões incorretas sobre assuntos de interesse social” (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 333).

⁸⁰²FRANCISQUINI, Renato. *Democracia, liberdade de expressão e valor equitativo das liberdades comunicativas*. Tese (doutorado). Idem. p. 258.

⁸⁰³Joshua Cohen, por exemplo, destaca justamente que, na justiça como equidade, a democracia não desempenha um papel meramente instrumental; o caso da democracia é justificado, outrossim, no conteúdo do próprio primeiro princípio de justiça, ou seja, na ideia de proteção a um esquema de liberdades iguais para todos (COHEN, Joshua. “For a democratic society”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. Idem. p. 104).

⁸⁰⁴Vide item 3.1.1., *supra*.

publicamente e defender uma concepção sobre a vida boa, assim como as preferências e interesses que desejamos ver inscritos nas leis e transformados em políticas públicas. Logo, a livre expressão de ideias é parte central e componente básico da democracia compreendida desta maneira⁸⁰⁵.

Nesse sentido, é impossível aventar-se a existência de um direito à punição das mensagens com conteúdos falsos a respeito de assuntos públicos relevantes pelo simples motivo de serem elas falsas⁸⁰⁶. Para que haja qualquer reposta jurídica (ainda que não penal) às expressões mentirosas deste tipo, portanto, outras condições deveriam ser atendidas⁸⁰⁷ ou, do contrário, as bases igualitárias do sistema democrático não conseguirão prosperar.

Antes, entretanto, de se imiscuir nas considerações a respeito de quando uma resposta do direito pode ser apropriada, há que se pontuar algo, fundamental à elucidação do primeiro problema colocado por esta dissertação: o que tudo isso que foi dito tem que ver com o delito de calúnia, instituído no artigo 138, do Código Penal brasileiro?

A princípio, poder-se-ia imaginar que nada, ou que pouca coisa. Entretanto, é fundamental, nesse momento, fazer-se notar que um dos principais métodos de crítica e controle das ações governamentais é aquele realizado através da notificação de atos e condutas *ilegais* que foram supostamente praticados por aqueles que exercem o poder político em um dado momento histórico⁸⁰⁸.

⁸⁰⁵FRANCISQUINI, Renato. *Democracia, liberdade de expressão e valor equitativo das liberdades comunicativas*. Tese (doutorado). Idem. p. 255.

⁸⁰⁶Nesse sentido, vide: GROSS, Clarissa Piterman. *Pode dizer ou não? Discurso de ódio, liberdade de expressão e a democracia liberal igualitária*. Tese (doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2017, p. 225.

⁸⁰⁷Esse ponto será mais bem explicado no item seguinte deste trabalho.

⁸⁰⁸De fato, uma simples observação do cenário brasileiro atual poderia, facilmente, corroborar a afirmação que ora se faz. Ainda que não se possa dizer que há uma análise sistemática e científica demonstrando, estatisticamente, o poder de censura que o tipo penal da calúnia possui, são muitos os casos noticiados pela imprensa que sugerem haver grandes ônus para a democracia com a sua manutenção. Em 02 de agosto de 2016, por exemplo, o político e ex-deputado federal Fernando Chiarelli foi detido por três agentes da Polícia Federal, tendo sua prisão sido decretada em decorrência de uma condenação pela prática de crimes contra a honra, porque, quatro anos antes, teria associado a então prefeita de Ribeirão Preto, Dárcy Vera, à prática de atos ilícitos (reportagem em: <https://m.folha.uol.com.br/poder/2017/03/1863754-fui-condenado-por-chamar-uma-corrupta-de-corrupta-diz-ex-deputado.shtml> – acesso em 10/11/2018). Em outro caso, o jornalista baiano Aguirre talento também foi preso, dada a comissão de supostos crimes contra a honra, por ter ele relatado uma acusação, feita pelo Ministério Público, por supostos delitos ambientais na construção do Parque Tecnológico da Bahia, em Salvador (<https://www.conjur.com.br/2016-nov-05/conduta-censuravel-jornalista-condenado-prisao-bahia> – acesso em 10/11/2018). Neste ano de 2018, também, em decorrência da trágica morte do ex-Reitor da Universidade Federal de Santa Catarina, depois de ser sido preso sob a acusação de ter praticado desvio de verbas da universidade, fora realizado um ato de protesto contra as investigações em questão, fato que resultou na oferta de denúncia pelo Ministério Público contra o atual Reitor da universidade e o seu chefe de gabinete, onde imputava-se a prática de atos que ofendiam a “honra funcional” da delegada por conduzir os trabalhos investigativos (<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/08/procuradoria-denuncia->

Quando esses atos ilegais, ademais, preenchem os requisitos, formais e materiais, necessários à configuração de um *delito*, ainda mais significativa e impactante é a crítica realizada, dado que é fundamental que os cidadãos democráticos saibam (e informem aos outros) como seus dirigentes políticos se comportam, em especial se eles comportam-se, ou não, tal e qual as instituições sociais e políticas, conformadas pelos princípios de justiça, exigem e prescrevem que eles se comportem.

A existência de uma figura criminosa que, todavia, possibilita a coibição deste tipo de discurso termina por solapar as bases do respeito mútuo entre pessoas livres e iguais, porquanto abre as portas para que o poder constituído constranja, pela sua mais dura forma de atuação, a participação dos cidadãos democráticos no debate público que deve informar e orientar as decisões coletivas que serão tomadas por sua comunidade.

De fato, não parece impossível que, por meio de processos penais de calúnia, aqueles que detém poder político, ou mesmo desfrutam de alguma posição de autoridade, possam intimidar seus delatores e impedir a livre circulação de ideias e informações de acordo com seus interesses pessoais.

A simples existência, portanto, de uma norma criminal com esse potencial intimidador e significativamente constritivo das oportunidades de participação e influência no debate público corrompe as bases igualitárias que fundamentam o regime democrático constitucional; ela possibilita que o exercício da coerção coletiva estatal seja direcionado à intimidação e ao silenciamento daqueles que desejam contribuir para a formação de juízos de justiça a respeito da estrutura básica da sociedade, em especial por meio da crítica que podem fazer a quem exerce o poder político constituído, vilipendiando as liberdades básicas de que desfrutam na qualidade de cidadãos democráticos livres e iguais.

Com efeito, adotando-se a interpretação que o dispõe em sua melhor luz, o direito de liberdade de expressão conecta-se de forma essencial com os próprios fundamentos do regime democrático, de modo que qualquer mínima limitação sobre ele, em especial no que diz respeito a essa sua esfera central de importância – é dizer, a liberdade de expressão

professores-da-ufsc-apos-evento-com-criticas-a-pf.shtml – acesso em 14/11/2018. Casos ainda mais notórios são aqueles que envolvem figuras públicas mais destacadas. O ex-presidente Lula, por exemplo, moveu queixa-crime contra o juiz Sérgio Moro, muito embora esta tenha sido rejeitada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/tribunal-rejeita-por-unanimidade-queixa-crime-de-lula-contra-moro/> - acesso em 10/11/2018); caso similar ao do atual Presidente, Michel Temer, que também moveu queixa-crime contra Joesley Batista, que fora, entretanto, rejeitada pela 12ª Vara Criminal Federal de Brasília (<https://m.migalhas.com.br/quentes/260699/jf> – acesso em 10/11/2018). Todos os casos, de uma forma ou de outro, indicam como muitas vezes o instrumento da persecução penal por crimes contra a honra são utilizados como forma de retaliação, ou intimidação, das práticas de denúncia de usos arbitrários e indevidos do poder público, ou mesmo de simples situações de privilégios.

política –, torna-se ilegítima.

Dito de outro modo, o direito de liberdade de expressão engloba um amplo e integral direito de crítica às instituições sociais e políticas, bem como às posições de autoridade ocupadas pelos indivíduos em geral, de modo que a criação de uma norma jurídica que, ainda que incidentalmente, tenha o condão de mitigar esse direito não pode ser considerada legítima, nem constitucional⁸⁰⁹.

Contra esse argumento, contudo, duas objeções poderiam ser levantadas, ambas, de certo modo, bastante interconectadas (pode-se dizer que a segunda é um caso especial da primeira).

Em primeiro lugar, poder-se-ia dizer que o crime de calúnia é mais abrangente do que o que se está fazendo supor, e que ele, desse modo, poderia incidir de forma legítima apenas ali onde a imputação de um fato considerado como crime fosse feita sem objetivos políticos claros, de modo que sua aplicação não fosse contrária ao exercício livre e desimpedido das liberdades comunicativas fundamentais e que nenhuma inconstitucionalidade pudesse ser identificada.

⁸⁰⁹Dito, ainda, de outra forma, a liberdade de expressão pode ser compreendida como um direito protetivo dos cidadãos, que impede que seja considerada danosa aquela conduta que ataca a reputação de terceiros, por transmitir um conteúdo mentiroso; isso porque, como visto, o sentido apropriado da ideia de dano exige que a conduta praticada, além de frustrar os interesses das vítimas, seja considerada uma “ação injusta” (*a wrong*), o que, por sua vez, requer que a sua prática não corresponda ao exercício de nenhuma esfera de liberdades dos cidadãos, reconhecida pela filosofia política que conforma a estrutura básica da sociedade. No caso em apreço, contudo, o que se vê é que os argumentos suscitados para defender a necessidade de tipificação da calúnia apontam justamente no sentido oposto dessa afirmação: que a simples causação de um dano reputacional justificaria a manutenção da norma incriminadora no sistema penal brasileiro. Esse argumento, entretanto, sucumbe diante das análises feitas nesta dissertação, justamente por se constatar que a simples falsidade de uma informação não é suficiente para limitar o âmbito de incidência do direito de liberdade de expressão. Importante ressaltar, ainda, que uma concepção do direito de liberdade de palavra alinhada com essas premissas rawlsianas, muito embora não de forma expressa, pode ser confirmada por decisões que as instituições políticas brasileiras tomaram no passado, sendo a mais relevante ao assunto ora esposado aquela proferida nos autos da ADPF n.º 470, na qual se declarou a não recepção da Lei de Imprensa pelo texto constitucional de 1988. Ali, tanto as relações constitutivas entre democracia e liberdade de expressão e de imprensa foram reconhecidas (do voto do Relator da ação, e. Min. Carlos Ayres Britto: “A imprensa passa a manter coma a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação... Um tirar o povo da plateia para colocá-lo no palco das decisões que lhe digam respeito” - p. 39 do acórdão), como a ideia de que a liberdade em questão detém certa prioridade face às demais (do voto do e. Min. Relator: “a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu*” - pp. 57/58 do acórdão). A interpretação ali esposada, portanto, facilmente poderia sustentar uma extensão dos efeitos reconhecidos naquela ADPF para se declarar a inconstitucionalidade dos crimes contra a honra que constam do Código Penal brasileiro; até porque, ao decidirem pela inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, os ministros não notaram que deixaram em situação pior aqueles que exercem práticas jornalísticas e que podem sofrer repressões penais em decorrência dos escritos que produzem, dado que as tipificações que constavam da antiga lei eram sancionadas com penas menores do que aquelas impostas pelo *codex* repressivo do país; se o objetivo era, portanto, reforçar as liberdades democráticas, e fortalecer a própria democracia, a única interpretação possível que se pode retirar daquela decisão é que seus fundamentos, em suma, referendariam um tratamento igual com relação aos delitos previstos não na legislação especial, mas no próprio Código Penal do país. Sobre a decisão, vide: STF, ADPF n.º 470/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, Dju 06/11/2009).

Este contra-argumento, contudo, desfaz-se por suas próprias razões. Isso porque, a bem da verdade, quando se defende a tese de que a norma proibitiva em questão é genérica, não intencionando restringir um tipo mais específico de discurso, na verdade o que se está fazendo é reforçar o argumento de que a norma em questão está eivada de inconstitucionalidade.

Como visto, restrições baseadas no conteúdo devem ser justificadas por meio de um escrutínio rigoroso (*strict scrutiny*), o qual consiga apontar um interesse convincente do governo na criação de uma norma jurídica que limite as possibilidades de livre expressão de ideias, mas se esta é redigida em termos vagos e suscetíveis de aplicação a inúmeras situações, potencialmente muito diferentes entre si, inclusive, nenhum interesse tão específico e sólido nesse sentido pode ser encontrado para justificar a proibição⁸¹⁰.

E, de fato, autorizar proibições abertas deste tipo parece fazer emergir diversos problemas para a aplicação da lei penal.

Há, por exemplo, os sérios riscos de que ocorra o denominado *chilling effect*, ou seja, que determinados cidadãos, mesmo que bem intencionados e preocupados com o bem comum de sua comunidade, deixem de fazer comunicados importantes e de denunciar eventuais deslizes comportamentais de seus pares em decorrência do medo de sofrerem uma persecução criminal retaliativa, de modo que, ainda assim, o crime de calúnia teria o potencial de coibir atos de expressão valiosos e que remetem ao coração filosófico dos regimes democráticos, de modo a ser considerado um verdadeiro (e forte) entrave ao gozo do direito de liberdade de palavra.

Ademais, deve-se notar que normas penais genéricas, que possam ser remetidas a uma diversidade pouco esclarecida de condutas, não cumprem os requisitos mínimos necessários à sua legitimação, porque contrariam aquele que é considerado, por muitos, o princípio moral reitor dos sistemas criminais liberais da contemporaneidade: a ideia de *legalidade penal*.

Esta, como bem se sabe, implica que normas criminais devem prezar pela existência de *taxatividade* em suas disposições, tudo o que se é renegado quando se pretende defender a atual legislação penal brasileira sobre os crimes contra a honra com fundamento nesta racionalidade, é dizer, da possibilidade de que o crime de calúnia incida em situações que não repercutam assuntos de interesse público relevantes.

⁸¹⁰O alerta é muito bem colocado por Kent Greenawalt, para quem a existência de um *compelling interest* só pode ser atestada quando se restringe uma específica modalidade discursiva que se reputa problemática: GREENAWALT, Kent. *Fighting words: individuals, communities and liberties of speech*. Idem. p. 64.

Mas há, ainda, outra possível crítica a ser feita ao que foi defendido até o momento. Esse segundo contra-argumento é uma versão mais desenvolvida, e portanto mais forte, do primeiro. Muitos podem afirmar, dessa forma, que o crime de calúnia poderia ser considerado inconstitucional no que diz respeito às imputações de fatos definidos como crime que são feitas a pessoas públicas, conquanto a calúniação de cidadãos privados, em especial, não careceria de razões aptas a justificarem a sua legitimidade.

Para, então, encerrar-se o argumento, é preciso, pois, que se enfrente adequadamente essa posição. Ocorre, todavia, que este é um problema mais delicado, de modo que será dedicado um item à parte para se procurar solucioná-lo.

3.2.2.2. *Pessoas públicas vs. Pessoas privadas – há alguma distinção? A regra Sullivan e as suas contribuições para o debate.*

A noção de que a imputação de fatos falsos a pessoas privadas, é dizer, que não possuem, dada a posição social que ocupam, qualquer papel significativo para o debate público de ideias, estaria fora do âmbito de proteção do direito de liberdade de expressão pode ser melhor compreendida quando se chama a atenção para o que significa uma importante consideração feita anteriormente.

Fora dito que, em decorrência da necessidade de se respeitar os fundamentos igualitários que caracterizam o sistema democrático constitucional, a garantia individual da liberdade discursiva não pode ser mitigada única e exclusivamente em decorrência do fato de se transmitir uma mensagem com conteúdo inverídico, porque a simples falsidade do ato de expressão comunicado não é motivo suficiente para dirimir a responsabilidade que os cidadãos possuem de processarem e refletirem a respeito dos assuntos que os afetarão, coletiva e individualmente, posto que isto constitui um aspecto relevante do exercício do primeiro poder moral que eles titularizam.

A mera inveracidade do discurso, ademais, não constitui, por si só, razão apta a impossibilitar que os cidadãos democráticos manifestem os seus juízos pessoais a respeito da justiça de sua comunidade, porque a afirmação da sua qualidade de pessoas livres e iguais “exige a proteção de manifestações que tenham como propósito a elaboração das experiências e convicções pessoais, *ainda que elas sejam falsas*”⁸¹¹, que cada um

⁸¹¹GROSS, Clarissa Piterman. *Pode dizer ou não? Discurso de ódio, liberdade de expressão e a democracia liberal igualitária*. Tese (doutorado). Idem. p. 227 – g.n.

desenvolve em torno dos assuntos relevantes à sua comunidade política como um todo.

Esses argumentos, contudo, não implicam uma negação total e absoluta dos interesses reputacionais que as pessoas têm; fora mencionado, nesse sentido, que a existência de uma resposta jurídica a casos de emissão de discursos com conteúdo mentiroso deve ser balizada por critérios mais rígidos, ainda que nada tenha sido especificado sobre o assunto. Esse é, por conseguinte, o ponto que merece um desenvolvimento especial, neste momento.

A ideia de que é possível algum marco de atuação do direito na tarefa de regulação do teor falacioso dos atos de expressão ganhou uma importante formulação no julgamento de um conhecido caso apreciado, em 1964, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, conhecido como o caso *New York Times Co. v. Sullivan*, no qual apreciou-se a constitucionalidade da imposição do dever de indenizar àqueles indivíduos que, comunicando falsas informações sobre outros, ferem a reputação social destes últimos⁸¹².

Muito embora a decisão de *Sullivan* tenha, ao fim e ao cabo, sido favorável à imprensa e ao direito de liberdade de expressão, ela deixou claro, também, que em situações especiais e bem definidas a comunicação de falsidades pode ser reputada ilegal, a merecer uma reparação por meio de processos cíveis que visem à indenização dos ofendidos.

Essas situações relacionam-se com a criação de uma nova categoria dos “oficiais públicos”, com relação aos quais a Suprema Corte determinou que “as garantias constitucionais requerem (...) uma regra federal que proíbe um oficial público de receber indenização por falsidades difamatórias relacionadas à sua conduta oficial, a não ser que ele prove que a declaração foi feita com ‘malícia real’ (*actual malice*) – isto é, com conhecimento de que era falsa ou com desprezo temerário (*reckless disregard*) acerca de se era falsa ou não”.

Desse modo, o que foi estabelecido é que, a depender da *motivação* dos declarantes, ou seja, do estado mental daqueles que enunciam determinada mensagem, seria possível demarcar-se um espaço de sanção jurídica legítima ao seu comportamento.

Essa categoria dos “oficiais públicos”, entretanto, passou a ser significativamente

⁸¹²O caso pode, sumariamente, ser assim explicado: na década de 1960, os Estados Unidos viviam uma delicada situação, repleta de tensões sociais, em decorrência da ação dos movimentos pelos direitos civis, em especial no sul daquele país. Em 29 de março de 1960, o jornal *The New York Times* publicou um anúncio que noticiava a ação violenta de diversos setores da população contra as manifestações feitas pelos integrantes dos movimentos pelos direitos civis, dentre as quais destacava-se aquela levada a efeito pela polícia de Montgomery, Alabama, contra estudantes negros que protestavam nas escadas da sede do Executivo estadual. Nessa oportunidade, L. B. Sullivan, comandante da polícia de Montgomery, acionou o jornal na justiça por entender que o teor da notícia veiculada afrontava sua reputação pessoal, sob o argumento de que muitas das supostas ações associadas ao comportamento dos policiais sob seu comando eram falsas. O caso foi decidido favoravelmente a Sullivan nas instâncias inferiores, mas revertido por histórica decisão da Suprema Corte norte-americana.

flexibilizada com o desenvolvimento da doutrina constitucional em torno do assunto. Ao apreciar o caso *Curtis Publishing Co. v. Butts* (1967)⁸¹³, por exemplo, a Suprema Corte passou a entender que a regra da “malícia real” (*actual malice*) aplicava-se não só a funcionários do governo, mas a toda e qualquer “personalidade pública”, ainda que não tenha especificado de forma apropriada o que caracterizaria essa nova categoria em questão.

Em sequência, com o advento do julgamento do caso *Gertz v. Robert Welch Inc.* (1974)⁸¹⁴, esse trabalho foi feito de forma mais detalhada e a Corte definiu mais precisamente o que constituiriam “personalidades públicas”, determinando que a regra criada em *Sullivan* seria aplicada quando as declarações difamatórias fossem feitas contra pessoas que, “por razão de notoriedade de suas conquistas ou o vigor com os quais eles buscam atenção pública”, poderiam ser classificadas dentro da nova categoria normativa elaborada em 1967.

Ainda assim, deve-se dizer, o conceito permaneceu muito amplo⁸¹⁵ e, ainda que na decisão do próprio caso *Gertz* o dever de indenização tenha sido reconhecido, a possibilidade de que a regra da “malícia real” (*actual malice*) fosse aplicada mais sistematicamente aumentou significativamente, limitando-se ainda mais os âmbitos de reposta jurídica legítima às ofensas reputacionais em geral.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, então, passou a entender que apenas as pessoas sem qualquer tipo de conexão com assuntos públicos poderiam requerer indenizações por meio de processos judiciais balizados por critérios mais brandos a respeito de quando ocorre, ou não, um dano à sua reputação, conquanto os indivíduos envolvidos, de alguma forma, com a arena pública careceriam de comprovar circunstâncias especiais para que o seu direito à reparação pecuniária fosse reconhecido.

Isso parece, portanto, sugerir que a segunda crítica feita no item predecessor deste trabalho guarda alguma relevância, sendo normativamente coerente admitir-se que a imputação de falsidades a pessoas privadas é menos prejudicial ao exercício do direito de liberdade de expressão, de modo que até mesmo uma repressão penal dessas hipóteses

⁸¹³Caso em que o antigo técnico de futebol americano da Universidade da Geórgia, Wally Butts, processou a revista *Saturday Evening Post* por difamação, dado que esta teria publicado um artigo que continha falsas informações a seu respeito.

⁸¹⁴Caso em que o advogado Elmer Gertz processou a revista *American Opinion*, por ter ela divulgado falsas informações que o vinculavam à participação em organizações comunistas.

⁸¹⁵“Esse critério pode levar à classificação de uma pessoa como ‘personalidade pública’ para todos os fins, ou seja, em relação a todos os aspectos de sua vida, dada a intensidade e amplitude do seu envolvimento nos assuntos de relevância social, ou para fins específicos, no sentido de circunscritos aos temas e controvérsias específicas em relação aos quais a pessoa se expõe publicamente” (GROSS, Clarissa Piterman. *Pode dizer ou não? Discurso de ódio, liberdade de expressão e a democracia liberal igualitária*. Tese (doutorado). Idem. p. 218).

poderia ser justificadamente legitimada.

Ocorre, todavia, que a literatura sobre o tema é bastante enfática ao reconhecer que, do próprio esforço hercúleo da Suprema Corte americana em estabelecer critérios capazes de distinguir claramente as situações em que os processos por danos reputacionais adotariam ou não as exigências estritas da regra *Sullivan*, a conclusão mais segura que se pode obter é que uma diferenciação deste tipo teria, do ponto de vista pragmático, mais problemática do que satisfatória ao exercício das garantias constitucionais fundamentais.

Assim, por exemplo, Dworkin é claro ao defender que, em razão das dificuldades de se traçar os critérios de distinção entre pessoas públicas e privadas, a estratégia mais coerente com a defesa integral do valor das liberdades expressivas, bem como com o reconhecimento de que os direitos individuais dos cidadãos devem “ser levados a sério”, seria aquela que abrisse mão de tal diferenciação e exigisse os mesmos requisitos (mais rigorosos) para a identificação dos discursos mentirosos passíveis de sofrerem alguma forma de retaliação por parte do direito⁸¹⁶.

Esse argumento, todavia, tem uma natureza eminentemente prática, o que pode suscitar alguma suspeição com relação à sua força persuasiva.

Nesse sentido, é de se pensar se pode existir alguma razão outra, de princípio, que corroboraria a tese dworkiana de que a distinção entre pessoas públicas e privadas não se sustenta, de modo que o âmbito de incidência do direito de liberdade de palavra pudesse abarcar, também, aquelas situações de enunciação de atos expressivos com conteúdo falso a respeito de cidadãos particulares, impossibilitando a sua constrição sem que os parâmetros mais exigentes da regra *Sullivan* fossem observados.

Aqui, todavia, uma ressalva deve ser feita. Nesta dissertação não se pretende enfrentar o problema mais amplo da ilegalidade de toda e qualquer declaração de fatos falsos, mas discute-se, especificamente, a possibilidade de que haja uma resposta jurídica à falsa imputação de fatos definidos como *crimes*.

A comissão de delitos, naturalmente, pressupõe que alguma conduta contrária ao ordenamento jurídico tenha sido praticada. Isso significa dizer que há o rompimento daquelas expectativas legítimas, que todo indivíduo tem, de que seus pares se comportarão de forma condizente com as normas e princípios que todos aceitaram obedecer, com vistas

⁸¹⁶“não vejo razão alguma pela qual elas não possam ser aplicadas não só às figuras públicas, mas também aos cidadãos particulares. A distinção entre figuras públicas e privadas e a tentativa de definir um critério separado que reja as ações de calúnia movidas pelas últimas têm causado muitas dificuldades, e seria muito benéfico que essa distinção fosse completamente eliminada” (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Idem. p. 309).

a assegurar as possibilidades de sua convivência social pacífica.

Com efeito, as sociedades democráticas, como visto, constituem um sistema de cooperação social equitativa baseada na ideia de respeito mútuo entre pessoas livres e iguais, o que pressupõe que os indivíduos engajados nela não só concordam com os princípios de justiça que conformarão a estrutura básica da comunidade política, como também assumem que todos os seus concidadãos também o farão.

A prática de uma conduta criminosa, entretanto, é uma comunicação, ainda que individual, do fato de que alguma das exigências normativas da justiça não foi apropriadamente observada; o respeito mútuo que deveria estruturar as relações entre pessoas que ocupam o mesmo *status* de igual cidadania, em consequência, é, ao menos parcial e momentaneamente, solapado.

Isso significa dizer que parte dos fundamentos normativos da sociedade democrática são abalados e isso não pode ser, nunca, considerado um assunto eminentemente privado. Mesmo que a ação criminosa tenha sido praticada por um cidadão particular, as consequências de seus atos repercutem em todas as esferas da comunidade política em que está inserido, e o mesmo tem de ser dito sobre aqueles que pretendem denunciar a prática de delitos por parte de seus pares.

Pense-se, por exemplo, no caso do síndico de um prédio, que tem desavenças com algum vizinho, morador do mesmo edifício que administra. Na hipótese deste tomar ciência de que o primeiro desvia valores da administração do condomínio, a sua preocupação em delatar as práticas ilegais não se resume aos possíveis danos patrimoniais que ele teria sofrido individualmente, mas transcendem esse interesse particular seu.

A comunicação do feito, portanto, é importante para a própria manutenção das bases sociais de respeito mútuo que devem orientar a convivência dos cidadãos democráticos; constitui uma forma de se ressaltar que, em sendo todos livres e iguais, além de serem partilhados os mesmos direitos, as pessoas, em geral, devem cumprir com deveres também similares.

Em situações como essa, portanto, tal e qual na hipótese das possibilidades de se criticar o governo, espera-se que os indivíduos tenham liberdade para formular e manifestar suas impressões e convicções pessoais a respeito da forma como seus pares se comportam no empreendimento comum que consentiram em aderir⁸¹⁷, ao formarem a associação política

⁸¹⁷Mesmo que seja um consentimento pressuposto pelo nascimento e posterior convivência pacífica num regime democrático de governo.

em que estão inseridos.

O direito de liberdade de expressão, nesse sentido, afirma-se como aspecto fundamental do exercício da primeira capacidade moral dos cidadãos também nesta situação, de modo que as exigências para a sua apropriada limitação não devem, nem podem, ser distinguidas em função das qualidades da suposta vítima das falsas imputações de fato definidos como crimes.

Dito de outro modo, o crime de calúnia, tal e qual instituído pelo sistema jurídico-penal do Brasil, eiva-se de inconstitucionalidade sob qualquer perspectiva que se possa analisá-lo.

Um último ponto, entretanto, merece consideração. Os padrões rígidos impostos pela regra *Sullivan* poderiam ser invocados por algum leitor como exigências que, uma vez observadas por eventual nova redação do delito de calúnia, arrefeceriam os argumentos formulados anteriormente nesta dissertação, autorizando-se a instituição de uma figura criminosa que, diferentemente da atual, poderia ajustar-se às demandas normativas do direito de liberdade de expressão aqui defendidas.

Isso, entretanto, é uma estratégia falha, por um simples motivo: *Sullivan* é uma regra rigorosa postulada para limitar as possibilidades de exigência de *indenizações*, é dizer, para restringir a aplicação de sanções *cíveis* em decorrência da enunciação de falsas declarações de fato a respeito de alguém.

No início deste trabalho, contudo, destacou-se que uma das premissas basilares aqui adotadas é aquela segundo a qual o ilícito não deve ser compreendido de uma unitária, mas sim gradativa, no sentido de que diferentes níveis de reprovabilidade da conduta implicam diferentes níveis de ilicitude a ela associados.

Um ilícito civil, nessa toada, é significativamente menos reprovável do que um ilícito penal, de modo que as exigências para a consumação daquele também possam ser abrandadas quando comparadas aos requisitos para a averiguação de um *crime*.

Isso consolida-se, na doutrina penal, pelos ideais principiológicos da *subsidiariedade* e *fragmentariedade*, que, segundo abalizada e uníssona doutrina criminal, sustentam que uma conduta somente pode ser reputada criminosa se não existirem outros meios menos danosos para que se possa respondê-las e diante dos ataques mais graves feitos aos valores e interesses humanos mais significativos.

Desse modo, sustentar a possibilidade de que haja a repressão penal mesmo ali onde as exigências para a sanção *cível* são colocadas nos mais altos patamares da justificação normativa parece ser, no mínimo, uma forma de se confrontar os pilares mais elementares

do sistema penal liberal que, atualmente, vigora nas democracias constitucionais do ocidente.

Como afirma Thomas Emerson, “quaisquer que sejam as justificativas para se declinar da proteção de falsidades intencionais no âmbito civil, não há bases para se recusar uma proteção deste tipo no contexto penal e assim se ressucitar as antigas leis de libelo sedicioso”⁸¹⁸.

Isso dito, acredita-se que a formulação da resposta ao primeiro problema foi suficientemente elaborada. O crime de calúnia, portanto, mostra-se incompatível com o sistema jurídico brasileiro, seja porque ofende frontalmente o princípio jurídico garantidor da liberdade de expressão, seja porque contradiz a estrutura principiológica mais elementar do próprio sistema de justiça penal do país, ressalvada a possibilidade de indenização em casos mais graves, no âmbito civil, naturalmente.

Superado, portanto, o primeiro desafio desta dissertação, é possível passar-se à análise do segundo grande questionamento que fora levantado no capítulo anterior do trabalho, e enfrentar-se a questão da legitimidade das outras duas figuras criminosas que visam à proteção da honra: a injúria e a difamação.

3.2.2.3. Tolerância liberal, razão pública e o direito de liberdade de expressão: a exigência de imparcialidade na restrição dos discursos e o direito à livre comunicação de conteúdos reputados ofensivos (retomando o segundo problema: os crimes de injúria e difamação).

No item predecessor deste trabalho, pretendeu-se demonstrar como a adequada interpretação do direito de liberdade de expressão cria barreiras intransponíveis à criminalização daquelas condutas que, atualmente, caracterizam o crime previsto no artigo 138 do Código Penal brasileiro, sobretudo porque, como visto, a existência deste tipo penal limita de modo significativo as possibilidades de se criticar e controlar, por meio do exercício do primeiro poder moral dos indivíduos, a autoridade política e a estrutura básica da sociedade, o que contraria os fundamentos mais elementares do regime democrático de governo.

Com isso, entretanto, duas outras figuras delitivas que visam à proteção penal da honra não foram apropriadamente confrontadas com as exigências normativas impostas pela

⁸¹⁸EMERSON, Thomas I. *The system of freedom of expression*. Idem. p. 391 – tradução livre.

garantia do exercício livre e desimpedido desse direito individual dos cidadãos, tarefa que, todavia, se faz necessária para se averiguar a constitucionalidade dos tipos penais em questão.

Os crimes de injúria (art. 140, CP) e difamação (art. 139, CP), por sua vez, são aqueles que aperfeiçoam-se quando há a propagação de um ato de expressão *ofensivo*, ou seja, que fazem incidir sanções penais em face daqueles discursos que, dado o conteúdo que veiculam, geram *ofensas* a terceiros, causando-lhes um mal que, de acordo com parte da doutrina penal contemporânea, pode ser legitimamente dirimido pela atuação do aparato repressor do Estado.

A ideia central que lastreia o raciocínio em questão, como visto, é a de que discursos deste tipo criam um significativo embaraço à dignidade pessoal dos cidadãos, notadamente porque implicam um tratamento desrespeitoso aos indivíduos ofendidos, ou melhor, porque implicam o menosprezo e a humilhação daqueles a quem são dirigidos, frustrando a expectativa que todos têm de serem tratados com igual consideração e respeito por seus pares.

O desafio suscitado por essas criminalizações, por conseguinte, é tanto o de se saber se essa pretensão ao tratamento respeitoso pode ser compreendida como uma exigência de que atos expressivos ofensivos sejam coibidos pela imposição do direito, quanto o de se determinar se é a coerção coletiva em sua modalidade mais dura e incisiva o meio apropriado para se alcançar esse objetivo ou não.

Para, entretanto, se discutir de forma mais honesta esses desafios colocados por essas criminalizações ao direito de liberdade de expressão, é necessário fazer-se uma consideração preliminar importante.

O grau de ofensividade de um discurso pode variar significativamente, a depender de diversos aspectos que circundam a emissão do conteúdo reputado ofensivo⁸¹⁹. Pense-se, por exemplo, em um empregado que insulta seu colega de trabalho afirmando que ele é “incompetente” e que os seus empregadores não deveriam ter contratado uma pessoa “tão desqualificada e incapaz quanto ele”.

Se o indivíduo ofendido for um cidadão dotado de plena capacidade civil, o grau de ofensividade do discurso será indiscutivelmente menor do que se ele fosse comunicado em

⁸¹⁹A ideia de que atos de expressão ofensivos podem variar no seu nível de ofensividade é referendada por Scanlon, segundo quem essas diferenças, inclusive, devem ser levadas em consideração em primeira mão ao se avaliar a possibilidade de constrição dos discursos. Vide: SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. pp. 110 e ss.

face de uma pessoa dotada de alguma deficiência mental que, mesmo sendo branda, diminuísse suas capacidades cognitivas regulares.

Nesta última situação, as características e qualidades especiais do destinatário da ofensa fazem com que o teor da mensagem comunicada adquira um grau de reprovabilidade maior, o que poderia contar como um argumento plausível para justificar uma resposta mais incisiva do direito (no caso desta ser considerada legítima, o que ainda não está esclarecido, diga-se de passagem).

Há casos em que o que conta para a alternância do nível de ofensividade de um ato de expressão, contudo, é o local ou o modo através do qual ele é emitido.

Uma ofensa dirigida em ambiente de trabalho, onde as relações tendem a ser mais respeitadas e formais, seria qualitativamente mais grave do que uma ofensa perpetrada em um jogo de futebol, por exemplo, assim como um ato expressivo carregado de palavras de baixo calão pode ser considerado mais reprovável do que um insulto perpetrado de forma mais subliminar, por meio da enunciação de conteúdos que, embora aparentemente neutros, revelam-se ofensivos apenas para o indivíduo em particular ao qual são transmitidos.

Nesse sentido, uma reflexão a respeito da possibilidade de se legitimar restrições ao direito de livre manifestação de ideias com fundamento na ofensividade dos discursos comunicados deveria ser sensível a essas diferenças de grau das ofensas supostamente consumadas, já que, a depender do quão reprovável ela for, variará também a força dos argumentos suscitados em defesa da sua restrição.

Esta dissertação, então, não pode fechar os olhos a essa especial característica do segundo problema que ela pretende enfrentar.

Com essa ressalva, contudo, não se quer abrir caminhos para uma análise detalhada e minuciosa de todos os casos e níveis em que discursos revestem-se de alguma ofensividade, até porque este é um trabalho de difícil realização – muito do potencial ofensivo das variadas práticas humanas, dentre as quais destaca-se a emissão de atos de expressão quaisquer, é sujeito inclusive à forma como, subjetivamente, o cidadão ofendido recebe e processa a mensagem que lhe é comunicada, o que dificulta muito a tarefa de se identificar parâmetros objetivos capazes de categorizar, de forma coerente, os diversos níveis de ofensividade dessas condutas.

Isso não significa, entretanto, que essa particularidade inerente aos conflitos que as expressões ofensivas geram ao direito de liberdade de palavra será ignorada, mas apenas que ela deverá ser levada em consideração com propósitos um pouco mais modestos: se

pretenderá construir toda a argumentação ora proposta tomando-se como referência aqueles casos de enunciação de discursos ofensivos que, de acordo com a quase que uníssona literatura constitucional e penal sobre o tema, revestem-se dos mais elevados níveis de reprovabilidade que se consegue imaginar, em decorrência, em especial, dos destinatários a quem são dirigidos e do próprio conteúdo que é por eles comunicado.

Fala-se, aqui, daquilo que normalmente é chamado de “discursos de ódio” e que caracteriza-se quando há a emissão de atos expressivos com conteúdo discriminatório, é dizer, que pretendem ofender o seu destinatário através do menosprezo de qualidades e características particulares que eles possuem, normalmente associadas a algum grupo ou etnia social ao qual eles pertencem⁸²⁰.

A opção por se desenvolver as reflexões em torno dessa modalidade especial de discursos ofensivos será justificada posteriormente, mas é válido adiantar-se que ela não é arbitrária, nem totalmente descabida.

O próprio direito penal brasileiro parece reconhecer essa realidade. A análise do crime de injúria, por exemplo, referenda as afirmações que foram feitas: o ato de se insultar alguém é apenado com sanções mais brandas quando não é praticado com base na raça, religião, etnia, origem social, etc., do ofendido⁸²¹, o que indica que até mesmo o direito penal nacional reprova mais intensamente aquelas ofensas consumadas em razão do seu conteúdo discriminatório.

Os “discursos de ódio” são normalmente reputados como ofensas mais graves, porque, ao serem mobilizados contra características dos indivíduos que são associadas a grupos que, em geral, são socialmente oprimidos, argumenta-se que eles adquirem um potencial mais forte de mitigar a dignidade pessoal dos seus destinatários, ao traduzirem uma forma de tratamento mais intensamente desrespeitosa e marginalizante daqueles que vitimizam.

De fato, os argumentos mais poderosos que são levantados para se justificar a necessidade de imposição de restrições aos “discursos de ódio” sugerem que a prática desimpedida desses atos de expressão ferem a dignidade dos cidadãos de um modo

⁸²⁰Esta não é, naturalmente, uma definição exaustiva e detalhada do que sejam os “discursos de ódio”. O intuito deste trabalho não é o de realizar uma análise pormenorizada do tema em questão, oportunidade na qual um detalhamento maior sobre o significado deste conceito poderia ser requisitado. Aqui, pretende-se apenas tomar como referência, geral e abstrata, aquelas situações que veiculam conteúdos ofensivos aos quais se confere maior reprovabilidade, assumindo-se que elas correspondem àquilo que, normalmente, caracteriza o coração dos atos expressivos classificados como “discursos de ódio” (a ideia de comunicação de um conteúdo discriminatório ou preconceituoso).

⁸²¹Trata-se da chamada injúria racial, uma figura qualificada do crime de injúria, prevista no art. 140, §3º, do Código Penal brasileiro.

especialmente profundo, seja porque reafirmam um estado de *desigualdade substantiva* entre os indivíduos, reforçando situações de opressão ao qual estão sujeitos⁸²², seja porque negam de forma duradoura o *status* social igualitário de que todos devem desfrutar⁸²³, em ambas as situações operando, também, a mitigação de alguma concepção do direito à igualdade que os cidadãos em geral titularizam⁸²⁴.

Ocorre, todavia, que esses argumentos partem de uma premissa no mínimo contestável: concebem a ideia de que os cidadãos devem tratar-se com respeito como uma exigência que se aplica a todas as suas relações intersubjetivas, mesmo àquelas que são decorrentes das interações ordinárias que os indivíduos têm uns com os outros na sua

⁸²²É o caso, por exemplo, dos argumentos feministas contra a liberação da circulação de material pornográfico. Segundo as autoras que incorporam essas ideias, a autorização da livre comercialização de pornografia aumentaria a dominação masculina sobre as mulheres, dado que estas, nas representações que são usualmente feitas nesses materiais, são sempre retratadas em um papel submisso ao homem, o que contribui para o silenciamento das mulheres na sociedade política democrática. Vide, sobre essa argumentação: MACKINNON, Catharine. *Only words*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

⁸²³É a tese poderosa de Jeremy Waldron, segundo quem leis proibitivas de “discursos de ódio” visam à proteção da posição social básica de pessoas que pertencem a certos grupos sociais já marginalizados, posição social essa que deve ser garantida equitativamente para todos e que está associada aos fundamentos da reputação social de que todos devem desfrutar. Segundo Waldron, os fundamentos da reputação são as expectativas legítimas que as pessoas têm de serem tratadas com respeito por seus pares, daí a possibilidade de que um discurso ofensivo, que nega esse reconhecimento basilar entre todos, sejam proibidos, em situações de especial gravidade (quando mobilizados contra indivíduos já marginalizados pela sociedade). Vide: WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012. É importante, contudo, fazer uma ressalva. Não se desconhece a ideia, que compõe parte do argumento desenvolvido por Waldron, de que ofensas e afrontas à dignidade pessoal são dois tipos diferentes de consequências geradas pela emissão de atos expressivos insultuosos; para o autor, ofensas são simples sentimentos negativos produzidos, de forma subjetiva, naqueles cidadãos vitimados por determinado discurso agressivo, conquanto afrontas à dignidade pessoal se referem a uma diminuição do *status* social dos cidadãos insultados – para Waldron, a dignidade humana tem o papel de assegurar “às pessoas as bases para uma expectativa geral de um tratamento decente e de respeito enquanto elas vivem suas vidas”, o que implicaria que a sua mitigação, na verdade, não é questão de como os ofendidos processam, subjetivamente, as ofensas que lhe são dirigidas, mas sim da constatação do desprezo por um aspecto objetivo e universal de sua personalidade moral que todo cidadão democrático tem o direito de reivindicar em um regime democrático de governo, o que seria mais grave e reprovável do que a mera causação de maus sentimentos nas pessoas. Ocorre que, quando se analisou a estrutura normativa do *offense principle* (item 2.3.2., *supra*), destacou-se que um sentido de ofensa apropriado para a análise da legitimidade de intervenções penais não pode ser associado à causação de estados de espírito negativos nas pessoas, mas apenas à ideia de que insultos solapam a pretensão dos indivíduos a um tratamento respeito por parte dos demais – dessa forma, entende-se que a concepção waldroniana é coerente com as considerações feitas neste trabalho, ainda que adote determinadas categorizações dos discursos ofensivos que parecem sugerir o contrário. Sobre a distinção em questão, feita por Jeremy Waldron entre ofensa e afrontas à dignidade, vide: WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Idem. pp. 105 e ss.

⁸²⁴Embora os argumentos em questão dependam da formulação de alguma interpretação plausível do direito à igualdade, não se pretenderá, aqui, reconstruir uma análise minuciosa das diversas concepções que se pode associar a esse direito constitucional dos indivíduos. Isso porque o argumento a ser construído cuida muito mais da impossibilidade de se universalizar o argumento de que as ofensas implicam um tratamento desrespeitoso das vítimas, mesmo quando perpetradas com fundamento em conteúdos discriminatórios, do que da construção de um sentido apropriado ao direito à igualdade. Das considerações realizadas, contudo, se poderá concluir que a concepção do direito à igualdade implícita às ideias criticadas não pode ser considerada como apropriada a um regime democrático constitucional. No mesmo caminho, vide: GROSS, Clarissa Piterman. *Pode dizer ou não? Discurso de ódio, liberdade de expressão e a democracia liberal igualitária*. Tese (doutorado). Idem. p. 51.

convivência social diária.

Dito de outra forma, os argumentos favoráveis à proibição dos “discursos de ódio” que alicerçam-se em alguma versão da ideia de que esses atos de expressão dispensam um tratamento desigual aos ofendidos, ou seja, implicam a atribuição de um menor valor social àqueles a quem são dirigidos, supõem que o reconhecimento do *status* moral igualitário dos cidadãos democráticos depende da forma como uns pensam os outros não só nas suas relações políticas abstratas, decorrentes da cooperação social equitativa em que estão inseridos, mas também em toda e qualquer interação social que estão fadados a praticar em suas vidas.

Isso, todavia, parece contrariar as intuições mais fortes que as pessoas têm a respeito do que significa reconhecer-se mutuamente como iguais no sistema democrático de governo.

Com efeito, Rawls é claro ao fazer notar que a sua concepção filosófica das democracias constitucionais funda-se na percepção de alguns lugares-comuns dos sistemas democráticos de governo, dentre os quais aquele mais basilar é a denominada concepção política de pessoa, segundo a qual os indivíduos veem-se uns aos outros como detentores de um mesmo *status* moral apenas e tão somente porque reconhecem em si mesmos e em seus pares as capacidades morais fundamentais que os possibilitam ingressar no esquema de cooperação social que caracteriza a sua associação política como um todo.

Em termos mais claros, a igualdade de *status* moral é associada mais ao estado político de cidadania plena que todo cidadão democrático deve ocupar do que às formas como eles percebem e julgam, a partir dos seus referenciais axiológicos pessoais, as características e qualidades particulares dos indivíduos que com eles convivem cotidianamente – cidadania plena que, como visto, consolida-se quando as liberdades básicas de cada pessoa são asseguradas e protegidas contra qualquer limitação alicerçada em razões perfeccionistas ou de bem comum, dentre as quais insere-se o direito de liberdade de expressão de ideias e pensamentos.

Para, entretanto, se demonstrar melhor de que modo esse argumento é desenvolvido, é importante chamar-se a atenção para um aspecto importante dos chamados “discursos de ódio”: epítetos racistas, homofóbicos, misóginos ou afins, muito embora revelem uma concepção de mundo plenamente objetável desde uma perspectiva substantiva liberal-igualitária, não deixam de ser aspirações e crenças *reais* daquelas pessoas que os emitem.

Quer-se dizer, com isso, que atos de expressão que veiculam conteúdos desse tipo, no fundo, representam aqueles ideais morais (ou religiosos, muitas vezes) a respeito do que significa uma vida que vale a pena ser vivida, ou seja, que pretendem, de alguma forma,

modelar o ambiente moral e político das sociedades habitadas por aqueles que os enunciam.

Diversos autores, de fato, corroboram essa leitura que se faz do que representam “discursos de ódio” em geral: Lawrence, por exemplo, é enfático ao indicar que declarações discriminatórias mobilizadas contra grupos sociais minoritários não são uma tentativa de se auferir, por exemplo, a verdade a respeito das qualificações ou caricaturas que normalmente são associadas a eles (negros são, ou não, mais inclinados ao comportamento criminoso? Homossexuais praticam condutas pecaminosas, ou não?).

“Discursos de ódio”, na realidade, constituem um tipo de manifestação de ideias e pensamentos dotado de uma semântica mais profunda; sobre isso, diz o referido autor: “O epíteto racial é a expressão de *uma crença amplamente mantida*. É invocada como uma afirmação de uma crença política – não como uma afirmação de fato que deve ser provada verdadeira ou errônea”⁸²⁵.

Isso quer dizer, em termos mais claros, que a comunicação de conteúdos discriminatórios, ainda que veiculem um ideal de sociedade contestável desde o ponto de vista de um regime democrático constitucional, não são modalidades de atos expressivos menos intencionadas a influenciar o debate público sobre os caminhos que determinada sociedade deverá perseguir do que, por exemplo, manifestações em defesa da necessidade de se legalizar o comércio de algumas (ou todas) as drogas ou a favor da proteção integral do direito à vida e contra a descriminalização integral do aborto.

“Discursos de ódio” são, como muitos outros conteúdos veiculados no seio da arena pública democrática, tentativas dos cidadãos que sustentam alguma forma (mesmo que abjeta, frise-se) de se conceber a vida e as relações humanas que nela ocorrem de influenciar tanto o ambiente moral quanto político das comunidades que habitam, a fim de instigar a consolidação de um modelo de sociedade com o qual estejam mais de acordo e que podem, mais convictamente, referendar.

Limitar a possibilidade de que esses discursos sejam alçados nos espaços deliberativos das comunidades políticas democráticas é, portanto, limitar também a possibilidade de que algumas visões de mundo sejam, no mínimo, ouvidas e levadas em consideração na reflexão coletiva que deve guiar a tomada de decisões políticas vinculantes nos regimes democráticos de governo – algo que, da perspectiva daqueles que sustentam essas concepções particulares da vida boa, é fundamentalmente ilegítimo.

⁸²⁵LAWRENCE III, Charles R. “If he hollers let him go: regulating racist speech on campus”. In: *Duke Law Journal*, vol. 03, 1990, p. 463 – g.n.

Nesse sentido, aceitar o argumento de que ofensas, quando emitidas em razão de alguma característica especialmente associada a um grupo social minoritário, devem ser criminalmente sancionadas já que afrontam a dignidade pessoal dos cidadãos ofendidos, porque tratam esses indivíduos de forma desigual ao indicar que eles não são integralmente reconhecidos como membros plenos da sociedade democrática, significa aceitar que o próprio Estado, contudo, por meio de sua coerção coletiva mais incisiva, pode considerar que determinadas doutrinas e concepções particulares da vida boa não são dignas o suficiente para circularem na arena pública e que aqueles que as sustentam não são, também, aptos a influenciarem o ambiente moral em que vivem.

Isso parece ser, a bem da verdade, uma violação muito mais intensa e problemática (até porque é uma violação *institucional*) do respeito mútuo que os cidadãos devem nutrir entre si na convivência social que possuem do que aquele tratamento degradante originado das trocas intersubjetivas que eles realizam, nessa mesma convivência, de pontos de vista e opiniões pessoais que uns tem a respeito dos outros nos mais diversificados assuntos humanos que se possa imaginar.

Com efeito, impedir esse tipo de comunicação de ideais e pensamentos dos cidadãos democráticos é que constitui a forma de se solapar as bases mais elementares e fundacionais do *status* de igualdade moral que caracteriza a cidadania democrática que todos devem ocupar.

Dessa forma, uma interpretação plausível do direito de liberdade de expressão não pode ser conivente com a possibilidade de que atos expressivos sejam restritos, pela imposição a eles de penalidades criminais, apenas e tão somente porque, em sendo considerados ofensivos, eles afrontam a dignidade pessoal dos indivíduos a quem são dirigidos⁸²⁶.

Veja-se, por exemplo, que se a questão for observada desde a perspectiva do titular do direito de liberdade de palavra (ou seja, daqueles que enunciam os “discursos de ódio” – os falantes), deverá ser lembrado, então, que a importância da proteção desta garantia constitucional está associada à necessidade de que eles não sejam impedidos de comunicar as ideias e informações que julgam pertinentes para a influência no processo político democrático, já que desfrutam da mesma posição de igualdade moral que os demais cidadãos e devem poder utilizar seu senso de justiça para, desimpedidamente, opinar sobre os rumos

⁸²⁶Como diz Ronald Dworkin, “A essência da liberdade negativa é a liberdade de ofender, e isso não se aplica somente às formas de expressão heroicas, mas também às de mau gosto” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. Idem. p. 351).

que a sua comunidade deverá seguir.

O direito à liberdade de expressão, portanto, tem, no mínimo, um papel simbólico de reforçar justamente aquelas condições sociais de um *commom membership*⁸²⁷ que a sociedade democrática (uma “sociedade de iguais”), como ideal normativo que é, exige, no sentido de que nenhum indivíduo deve ter os seus direitos de se expressar livremente negados apenas porque as informações ou opiniões que poderá trazer a público são pouco valiosas ou ofensivas para os demais⁸²⁸, porque, do contrário, o que a autoridade política comunicará é que aqueles que as transmitem não são reconhecidos como cidadãos plenos, capazes de tomar parte na cooperação social equitativa que lastreia a comunidade política em que estão inseridos desde o seu nascimento.

Esse é, pois, o sentido mais apropriado às exigências da democracia constitucional para o que significa tratar um cidadão com a devida consideração e respeito: reconhecer que, na condição de cidadão democrático livre e igual, ele deve estar apto a manifestar suas impressões e ideais de vida, mesmo que ele desagrade os seus pares com o conteúdo das mensagens que comunica.

E essas exigências normativas se explicam não só desde a perspectiva daqueles que falam, mas também daqueles que são os ouvintes no processo de comunicação social.

Como a existência de direitos depende, necessariamente, do balanceamento a ser feito entre todos os interesses promovidos e todos os interesses sacrificados pela sua proteção através do direito⁸²⁹, *todos os pontos de vista* relevantes para a compreensão da sua importância devem ser considerados ao se procurar determinar a sua justificação normativa.

E, como nesse exercício de ponderação contam não só as perspectivas dos titulares desses mesmos direitos jurídicos (no caso do direito de liberdade de expressão, ora interpretado, os falantes), mas também dos terceiros por ele afetados (os chamados de “ouvintes”), pode-se compreender que o direito de liberdade discursiva deve ser justificado pelo serviço que promove para todo e qualquer cidadão que toma parte no sistema equitativo de cooperação social que constitui o âmago das sociedades democráticas – deve ser

⁸²⁷RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Idem. p. 152.

⁸²⁸Para demonstrar a validade deste argumento, Raz faz uma analogia da liberdade de expressão com o direito ao voto. Não é o voto em si o que garante a situação de igualdade política entre os cidadãos, mas a possibilidade de que todos eles possam exercer o escrutínio no momento apropriado. De igual forma, não importa o conteúdo da expressão divulgada, mas a *possibilidade* de que ela o seja, em qualquer circunstância, com o fim de assegurar um tratamento de igualdade política a todos os cidadãos (RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Idem. p. 152).

⁸²⁹RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Idem. p. 150.

justificado, também, como o bem comum que representa para a população como um todo⁸³⁰.

E a importância de se conferir uma interpretação expansiva ao direito de liberdade de palavra, desde a perspectiva dos receptores dos atos de expressão comunicados, se coaduna com as reflexões ora propostas em razão de duas considerações igualmente relevantes.

Primeiro, o direito de liberdade de expressão, como uma das liberdades básicas que institui os termos equitativos da cooperação social aceitos por todos (já que é parte do primeiro princípio da justiça como equidade) é essencial para a estruturação e manutenção do próprio regime democrático de governo – e todos, até mesmo aqueles que se sujeitam aos discursos que não querem ouvir, têm um interesse relevante na sobrevivência da democracia⁸³¹, daí a importância de que possam exercê-lo de forma ampla e desimpedida.

Mais: têm um interesse em que essa sociedade democrática seja construída sob as *bases do respeito mútuo* que o reconhecimento e a proteção prioritária das liberdades básicas – como a de expressão – requer, para que os seus próprios direitos individuais não sejam mitigados em situações análogas no futuro (quando a ofensividade, por exemplo, for associada aos modos de vida que *eles* sustentam, e não os seus pares), de forma que qualquer restrição indiscriminada dos discursos representa, também para eles, um risco e um custo bastante indesejável.

Mas a proteção da expressão livre também dever ser ampla, porque muitas expressões públicas retratam e expressam, como dito, aspectos de estilos ou formas de vida da tal forma que, se forem constringidas, será transmitida uma mensagem de que essas concepções da vida boa não merecem acolhimento no seio da comunidade política em que estão sendo veiculadas.

Joseph Raz, nesse sentido, afirma justamente que “um importante caso para a importância da liberdade de expressão advém do fato de que a representação e expressão pública de formas de vida validam essas mesmas formas de vida, e censurar expressões normalmente expressa uma condenação autoritária não só das visões e opiniões censuradas, mas de todo o estilo de vida do qual são parte”⁸³².

Com efeito, determinados tipos de discurso preenchem importantes funções nas sociedades democráticas: (i) servem para familiarizar o público em geral com certos modos de vida comuns na comunidade política; (ii) servem para tranquilizar aqueles que vivem

⁸³⁰RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Idem. p. 151.

⁸³¹RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Idem. p. 152.

⁸³²RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Idem. p. 153.

essas vidas no sentido de que eles não estão sozinhos e que seus problemas são os problemas de outros, ou que suas experiências são conhecidas por outros; e (iii) servem para validar esses modos de vida, dando-lhes um selo de aceitação pública⁸³³.

Eles validam determinados modos de vida, em um primeiro momento, porque a sua expressão e comunicação aos outros faz com que todos possam conhecer quais são as suas práticas, experiências e valores, gerando algum nível de reconhecimento social do qual possam desfrutar.

Mas, em segundo lugar, porque, ao não serem censurados, permite-se que aqueles cidadãos que endossam esses modos de vida não se vejam arbitrariamente marginalizados do processo político democrático, naquilo que é a sua mais central e relevante dimensão. O afronte à dignidade pessoal (mesmo que compreendida como uma expectativa legítima pelo tratamento respeitoso) desses indivíduos é, pois, muito mais intenso do que aquele levado a efeito pela emissão de atos de expressivos que insultam, caricaturam ou menosprezam pessoas em razão da discriminação do grupo social ao qual pertencem.

Com efeito, conflitos sociais entre pessoas que adotam modos de vida distintos sempre ocorrerão no seio de qualquer sociedade democrática, que é marcadamente plural. Procurar dirimir esses conflitos reprimindo os modos de vida em questão, contudo, é uma atitude muito mais arbitrária e violenta do que aquela praticada pelos emissores de considerações ofensivas e repugnantes sobre o modo como seus pares decidem viver as suas vidas particulares.

E isso é assim, deve-se ressaltar, porque o discurso indesejado emitido por um cidadão, ou grupo de cidadãos, revela a opinião *exclusiva* desses mesmos indivíduos ou grupos particulares, dando causa a um tipo de ofensa ou insulto qualitativamente reduzido. O caso é diferente quando se tem uma censura estatal. Aí, está-se diante não de uma opinião privada e de alcance limitada, mas sim de um ponto de vista marcado a ferro e fogo pela autoridade do poder constituído e pelo peso de representar a postura oficial de um governo⁸³⁴ – o que é tudo, menos uma atitude plural e democrática.

Assim, todos os ouvintes têm um interesse em que se mantenham as relações permissivas para com o discurso livre, justamente porque a censura não é apenas um problema para o titular do direito de liberdade de expressão que foi constrito, mas para toda a sua comunidade, em especial para aqueles cujos interesses são servidos pelo modo de vida

⁸³³RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Idem. p. 155.

⁸³⁴RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Idem. p. 165.

compartilhado com o cidadão censurado, que é formalmente condenado pela restrição⁸³⁵ – e nunca se poderá saber qual a próxima doutrina abrangente do bem que será objeto da perseguição do poder constituído, frise-se.

Dito de outra forma, apenas em sociedades autoritárias o discurso destoante, ou tido como ruim e ofensivo, é proibido, mas nunca em sociedades livres.

Há, contudo, algum ideal normativo mais consistente que possibilita confirmar as afirmações que foram feitas até esse momento?

Essa é uma pergunta importante, porque destacar de forma mais aprofundada o que sustenta normativamente o argumento desenvolvido possibilita que se compreenda de forma mais apropriada o que realmente implica as exigências de que ofensas não sejam constringidas pela atuação punitiva do direito.

Pois bem. Aqui é necessário introduzir um importante ideal normativo da teoria política rawlsiana, que cumpre a importante tarefa de orientar o modo como as relações sociais entre pessoas marcadamente diferentes em suas concepções de vida podem ser estruturadas como efetivas relações entre cidadãos *livres e iguais*: o chamado *princípio liberal da tolerância*.

Esse princípio, tal e qual será aqui desenvolvido, é entendido como uma generalização da concepção de tolerância que emergiu na Europa moderna, em meio às Guerras Religiosas, e pode ser interpretado como uma tentativa de se ampliar a ideia de que os professantes de crenças diferentes podem conviver pacificamente, a fim de que ela se aplique a todas as doutrinas abrangentes do bem, e não apenas às teológicas, que permeiam as sociedades democráticas contemporâneas⁸³⁶.

Para, contudo, se compreender o que esse princípio significa (e o que ele recomenda), é importante ressaltar-se que o seu fundamento normativo (que, por sinal, é o mesmo da justiça socioeconômica⁸³⁷) é derivado justamente daquela noção mais ampla do que significa uma “sociedade democrática”, ou seja, uma forma de ordem social e política que garante aos seus integrantes a já muitas vezes mencionada *igualdade de status moral*⁸³⁸, muito embora se possa notar que os indivíduos diferem-se significativamente entre si na forma como desenvolvem suas habilidades e interesses pessoais ao longo de suas vidas.

De fato, os seres humanos, em sua convivência social, são dotados de características,

⁸³⁵RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Idem. p. 158.

⁸³⁶FLEMING, James E. “Securing deliberative democracy”. Idem. p. 1437.

⁸³⁷O alerta encontra-se em: VITA, Álvaro de. “Sociedade democrática e tolerância liberal”. In: *Novos estudos*, CEBRAP, n. 84, jul/2009, p. 65.

⁸³⁸VITA, Álvaro de. “Sociedade democrática e tolerância liberal”. Idem. pp. 65.

capacidades e até mesmo condições financeiras bastante distintas. Cada um nasce imerso em condições de vida absolutamente diversas quando comparado aos demais e tudo isso tem impacto direto na forma como eles poderão viver as suas vidas, que será mais ou menos limitada em decorrência dos benefícios que recebem (ou não) dessa loteria natural de atributos.

Mas, ao contrário do que ocorre com aquelas conquistas que os cidadãos têm ao longo de suas vidas em razão de seus esforços pessoais, o que lhes é dado pelo acaso da natureza não é objeto do mérito pessoal deles, de forma que, do ponto de vista moral, os benefícios que uns possuem por terem nascido em condições melhores de vida do que outros são absolutamente ilegítimos – a distribuição socioeconômica de vantagens sociais não pode se fazer de acordo com fatores arbitrários e genéticos sem que ocorra algum nível de injustiça social⁸³⁹.

Como há uma situação de *arbitrariedade moral* nesses casos, é de se supor que ninguém conseguiria rejeitar, de forma razoável, um princípio de justiça que buscasse corrigir essas diferenças distributivas da natureza, a fim de se deixar mais justa e menos aleatória a alocação de recursos nas vidas dos cidadãos democráticos em geral⁸⁴⁰..

Mas não apenas capacidades e poder aquisitivo são arbitrários nas vidas humanas, nesse sentido. A tradição cultural em que cada indivíduo será eventualmente criado, os ritos religiosos aos quais tenderão a ser mais expostos, todos esses são fatores que, ao menos *prima facie*, são distribuídos de forma aleatória entre os seres humanos – eles não escolhem onde nascerão, nem sob que condições histórico-culturais específicas serão educados e formados para a sua vida adulta.

De fato, a condição de ser membro de uma religião que tem mais adeptos em uma dada comunidade, ou a condição, mais ampla, de ser membro de uma “maioria moral” dessa mesma sociedade ou, ainda, de integrar minorias religiosas discriminadas ou até mesmo perseguidas, tudo isso é “arbitrário do ponto de vista moral” e não pode ser tomado como uma distribuição justa e equitativa de vantagens sociais entre indivíduos dotados de um *status* moral igualitário.

Assim, é possível afirmar-se que, tal qual na situação relativa à distribuição de bens e recursos materiais, tampouco seria possível a rejeição, por motivos razoáveis, de um princípio de justiça que protegesse a possibilidade de que cada cidadão adotasse e

⁸³⁹VITA, Álvaro de. “Sociedade democrática e tolerância liberal”. Idem. pp. 66.

⁸⁴⁰VITA, Álvaro de. “Sociedade democrática e tolerância liberal”. Idem. pp. 66.

promovesse as crenças e filosofias de vida que entenderem ser as mais pertinentes para as suas vidas (mesmo que elas sejam ofensivas para outros cidadãos).

Não seria possível, dito de outra forma, que eles rejeitassem um princípio de justiça que lhes assegurasse um espaço contundente de proteção às suas liberdades, políticas e civis, mais fundamentais⁸⁴¹, as quais são necessárias para que, independentemente da situação moral arbitrária em que tenham nascido, eles possam endossar os planos e doutrinas abrangentes do bem que desejarem, sem que sejam impedidos, ilegitimamente, por aqueles que com eles não comungam os mesmos compromissos de vida.

Isso significa dizer, em termos mais claros, que os cidadãos democráticos assumem uma *atitude de tolerância* para com todas as doutrinas da boa vida, o que significa dizer, por sua vez, que eles comprometem-se a não impor aos seus pares as suas concepções particulares a respeito do bem, sob a expectativa de que os demais assim também se comportarão em relação a eles⁸⁴².

A ideia de tolerância liberal, portanto, envolve, para a sua justificação, um tipo especial de *imparcialidade*⁸⁴³ em relação às diferentes doutrinas abrangentes do bem, algo chamado, por alguns autores, de “imparcialidade moral de segunda ordem”⁸⁴⁴: a defesa da tolerância não se apoia em valores morais de primeira ordem, como o ceticismo religioso (o ateísmo militante) ou algum outro tipo de moralidade secular, como um liberalismo político fundado no ideal moral da autonomia humana⁸⁴⁵.

O que implica o princípio da tolerância liberal, ademais, é que a tomada de uma decisão política vinculante (seja ela legislativa ou judicial, deve-se dizer) relativa a *questões fundamentais da justiça* – dentro das quais se inserem as *questões constitucionais elementares* e as questões relativas à justiça social – somente poderá ser guiada por um específico tipo de razão, o qual tenha a capacidade de se comunicar e de convencer a pluralidade de indivíduos que tomam parte no empreendimento democrático como um todo,

⁸⁴¹De fato, essa justificativa para o primeiro princípio de justiça já foi explorada anteriormente neste trabalho – vide o item predecessor desta dissertação.

⁸⁴²Somente assim, deve-se dizer, as bases de reciprocidade que permeiam a vida democrática seriam asseguradas, possibilitando-se o florescimento estável e duradouro das instituições políticas e sociais presentes na estrutura básica da sociedade em que eles estão inseridos.

⁸⁴³ Destaque-se, então, que a imparcialidade liberal não se volta para os resultados da política cotidiana, mas apenas para os seus fundamentos, para a sua justificação (neutralidade de justificação): apenas incide sobre as questões constitucionais fundamentais, dentre as quais, repise-se, estão os direitos fundamentais dos cidadãos, cujo reconhecimento é essencial para uma política liberal de tolerância.

⁸⁴⁴Ver, por exemplo: BARRY, Brian. *Justice as impartiality*. Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 128 e ss.

⁸⁴⁵Nesse ponto, a crítica com relação às teorias formuladas por Dworkin e Scanlon (em suas primeiras considerações sobre o tema, frise-se) para a liberdade de expressão, anteriormente apresentadas, fica mais nítida e arazoada.

independentemente das crenças particulares que cada um sustenta em suas vidas pessoais.

Isso significa, de forma mais objetiva, que razões associadas às doutrinas abrangentes do bem, que revelam-se particularistas e incapazes de acessar a racionalidade daqueles que com ela não comungam, não devem e não podem determinar a solução⁸⁴⁶ dos debates acerca desses assuntos fundamentais do regime democrático constitucional:⁸⁴⁷, sob pena de instituir-se uma autoridade política que exerça o seu poder sobre cidadãos que, de acordo com os seus projetos pessoais de vida, não conseguiriam referendar as decisões que lhes seriam impostas como obrigatórias no futuro.

Esse é o chamado *ideal da razão pública*, de acordo com o qual as autoridades políticas legítimas são aquelas que adotam e seguem os critérios da razão pública para orientar suas decisões coletivas vinculantes, ou seja, que procuram indicar como razões justificadoras dessas decisões argumentos baseados em valores *políticos*, é dizer, acessíveis à razão de todo e qualquer cidadão democrático que deva se submeter ao poder político por elas exercido⁸⁴⁸.

Pense-se, por exemplo, na controversa questão a respeito da possibilidade de que práticas sexuais homossexuais sejam proibidas pela coerção coletiva estatal⁸⁴⁹.

Contra essa decisão política, duas espécies de argumentos poderiam ser objetadas:

⁸⁴⁶É importante destacar que, com isso, Rawls não está defendendo nem que as opiniões dos cidadãos sobre os assuntos coletivos de sua comunidade que se alicerçam em aspectos relevantes das doutrinas abrangentes do bem que eles professam devam ser totalmente excluídas do debate político democrático, nem que elas não podem, de alguma forma orientar as decisões que eles tomarão a respeito de sua vida política comunitária. Para Rawls, essas ideias são relevantes tanto para o debate que ocorre fora do chamado fórum político público (onde questões elementares de justiça são decididas, frise-se), é dizer, na chamada *cultura de fundo* das sociedades democráticas (que envolve as universidades, igrejas e outras associações da sociedade civil), quanto para a própria decisão que deve ser tomada nos casos constitucionais fundamentais e de justiça social, cumprida a exigência de que essas razões derivadas de doutrinas abrangentes da vida boa possam ser traduzidas em termos aceitáveis por todos, é dizer, em valores *políticos* que possam apelar à razão de todos os cidadãos democráticos deliberantes. Sobre esse último ponto, em especial, vide: RAWLS, John. “A ideia de razão pública revisitada”. In: RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Luís Carlos Borges. Ed. ampliada. São Paulo: Martins Fontes, 2011, pp. 537 e ss.

⁸⁴⁷Rawls quer, em outros termos, afastar a possibilidade de que qualquer razão perfeccionista seja apontada como a justificativa de uma decisão política vinculante nos assuntos constitucionais essenciais ou nos temas de justiça social, isso porque, para ele, qualquer tentativa em sentido contrário implica a assunção de uma realidade social que jamais existiu – a de que sociedades democráticas podem ser homogêneas ao ponto de todos seus cidadãos se unirem em uma devoção a um projeto comum de boa vida. Para o autor, o que a história mostra é que tal homogeneidade apenas foi possível ali onde regimes tiranos podiam impor suas versões sobre a verdade dos assuntos políticos a todos os seus súditos, o que é incompatível com as intuições básicas que se tem a respeito do que deve ser o regime democrático constitucional. Sobre isso, vide: NAGEL, Thomas. “Rawls and Liberalism”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. p. 83.

⁸⁴⁸O conteúdo da razão pública, portanto, é definido por Rawls como o conjunto de concepções razoáveis de justiça *política*, é dizer, que não se lastreiam em concepções particulares da vida boa. Vide: RAWLS, John. “A ideia de razão pública revisitada”. In: RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Luís Carlos Borges. Ed. ampliada. Idem. pp. 537 e ss.

⁸⁴⁹O exemplo consta de: NAGEL, Thomas. “Rawls and Liberalism”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. pp. 74 e ss.

ou se alegaria que práticas desse tipo não são em si erradas, e que portanto não deveriam ser penalizadas, ou se alegaria, por exemplo, que as escolhas que os cidadãos democráticos realizam em suas vidas privadas não pode ser objeto de controle por parte do poder constituído.

A primeira argumentação, contudo, ao procurar sustentar-se em um juízo sobre a (in)correção da homossexualidade, contrariaria muitas concepções religiosas da boa vida que veem nelas a comissão de um pecado, de modo que não conseguiria convencer os seguidores destas doutrinas teológicas, não atendendo às exigências da razão pública para a fundamentação das decisões políticas vinculantes legítimas.

A segunda, contudo, ao fazer referência apenas a valores comuns à razão de todo ser humano, seria uma estratégia argumentativa apropriada a orientar o debate político estabelecido em torno do tema.

A ideia de razão pública, portanto, é uma derivação da concepção de cidadania democrática, segundo a qual os cidadãos são livres e iguais, e respeitam-se mutuamente desta forma⁸⁵⁰.

Dito de outro modo, ela decorre do reconhecimento de que, ao exercerem coletivamente o poder político de que são equitativamente titulares (ainda que por meio de seus representantes eleitos), os indivíduos apenas veem o seu *status* moral de cidadãos igualitários afirmado se for possível sustentar as decisões políticas que os afetam em fundamentos aceitáveis do ponto de vista de toda e qualquer doutrina razoável da boa vida que eles decidirem fazer prosperar.

Ela não significa, todavia, que os adeptos de uma determinada doutrina abrangente do bem devam negar a veracidade última de sua doutrina, ou supor que ela não é razoável, porque se pretende a única verdadeira.

O que devem é ser capazes de reconhecer que, dado o “fato do pluralismo” das sociedades (a diversidade irreduzível de doutrinas do bem que florescem num cenário de proteção às liberdades básicas), outras pessoas podem rejeitar as suas crenças pessoais, de forma igualmente razoável, de modo que as suas razões na defesa de determinada decisão ou política social não podem ser impostas aos demais⁸⁵¹, no sentido de que não podem ser o

⁸⁵⁰RAWLS, John. “A ideia de razão pública revisitada”. In: RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Luís Carlos Borges. Ed. ampliada. Idem. p. 528.

⁸⁵¹VITA, Álvaro de. “Sociedade democrática e tolerância liberal”. Idem. pp. 74. O autor ainda esclarece o argumento: “pessoas razoáveis aceitam as implicações do pluralismo de valores e dos ‘limites do juízo’ e, portanto, aceitam, ao exercerem a responsabilidade deliberativa que a tomada de decisões coletivas por meio do processo democrático coloca sobre seus ombros, que a doutrina abrangente que professam não pode ter um

fundamento único e exclusivo dessas mesmas decisões ou políticas de Estado.

Como diz Rainer Forst, uma democracia reflexiva, aquela consciente de seus próprios princípios e valores, deve estar baseada no fundamental princípio de justificação da justiça, o qual diz que todas as suas instituições básicas precisam ser justificáveis à luz de normas que os cidadãos não possam recíproca e genericamente rejeitar⁸⁵², ou seja, que não estejam vinculadas a uma concepção específica da vida boa, de forma que apenas os professantes desta poderiam com ela acordar.

Este é o chamado *princípio liberal da legitimidade política*, o qual enuncia, nos dizeres de Rawls, que o “nosso exercício do poder político é adequado apenas quando acreditamos sinceramente que as razões que ofereceríamos para nossas ações políticas – caso tivéssemos de formulá-las como autoridades públicas – são suficientes e pensamos razoavelmente que outros cidadãos *também poderiam razoavelmente aceitar* essas razões”⁸⁵³.

De forma mais específica, aplicado ao caso das democracias constitucionais, esse princípio indica que o exercício do poder político só é plenamente apropriado quando é feito de acordo com uma constituição cujo conteúdo essencial todos os cidadãos, livres e iguais, poderiam razoavelmente endossar, do que decorre, ainda, um dever moral, por parte de cada um deles, de ser capaz de explicar para os demais, no que diz respeito às questões políticas/constitucionais fundamentais, como os princípios e políticas aprovados e votados pela maioria podem ser apoiados por valores e razões acessíveis a todos⁸⁵⁴.

De que forma, entretanto, isso tudo se conecta com o direito de liberdade de expressão e com o segundo problema a ele associado que, como foi dito, essa dissertação intenciona superar?

Primeiro, deve-se destacar que, como o direito de liberdade de expressão se insere no rol de liberdades fundamentais previstas pelo primeiro princípio de justiça da justiça como equidade, ele integra aquele grupo de questões fundamentais de direito constitucional que somente podem ser resolvidas adotando-se os critérios da razão pública como seu norte argumentativo, ou seja, que devem ser guiadas pelas prescrições normativas que impõe o

lugar privilegiado na justificação das decisões políticas que dizem respeito a elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica”.

⁸⁵²FORST, Rainer. “Os limites da tolerância”. Tradução de Mauro Victoria Soares. In: *Novos estudos*. CEBRAP. n. 84, jul/2009, p. 22.

⁸⁵³RAWLS, John. “A ideia de razão pública revisitada”. In: RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Luís Carlos Borges. Ed. ampliada. Idem. pp. 529/530 – g.n.

⁸⁵⁴FREEMAN, Samuel. “Introduction”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Idem. p. 38.

princípio da tolerância ao sistema político como um todo.

Isso implica, pois, que uma interpretação coerente da garantia individual em questão somente pode ser fornecida com base em argumentos que se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos democráticos endossarão; uma medida restritiva deste direito, nessa toada, apenas se legitimaria na medida em que as razões que a justifiquem possam apelar a valores políticos e que não priorizem determinadas concepções do bem sobre outras.

Ao procurar orientar a interpretação das liberdades básicas de forma compatível com essas exigências da legitimidade da autoridade política, por conseguinte, o ideal político da tolerância liberal permite o desenvolvimento mais aprofundado da ideia de *respeito mútuo* que deve caracterizar as relações intersubjetivas dos cidadãos democráticos em geral.

Conforme salienta Álvaro de Vita, a ideia de imparcialidade de segunda ordem, fundamental para a tolerância, “ancora-se, como vimos, em um valor, o respeito mútuo, que os cidadãos de uma sociedade democrática podem compartilhar, ainda que discordem entre si em matéria de religião, de moralidade sexual e de expressão”⁸⁵⁵.

Ela pressupõe uma noção de um *common membership* que é mais profundo do que as divergências existentes entre os cidadãos, de forma que o indivíduo tolerante pensa que seus concidadãos são detentores dos mesmos direitos e proteções que ele, e entende que o modelo de vida seguido por outros, ainda que diferente, é *igual em valor*, representando apenas mais um dos diversos planos de vida que podem existir e serem expressos na arena política pública⁸⁵⁶.

De fato, ideia de respeito mútuo está vinculada com a noção de que não podem ser reivindicados direitos para uns e negados recursos aos demais, assim como as razões, interesses e valores de determinados indivíduos não podem ser projetados sobre os dos outros no espaço público⁸⁵⁷. Há violação de direitos básicos do homem quando um grupo religioso impõe suas crenças aos demais, utilizando-os para fundamentar normas gerais obrigatórias.

A tolerância, nesse contexto, é vista como uma *exigência da justiça* – tolerância no sentido de aceitar aquelas crenças e práticas que não violam a ideia de reciprocidade, isto é, que não negam aos demais indivíduos formas básicas de respeito exigidas pelo sistema democrático constitucional.

Esse é o *ideal da tolerância como respeito*, bem explicado por Rainer Forst, nos

⁸⁵⁵VITA, Álvaro de. “Sociedade democrática e tolerância liberal”. Idem. pp. 69.

⁸⁵⁶SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance*. Essays in political philosophy. Idem. p. 193.

⁸⁵⁷FORST, Rainer. “Os limites da tolerância”. Tradução de Mauro Victoria Soares. Idem. p. 22.

seguintes termos: a tolerância como respeito é aquela na qual as partes tolerantes reconhecem uma a outra em um sentido recíproco, ou seja, embora difiram em suas convicções éticas e a respeito do bem e do modo de vida valoroso, elas respeitam-se mutuamente como moral e politicamente iguais, ou seja, partilham a ideia de que sua estrutura comum de vida social deve ser guiada por normas que todos possam aceitar e que não favoreçam nenhum grupo⁸⁵⁸.

A tolerância liberal, portanto, definida nesses termos – como uma prática de *respeito mútuo* entre os cidadãos, decorrência da exigência de uma especial *imparcialidade* perante as doutrinas abrangentes do bem, que se afirma através da distribuição equitativa e da proteção de *liberdades civis e políticas fundamentais* –, é uma forma mais do que adequada para solucionar os problemas oriundos do pluralismo de culturas existentes nas sociedades democráticas contemporâneas.

Promove um ideal de igualdade satisfatório, sem deixar de ter atenção para o fato de que os cidadãos podem continuar desaprovando as práticas dos seus concidadãos, justamente por entenderem que as doutrinas que endossam constituem a verdade última da vida – só devem, por uma questão de reciprocidade, ser capazes de aceitar o pensamento diferente e se empenharem em justificar o emprego da coerção coletiva da sociedade, quando decisões políticas fundamentais estão em questão, com base exclusivamente em razões públicas.

Esse ideal de tolerância, então, projeta-se no direito de liberdade de expressão de forma especialmente intensa. Scanlon nota, nesse sentido, que as questões onde esse pluralismo de valores mais suscita discordâncias entre os cidadãos são aquelas que se referem a assuntos de moralidade sexual e, também, que discutem quais atos de expressão podem ou não ser veiculados sem impedimentos do direito⁸⁵⁹.

Muitas ideias, ao serem comunicadas, reverberam concepções a respeito da boa vida associadas a doutrinas abrangentes do bem, de modo que, ao serem processadas por indivíduos que com estas não comungam, podem lhes soar ofensivas ou repugnantes, a reclamar a necessidade de constrição por via da ação coercitiva do Estado.

O caso dos “discursos de ódio”, em especial, é onde isso se manifesta de forma mais contundente, como visto. Por mais que comuniquem conteúdos discriminatórios e ofensivos para muita gente, representam uma manifestação das concepções e ideais de vida daqueles que os emitem, uma tentativa desses cidadãos de influenciarem a modulação do ambiente moral e político de sua comunidade em acordo com as crenças mais profundas que possuem.

⁸⁵⁸FORST, Rainer. “Os limites da tolerância”. Idem. p. 21.

⁸⁵⁹SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance*. Essays in political philosophy. Idem. p. 190/191.

Desse modo, se os fundamentos invocados para defender a necessidade de restrição desses discursos apelam apenas para o fato de que as ideias comunicadas são ofensivas e repugnantes (e por isso ofendem, em tese, a dignidade das suas vítimas, ao lhes negarem algum senso de reconhecimento social), o que está sendo requerido é que a coerção coletiva do Estado seja utilizada para afirmar a inadequação e/ou incorreção daquelas *perspectivas de vida* subjacentes ao “discurso de ódio”, dado que elas desagradam uma parte da audiência da civilização democrática.

Isso, todavia, constitui um tipo de argumento que, *violador da imparcialidade* que deve nortear os juízos a respeito da possibilidade de limitação das liberdades fundamentais, não pode ser invocado para justificar, de forma coerente com os requisitos de legitimação da autoridade política e de suas decisões, uma constrição do direito à livre possibilidade de manifestação de ideias e pensamentos.

Dito de outra forma, as razões que essa argumentação oferece para justificar a norma proibitiva dos “discursos de ódio” não fazem referência a valores políticos passíveis de serem aceitos por todos, mas sim às motivações pessoais daqueles que supõem que a doutrina da boa vida implícita no ato expressivo contestado é inapropriada, ou que não merece espaço no debate público democrático.

Desse modo, o argumento fere o princípio liberal da tolerância, ao pretender indicar que as visões particulares de mundo de um cidadão democrático podem suplantar as ideias manifestadas por um de seus pares.

Desse modo, a única conclusão que se pode obter é que o discurso deve ser o mais livre e aberto o possível, de forma a autorizar que todo cidadão veja as ideias com as quais concorda e valoriza passíveis de serem introduzidas no debate público nacional – ainda que isso represente, para eles, um custo difícil de se suportar.

Mais especificamente, deve-se supor que um “discurso de ódio” não deve ser restrito apenas porque ele é tido como ofensivo (e violador da dignidade pessoal), porque o que soa ofensivo para uns é, na verdade, a expressão de um modo de vida para outros – a ofensividade de um discurso não é, em si, suficiente para afastar a legalidade de sua manifestação.

A ideia de que o conteúdo insultuoso de um ato de expressão fere a dignidade dos cidadãos, ao lhes conferir um tratamento desrespeitoso, na verdade parte de uma concepção equivocada do que é deve ser esse tratamento com igual consideração e respeito, ao menos de acordo com o que as bases normativas de um sistema democrático de governo efetivamente exigem.

Dito de outra forma, a pretensão ao respeito a que todo cidadão democrático faz jus é, antes, uma pretensão ao respeito pelo seu *status* moral igualitário de plena cidadania, o que implica, muito antes do que um direito a não ser insultado ou ofendido, um direito ao usufruto pleno e irrestrito das liberdades básicas previstas pelo primeiro princípio de justiça e a garantia das condições de convivência social requeridas pela necessidade de se tolerar aqueles que pensam diferente.

Note-se, neste particular, que a tolerância liberal implica não a condescendência com todos os *discursos* ou com todos os *pontos de vista* isoladamente considerados, mas sim com todas as *pessoas* que referendam esses atos de expressão⁸⁶⁰.

Ela exige que todos indivíduos recebam o mesmo tratamento igualitário que demanda a proteção de suas liberdades fundamentais, o que significa dizer que ela exige que lhes seja franqueado o direito de expressarem suas ideias e modelos de vida sem restrições, mesmo que soem ofensivos a terceiros, mas não que essas ideias e modelos de vida sejam considerados corretos ou mesmo minimamente apropriados a uma sociedade democrática de iguais.

O argumento da tolerância liberal comprova, pois, que a liberdade dos discursos é parte de um argumento pluralista (baseado na igualdade de valor entre todas as doutrinas abrangentes do bem e dos projetos de vida delas resultantes) para que se use o direito, e os seus instrumentos institucionais, para *promover esse próprio pluralismo de ideias* característico de qualquer democracia que faça jus a esse nome – não significa, outrossim, que o conteúdo propriamente dito destes “discursos de ódio” serão referendados e contemplados pela ação estatal futura.

Com efeito, o ideal político em questão implica que tolerância para com os intolerantes é possível até certo ponto; Rawls, nesse sentido, indica que quando a defesa de ideias e modelos de vida repercutem em uma sistemática limitação das liberdades de outros, o próprio interesse na autopreservação – que todos possuem e que, portanto, poderia ser tomado em conta na deliberação da posição original – justificaria algum marco de atuação legítima da autoridade política em defesa daqueles que se veriam atingidos pelas concepções de mundo intolerantes reivindicadas pelos seus pares⁸⁶¹.

Isso, entretanto, apenas pode ocorrer quando há algum perigo iminente e efetivamente real de que as bases democráticas sejam solapadas pela consolidação das ideias

⁸⁶⁰SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Idem. p. 197.

⁸⁶¹Diz, sobre isso, o autor: “A justiça não exige que os homens permaneçam inertes, enquanto outros destroem os fundamentos de sua existência” (RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Idem. p. 192).

intolerantes que motivam a ação de alguns indivíduos em particular: quando há aquilo que Rawls chama de uma *crise constitucional iminente*⁸⁶², é dizer, quando a própria constituição que prevê e assegura as exigências de justiça da democracia constitucional seja abandonada em nome de algum ideal político totalitário (quando um líder religioso recém-eleito para o Executivo nacional publicamente afirma que criará uma emenda à Constituição para estabelecer uma única religião oficial de Estado, por exemplo).

Esse não o caso, naturalmente, da maior parcela daqueles atos de expressão que são plausivelmente definidos como “discursos de ódio”, ao menos no sentido adotado neste trabalho, de modo que a constitucionalidade de criminalizações como aquelas que, hoje, constam do sistema penal brasileiro e que intencionam coibir discursos ofensivos devem ser reconhecidas como *inconstitucionais*.

Dito de outro modo, a interpretação mais coerente do direito de liberdade dos discursos, portanto, consolidada de acordo com os requisitos normativos da justiça como equidade e do liberalismo político de John Rawls, infirma a constitucionalidade, também, dos crimes de injúria e difamação, ao concluir que a simples ofensividade de determinado ato de expressão não constitui razão suficiente para mitigar a dignidade humana (e a pretensão ao devido respeito e consideração) titularizada por todo e qualquer indivíduo.

Há, contudo, duas possíveis críticas que podem ser feitas ao raciocínio desenvolvido até aqui. A primeira, então, pode ser compreendida da seguinte forma: se há alguma possibilidade, mesmo para Rawls, de que discursos ofensivos (que afrontam a dignidade pessoal dos cidadãos) gerem um significativo risco ao gozo pleno das liberdades fundamentais, não seria adequado manter algum tipo de criminalização que coibisse atos de expressão com fundamento na racionalidade ora criticada?

Para responder a essa pergunta, uma distinção importante deve ser feita: o princípio da tolerância é semanticamente complexo, e duas dimensões diferentes podem a ele ser associadas: a tolerância como um ideal político *negativo* e a tolerância como ideal político *positivo*⁸⁶³.

A primeira implica o reconhecimento de que o comportamento tolerante exige que os cidadãos democráticos aturem mesmo aquilo que odeiam, ou rejeitam fortemente de acordo com suas concepções particulares da boa vida, com vistas a respeitar a ideia de que todos, independentemente das crenças e valores que professam, são iguais em valor para o

⁸⁶²RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. Idem. pp. 348 e ss.

⁸⁶³A distinção é retirada de: PASCHOAL, Janaina Conceição. *Religião e direito penal: interfaces sobre temas aparentemente estanques*. São Paulo: LiberArs, 2018, pp.95/101.

sistema político democrático constitucional.

A segunda, contudo, exige uma atitude menos radical, e autoriza que medidas estatais sejam tomadas para corrigir eventuais discrepâncias na forma como indivíduos e grupos sociais distintos recebem a atenção do poder público.

Ela parte da premissa de que uma visão estritamente formal do ideal de igualdade moral dos cidadãos pode prejudicar algumas comunidades étnico culturais específicas, em especial aquelas que são naturalmente marginalizadas, ao diminuir as possibilidades de sua afirmação e consideração no espaço público coletivo⁸⁶⁴.

Assim, a tolerância positiva concebe-se de tal forma que autoriza a promoção de algumas exceções e alterações das estruturas sociais dominantes, com vistas a garantir a igualdade efetiva e material na representatividade dos diversos grupos sociais existentes⁸⁶⁵.

Entretanto, este é um ideal político (uma dimensão do ideal político da tolerância, para ser mais preciso) que não guarda correlação com o direito penal em especial.

A promoção de alterações dessas estruturas é feita, outrossim, por medidas afirmativas que visem a diminuir os preconceitos e atitudes discriminatórias presentes numa sociedade qualquer, pela adoção de programas sociais de Estado que objetivem incluir e dar acesso material e proteção à inviolabilidade pessoal e física daqueles grupos marginalizados, enfim, por caminhos outros que não impliquem a imposição da força da coerção coletiva estatal em sua modalidade mais rigorosa, que possa repercutir na possibilidade, inclusive, da constrição da própria liberdade de ir e vir daqueles que são por ela abarcados.

Até mesmo, nos casos mais graves, é possível pensar-se na modelagem de um sistema de reparação civil que, menos exigente para com as exigências de legitimação, autorize a imposição de sanções pecuniárias quando, em relações privadas dos cidadãos, uns ofendam os outros⁸⁶⁶.

⁸⁶⁴FORST, Rainer. "Toleration, justice and reason". In: McKINNON, Catriona (ed.) e CASTIGLIONE, Dario (ed.). *The culture of toleration in diverse society*. Manchester: Manchester University Press, 2003, p. 75.

⁸⁶⁵FORST, Rainer. "Toleration, justice and reason". In: McKINNON, Catriona (ed.) e CASTIGLIONE, Dario (ed.). *The culture of toleration in diverse society*. Idem. pp. 75.

⁸⁶⁶As possibilidades de existência de outros instrumentos jurídicos para a coibição de "discursos de ódio", contudo, é em si um problema complicado. Muitos autores, quando reivindicam a necessidade de que atos expressivos desse tipo sejam tolerados, assumem que essa é uma exigência de princípio que limita toda e qualquer via de constrição dos discursos com conteúdo discriminatório – fala-se, pois, na existência de um direito fundamental à emissão de conteúdos preconceituosos. Esse é, entretanto, um passo além do que essa dissertação pretende enfrentar, ainda que, pelas ideais que foram esposadas até agora, se possa concluir que uma exigência tão rigorosa quanto esta não é possível de ser extraída da filosofia política rawlsiana. Nesse sentido, James Fleming, por exemplo, aceita algumas limitações de "discursos de ódio" com fundamento em uma argumentação essencialmente vinculada ao liberalismo político de Rawls, ao afirmar que a expressão de discursos deste tipo violam não a dignidade pessoal dos cidadãos, mas as suas liberdades políticas, às quais devem ser conferido um valor equitativo a todos os cidadãos que as titularizam – o argumento, portanto, é

O que não se pode conceber, se se deseja levar a sério o que significa respeitar o diferente, é que se utilize das sanções penais para comunicar os cidadãos em geral que determinados modelos de vida são mais inapropriados do que outros.

A segunda crítica, então, caminha de forma muito próxima a essa primeira. De acordo com ela, se poderia dizer que está devidamente justificada a inconstitucionalidade do crime de injúria qualificada, previsto no artigo 140, §3º, do Código Penal brasileiro, mas não das modalidades delitivas instituídas no *caput* deste tipo penal e pela previsão autônoma do crime de difamação, no artigo 139, do Código Penal.

Nestes casos, a ofensividade não necessariamente traduziria uma ideia política ou de vida mais profunda daqueles que enunciam discursos insultuosos ou ofensivos, de modo que os argumentos suscitados anteriormente não teriam validade para infirmar a sua adequação ao texto constitucional, alegariam os formuladores desta objeção.

Ocorre, todavia, que o problema aqui é outro. Ofensas perpetradas nestes contextos, como visto anteriormente, carregam em si um grau de reprovabilidade menor do que aquelas esposadas por “discursos de ódio”, na medida em que “atacam” os indivíduos vitimados, em geral, em aspectos e qualidades menos sensíveis do que aquelas que dizem respeito às características de grupos sociais marginalizados.

Autorizar a sua repressão penal, mas proibir a imposição de sanções nos casos de maior gravidade, contudo, revela-se uma afronta frontal àqueles postulados mais basilares de qualquer sistema criminal liberal da contemporaneidade: a ideia de que o recurso à sua intervenção deve ser *subsidiário e fragmentário*, ou seja, deve ocorrer apenas ali onde outros ramos do direito não possam atuar (o que, como dito, não é o caso) e onde se consuma a lesão *mais grave* aos valores e interesses *mais importantes* dos indivíduos em geral.

Dessa forma, a aceitação da crítica formulada repercutiria numa *inversão radical* dos valores e princípios mais significativos do direito penal contemporâneo, medida que, naturalmente, não pode ser considerada legítima e apropriada aos ditames de uma democracia constitucional liberal.

construído como uma forma de se construir o esquema plenamente adequado de liberdades básicas exigido pelo primeiro princípio de justiça, de modo que as restrições ao direito de liberdade de expressão, por serem arrazoadas com fundamento na promoção de outra liberdade fundamental, seriam passíveis de justificação. Ainda que a argumentação de Fleming possa ser aceita, aqui defende-se a tese de que ela não pode ser compreendida como uma autorização para a imposição de constringências penais, mas apenas de medidas associadas a outros ramos do direito. As exigências do princípio da tolerância liberal, naturalmente, se aplicam com mais intensidade ali onde a coerção estatal é praticada de forma mais intensa, o que significa dizer que, em se tratando de direito penal, suas implicações para a interpretação do direito de liberdade de expressão devem ser as mais rigorosas que se pode deste princípio extrair. Sobre as ideias de Fleming, vide: FLEMING, James E. “Securing deliberative democracy”. Idem. pp. 1465 e ss.

Com isso, também o segundo problema disposto por essa dissertação encontrou uma resposta plausível na teoria política de Rawls, capaz de oferecer as bases para a compreensão do sistema político democrático constitucional de forma congruente com as intuições mais profundas que, em geral, as pessoas têm a respeito do que eles efetivamente são.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Este trabalho pretendeu realizar uma reflexão filosófica em torno dos fundamentos morais e políticos mais apropriados ao direito de liberdade de expressão para que, assim, fosse possível formula-se uma interpretação jurídica do sentido desta garantida individual dos cidadãos que fosse consistente com os princípios e valores da democracia constitucional que, como dito, permeiam a Constituição Federal de 1988.

Isso foi necessário, como dito, para que se pudesse enfrentar aqueles dois grandes desafios que a criminalização de condutas supostamente ofensivas à honra dos indivíduos geram para a tarefa de se analisar a constitucionalidade dessas incriminações, uma tarefa que, todavia, não é bem realizada quando as estratégias para se avaliar a adjudicação de direitos e as possibilidades de se restringir os seus âmbitos de incidência seguem os modelos tradicionalmente utilizados pela dogmática penal brasileira na tentativa de traçar limites do exercício legítimo do poder punitivo estatal.

Procurou-se demonstrar, nesse sentido, que a principal falha desses modelos de interpretação do direito reside no fato de que eles esquivam-se de realizar a tal reflexão filosófica e abstrata acerca dos princípios de moralidade política que, invariavelmente, contribuem para a formulação de juízos substantivos sobre o que os direitos jurídicos, em especial os constitucionais, significam, fato esse que termina por construir contextos propícios à flexibilização excessiva do potencial que esses direitos têm de assegurar espaços de inviolabilidade dos cidadãos democráticos em geral.

No caso da regra da proporcionalidade, por exemplo, foi ressaltado como a sua lógica de ponderação entre direitos, que deve ser guiada pelo princípio alexyano da generosidade das definições, implica que o processo de constrição do âmbito de incidência de um direito jurídico qualquer deve levar em conta todas as considerações relevantes que se possa identificar para especificar o seu conteúdo, o que termina por equiparar, em valor e em poder de persuasão, argumentos de naturezas bastante distintas.

Os argumentos que circundam o trabalho interpretativo dos juristas podem constituir-se na modalidade de “argumentos de princípio”, que fazem apelos a considerações de justiça e do significado substantivo que se pode atribuir aos direitos políticos e morais dos cidadãos, ou na modalidade de “argumentos de política”, que pretendem demonstrar que a adoção de determinado curso de decisões ou programas de políticas públicas favorecerão a comunidade democrática como um todo.

Se, para a regra da proporcionalidade, a compreensão do significado de um direito depende de uma ampla avaliação de todos os elementos que contam para a especificação de seu conteúdo, então conclui-se que tanto “argumentos de princípio” quanto “argumentos de política” deverão ser igualmente balizados na tarefa interpretativa a ser realizada pelo jurista.

Isso, todavia, contraria as intuições comuns que as pessoas têm de que, em sociedades efetivamente democráticas, os direitos e garantias individuais que são assegurados aos cidadãos possuem um significado mais forte do que esse, posto que não se admite a sua restrição com base em argumentos que, como os “de política”, apelam para a realização do bem comum.

Com esses pressupostos metodológicos em mente, então, a dissertação procurou desenvolver considerações importantes para a construção de uma interpretação filosoficamente estruturada do direito de liberdade de expressão, lançando mão de diversas categorias e institutos utilizados pela doutrina jurídica norte-americana que versa sobre essa garantia individual, para, então, oferecer uma concepção substantiva dela que desse respostas objetivas e precisas sobre as possibilidades de que o sistema criminal reivindique para si o papel de proteger o direito à honra dos cidadãos em geral.

Acredita-se, portanto, que os argumentos desenvolvidos neste trabalho devem ser compreendidos como um todo unitário, que depende, para o seu apropriado entendimento, de uma leitura conjunta e articulada dos diversos passos que foram sendo construídos ao longo dos capítulos apresentados em seu corpo, o que traz uma dificuldade maior na elaboração destas considerações finais da dissertação.

Isso porque, fundamentalmente, acredita-se que a construção de uma sequência de tópicos que traduzam as conclusões obtidas ao longo do desenvolvimento do texto, como se costuma fazer em trabalhos análogos no campo do direito, incorreria em ao menos um de dois problemas complicados: ou seria tal lista demasiado ampla, a fim de que fossem abarcados todos os pontos relevantes à construção dos argumentos formulados nas últimas seções do trabalho, servindo mais como uma simples paráfrase de tudo que fora dito anteriormente, ou seria ela demasiado insossa, no sentido de que não reverberaria todas as nunces importantes para o esclarecimento cristalino das ideias que são defendidas nesta oportunidade.

Dessa forma, entende-se que a redação destas conclusões não faria jus aos propósitos que ela deverá cumprir, de modo que se ousará, aqui, adotar-se um caminho um tanto quanto diferente. Pretende-se fazer uma reflexão geral e agregada de tudo aquilo que foi pontuado ao longo do trabalho, destacando quais implicações as conclusões obtidas em seu

desenvolvimento geram para aquela que é a sua proposta final: o fato de que a proteção jurídica da honra não constitui uma matéria pertinente ao direito penal.

Pois bem. A história do pensamento filosófico que se elaborou em torno da ideia do conceito de “liberdade” é bastante rica e diversificada; ainda assim, ao longo dos tempos, algumas contribuições para os debates concernentes ao significado desse valor dentro da teoria política assumiram um protagonismo louvável, em especial em decorrência da sua capacidade de trazer esclarecimentos sobre toda a complexidade inerente à tarefa de se explicar o que é, no fim, a qualidade de *ser livre*.

Benjamin Constant, por exemplo, elaborou uma distinção entre dois conceitos de liberdade que se perpetuaram, ainda que de forma mutável, na tradição do pensamento filosófico construído em torno do assunto.

As noções de “liberdade dos modernos” e “liberdade dos antigos”, então, traduziriam duas formas de se compreender o que seria o desfrute desse importante valor moral e político das civilizações humanas, noções que, posteriormente, foram recuperadas e lapidadas no célebre escrito de Isaiah Berlin intitulado *Dois conceitos de liberdade*, no qual o filósofo articula a tese de que, historicamente, duas concepções bastante diferentes entre si foram associadas ao conceito mais abstrato da “liberdade”.

De um lado, há aqueles que entendem que o “ser livre” implica a ausência de restrições externas com relação àquilo que uma pessoa deseja fazer; Berlin, nessa toada, afirma que “normalmente sou considerado livre na medida em que nenhum homem ou grupo de homens interfere com a minha atividade”⁸⁶⁷. A liberdade é, pois, ausência de interferência e ingerência na vida dos indivíduos, uma limitação à possibilidade de que uns impeçam os outros de realizarem suas metas de vida – é a denominada *liberdade negativa*.

Do outro, há a ideia de “ser livre” entendida como o desejo que tem indivíduo de ser o senhor de si: “desejo que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo, e não de forças externas de qualquer tipo”⁸⁶⁸; ela implica que as pessoas são livres na medida não em que não são impedidas de fazerem o que desejam, mas sim quando possuem a capacidade de participar e influenciar daquelas decisões que repercutirão em regras e deveres para as suas vidas – a denominada *liberdade positiva*.

Durante muito tempo, contudo, assumiu-se que essas eram concepções rivais, e

⁸⁶⁷BERLIN, Isaiah. “Dois conceitos de liberdade”. In: BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 229.

⁸⁶⁸BERLIN, Isaiah. “Dois conceitos de liberdade”. In: BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Tradução de Rosaura Eichenberg. Idem. pp. 236/237.

mesmo contraditórias, do valor “liberdade”; Berlin, em especial, foi um crítico contundente dessa segunda acepção, já que, para ele, a história comprova que o ideal da liberdade positiva é facilmente corrompível⁸⁶⁹, dando margem a um sistema que, ao contrário de livre, é tirânico e autoritário.

A compreensão rawlsiana do que seriam, entretanto, as liberdades fundamentais previstas pelo primeiro princípio de justiça, uma compreensão que, como dito, não se pretende metafísica, mas política⁸⁷⁰, possibilita que seja desmistificada essa noção recorrente de que as duas dimensões do valor da “liberdade” são autoexcludentes, o que é importante para se compreender de que forma elas, as duas, contribuem para a formatação de diversos aspectos da estrutura institucional das sociedades democráticas.

O caso da liberdade de expressão, em especial, é extremamente rico para esclarecer esses propósitos. Os interesses que estão em jogo quando se fala de um direito à liberdade de palavra são muitos, e chamam a atenção para o fato de que uma concepção apropriada do que essa garantia implica deve procurar abarcar, de forma razoavelmente equilibrada, todos eles.

Isso significa, por exemplo, que nenhum peso mais significativo pode ser conferido aos interesses que têm os falantes, quando comparado àqueles que sustentam os ouvintes, os destinatários do discurso propagado⁸⁷¹. Essa complexidade do direito à liberdade discursiva, então, aponta para o fato de que as liberdades positiva e negativa realizam-se simultaneamente, como dois componentes ínsitos a um valor político mais amplo, que afirma normativamente a concepção da sociedade democrática como uma sociedade de iguais.

A dimensão positiva da liberdade de expressão, nesse sentido, cumpre o importante papel de destacar como esta vincula-se ao ideal da democracia de uma forma especialmente mais profunda do que aquela apresentada pelos defensores das teorias coletivistas deste

⁸⁶⁹O problema, para o autor, é que associa-se à liberdade positiva a ideia de que o “ser livre” depende de um controle das decisões e escolhas a ser feito pelo “ser racional” dos cidadãos, não pelo seu “ser empírico”, ou seja, um controle que visa a assegurar metas e objetivos que não correspondem necessariamente aos desejos pessoais de cada indivíduo particularmente considerado, mas sim a um ideal mais abstrato a respeito do que seriam suas verdadeiras vontades. Vide: DWORKIN, Ronald. “Two concepts of liberty”. In: MARGALIT, Edna & MARGALIT, Avishai (Eds.). *Isaiah Berlin: a celebration*. Londres: Hogarth Press, 1991.

⁸⁷⁰Uma concepção que, como dito, quer associar às liberdades básicas uma função eminentemente prática, de assegurar o desfrute dos poderes morais fundamentais, mas que não procura vincular-se a concepções abrangentes da vida boa e a quaisquer valores perfeccionistas.

⁸⁷¹Portanto, do ponto de vista normativo, não deve haver primazia dos interesses dos oradores nem da audiência. Ambos devem ser considerados valores fundamentais em uma ordem política democrática. O valor das liberdades comunicativas vai além dos direitos estritamente ligados aos processos políticos institucionais, ele abarca a ideia de que todos os membros da sociedade devem ter oportunidades equitativas de participar da definição do que a sociedade é e do que virá a ser no futuro... Considero a democracia valiosa pois “ela potencializa o autogoverno individual e coletivo” (FRANCISQUINI, Renato. *Democracia, liberdade de expressão e valor equitativo das liberdades comunicativas*. Tese (doutorado). Idem. pp. 262/263).

direito constitucional, tal e qual se pretendeu demonstrar no item 3.2.2.1. desta dissertação.

O direito de liberdade de expressão, em sendo necessário à realização plena e informada do senso de justiça de que dependem os cidadãos democráticos para formular juízos a respeito da justiça e adequação da estrutura básica de sua comunidade, é um componente essencial do autogoverno coletivo, das possibilidades de que sejam asseguradas aos indivíduos, sem exceções, todas as condições de que precisam para efetivamente participar e influenciar do debate público que informará os caminhos a serem perseguidos pela sociedade em que estão inseridos.

Lido dessa forma, ele contempla tanto os interesses daqueles que falam, em poder comunicar suas impressões e considerações a respeito da justiça da estrutura básica de sua comunidade política, mas também os interesses daqueles que, presentes na audiência da arena pública democrática, dependem de um ambiente rico em informações para, na sua deliberação racional individual, desenvolverem as suas próprias considerações e conclusões sobre a correção dos caminhos perseguidos pela associação política que integram.

A sua dimensão positiva, portanto, veda a possibilidade de criminalização das condutas ofensivas à honra que caracterizam o crime de calúnia, porque a ameaça de imposição de penas a essas formas de comportamento mitiga a capacidade que têm os cidadãos democráticos de formularem críticas às autoridades políticas que os governam, assim como impossibilita que eles realizem o controle informal dos comportamentos de seus pares, necessário à manutenção das bases de reciprocidade que caracterizam os regimes democráticos constitucionais da atualidade.

Dada a centralidade deste direito para a realização e evolução desse necessário senso crítico com relação às posições de autoridade, e a importância que o discurso político possui para a afirmação do coração dos valores democráticos, nem mesmo o fato de que um conteúdo falso é comunicado pode afastar, por si só, a prioridade normativa que se confere à proteção do direito de liberdade de palavra, o que infirma, por completo, as possibilidades de que o direito penal seja utilizado como recurso para a sua apropriada constrição.

Nos casos mais severos, em que as exigências da regra *Sullivan* fossem de fato observadas, a alternativa seria, quando muito, a instituição de processos cíveis visando à indenização daqueles que são caluniados de forma consciente e maliciosa, mas nunca a prisão e a estigmatização daqueles que apenas ousaram *falar*.

A sua dimensão negativa, por outro lado, conta como forte argumento contrário à tese de que a ofensividade de certos atos de expressão, por ferirem a dignidade pessoal dos

vitimados, é uma razão suficiente para justificar a sua restrição.

Manifestações ofensivas, no mais das vezes, traduzem visões particulares a respeito daquilo que as pessoas almejam alcançar ou realizar para modular o ambiente político e moral onde vivem, de modo que a sua punição e constrição, por meio do direito penal, veicula um comunicado oficial de que as escolhas e projetos individuais (ou mesmo coletivos) em questão não serão aceitos pelo poder constituído, ou pela maioria democrática votante, o que se revela como uma forma de ingerência indevida nos espaços que são reservados à formulação e à afirmação das vontades e crenças pessoais de cada cidadão.

Uma tal limitação desse direito constitucional, por conseguinte, viola frontalmente o direito individual que todos têm de expor aquilo que são e que querem ser, impede a plena realização de suas metas de vida, ao simplesmente declará-las repugnantes e indignas de florescimento.

Crimes como injúria e difamação, que condenam eminentemente a emissão de conteúdos reputados ofensivos, portanto, tampouco conseguem ajustar-se aos preceitos constitucionais que garantem o direito à livre manifestação de ideias, e tampouco conseguem revestir-se da necessária dignidade penal para que possam ser considerados como criminalizações legítimas – outra vez mais, os excessos, quando cometidos, melhor são atendidos pela atuação mais branda do direito, nunca pela sua mais dura e cruel forma de responsabilização.

De fato, os ideais normativos da subsidiariedade e fragmentariedade do sistema criminal, aliados à interpretação expansiva que deve ser concedida à prioritária liberdade de palavra, infirmam as possibilidades de que a atuação penal ocorra ali onde há a mera afirmação da identidade pessoal de cada cidadão, por mais questionável que esta venha a ser.

Tudo isso, contudo, deixa em aberto uma última pergunta relevante: o que vem a ser, afinal de contas, o direito à honra?

Uma das conclusões obtidas a respeito desse tema é que, qualquer que seja a sua concepção mais apropriada, um direito à honra implica necessariamente duas dimensões relevantes, uma relativa aos seus aspectos coletivos (o que antes se chamava de honra objetiva), e outra aos seus aspectos individuais (a antiga honra subjetiva).

A primeira delas pode, então, ser bem compreendida como um *direito à reputação*. Este, durante muito tempo, foi concebido como um direito ao controle da imagem social que as pessoas possuem; dito de outra forma, a honra é um direito concebido como uma “prerrogativa de proibir a circulação de mensagens e afirmações que de alguma forma são

prejudiciais à percepção social de uma determinada pessoa”⁸⁷².

Essa definição, contudo, contraria a interpretação do direito à liberdade de expressão formulada no corpo deste trabalho, porque assume que as exigências impostas pelo direito à reputação autorizam que quaisquer conteúdos que tenham a possibilidade de mitigar a forma como um cidadão é percebido pelos seus pares sejam constrictos em homenagem à proteção de sua reputação, da faculdade que todos têm de controlar a forma como os outros lhe enxergam.

Isso resultaria na subjugação do direito de liberdade de palavra até mesmo ali onde proposições de fatos verdadeiros fossem comunicadas com um potencial de abalar as bases da imagem social que alguém possui; um cidadão que afirmasse, por exemplo, que outro cometeu um crime no dia anterior, poderia ter que prestar contas a algum tribunal ainda que esse evento tivesse de fato ocorrido, uma conclusão radicalmente contrária àquelas que foram alcançadas no desenvolvimento da dissertação.

Desse modo, o direito à reputação fica mais bem compreendido pela leitura de Clarissa Gross, segundo quem este nada mais seria do que o direito “de uma pessoa de ser publicamente referida de forma moralmente responsável”⁸⁷³.

Isso significa que os cidadãos têm, em função deste direito, uma prerrogativa de exigir a proteção do sistema jurídico apenas quando as declarações públicas que são feitas sobre alguém não atendem a exigências normativas mínimas de respeito pelo valor da verdade, ou seja, quando as afirmações e imputações de fato negligenciam contundentemente a falsidade daquilo que é comunicado.

Nas relações intersubjetivas que marcam a convivência social nas democracias, a falta de veracidade das informações transmitidas não é, per se, um motivo razoável para justificar algum tipo de resposta do direito na tentativa de proteção do direito à reputação das pessoas.

Entretanto, quando essa falsidade é enunciada de forma maliciosa, com o intuito de abalar a imagem social de outrem, com base em uma atitude irresponsável ou imprudente daquele que a propaga, as bases de reciprocidade que caracterizam as relações sociais entre pessoas livres e iguais é solapada, porque rompem-se as expectativas legítimas que os indivíduos têm de que uns se comportarão com relação aos outros da mesma forma que

⁸⁷²GROSS, Clarissa Piterman. *Pode dizer ou não? Discurso de ódio, liberdade de expressão e a democracia liberal igualitária*. Tese (doutorado). Idem. p. 208.

⁸⁷³GROSS, Clarissa Piterman. *Pode dizer ou não? Discurso de ódio, liberdade de expressão e a democracia liberal igualitária*. Tese (doutorado). Idem. p. 228.

gostariam de ser tratados.

Essa concepção do direito à honra, em sua dimensão social ou coletiva, alinha-se com a interpretação do direito à liberdade de expressão que engloba um direito à ampla crítica do governo, por sua vez, porque ela se coaduna com a noção de que onde há o interesse público de se controlar a justiça básica das instituições sociais, as exigências para o comportamento moralmente responsável daqueles que intencionam contribuir para o debate político de ideias e informações são brandas, porque o exercício desse primeiro poder moral dos indivíduos deve ser amplo e desimpedido.

No que se refere à dimensão individual do direito à honra, a associação de seu conteúdo a uma ideia abstrata de dignidade humana, em si, não é equivocada. Erra-se, entretanto, ao se imaginar que as exigências desse direito à dignidade pessoal implicam expectativas de um tratamento com consideração e respeito em todas as esferas e relações sociais existentes.

Compreendida dessa forma, a honra requisitaria a proibição dos discursos ofensivos, o que também é contraditório com as postulações elementares do direito de liberdade dos discursos. Este, quando exige normativamente uma atitude de tolerância para com as diversas formas de se compreender os sentidos da boa vida, exige também que ofensas não sejam tomadas como razão suficiente para a constrição dos atos de expressão.

A ofensividade, entendida nesse sentido, é uma consequência natural do contato entre pessoas que partilham visões diversas, muitas vezes opostas, sobre a verdade dos assuntos humanos em geral; ela é, pois, um traço característico e indissociável das sociedades plurais, onde diferentes indivíduos são obrigados a compartilharem uma vida em comum, embora valorativamente contraditórias.

A dignidade, então, é garantida quando o sentido da plena cidadania, de que todos são pessoas livres e iguais, é assegurado pelas instituições políticas e sociais que compõem a estrutura básica da sociedade, o que significa dizer que o tratamento de respeito mútuo que os cidadãos devem ter uns para com os outros é muito mais condicionado ao reconhecimento daqueles requisitos mínimos que garantem o seu acesso a esse *status* social de plena cidadania, dentre os quais insere-se, justamente, a proteção ampla do direito de liberdade de palavra, do que à demanda pela observância de regras de civilidade e polidez nas interações sociais entre os indivíduos.

Redimensionada dessa forma, a honra recebe um conteúdo juridicamente relevante mais comedido do que aquele que, tradicionalmente, tem sido a ela associada.

Isso não significa, contudo, que ela perde por completo o seu valor. Significa,

outrossim, que os meios existentes para a concretização de sua tutela através do direito também devem ser repensados, ainda que não inteiramente descartados.

Significa, para ser mais direto, que a sua proteção jurisdicional deve ser proporcional ao conteúdo mais tímido que ela recebe em uma democracia liberal-igualitária, ou seja, que a coerção coletiva do Estado na sua modalidade mais violenta é um instrumento deveras inapropriado para a efetivação deste direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEINIKOFF, Alexander. “Constitutional law in the age of balancing”. In: *The Yale Law Journal*, v. 96, nº. 05, 1987.

ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade”. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. In: *Ratio Juris*, v. 12, n. 2, 2003.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. “Constitutional rights and proportionality”. In: *Revus. Eslovênia*, v. 22, 2014.

APPIAH, Kwame Anthony. *O código de honra: como ocorrem as revoluções morais*. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARCHARD, David. “Insults, Free Speech and Offensiveness”. In: *Journal of Applied Philosophy*, vol. 31, nº 2, 2014.

BAKER, Edwin. “Harm, liberty, and free speech”. In: *California Law Review*, vol.70, n. 979, 1997.

BARENDT, Eric. *Freedom of expression*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2007.

BARNUM, Jeffery C. “Encouraging Congress to encourage speech: reflections on *United States v. Alvarez*”. In: *Albany Law Riview*, n. 76, 2013.

BARRY, Brian. *Justice as impartiality*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010.

BERLIN, Isaiah. “Dois conceitos de liberdade”. In: BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Liberdade de expressão e direito à honra: uma nova abordagem no direito brasileiro*. Joinville: Bildung, 2010.

BORROW, Robin. “On the duty of not taking offence”. In: *Journal of moral education*, v. 34, n°. 03, set./2005.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. “O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, 2010.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Tomo 4°. Parte Especial – crimes contra a pessoa. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

BRYAN, Druzin H. & LI, Jessica. “The criminalization of lying: under what circumstances, if any, should lies be made criminal?”. In: *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 101, n° 2, 2011.

COHEN, Joshua. “Freedom of expression”. In: *Philosophy & Public Affairs*, vol. 22, n. 03, 1993.

_____. “For a democratic society”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

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

DWORKIN, Ronald. “Two concepts of liberty”. In: MARGALIT, Edna & MARGALIT, Avishai (Eds.). *Isaiah Berlin: a celebration*. Londres: Hogarth Press, 1991

_____. “Do values conflict? A hedgehog’s approach”. In: *Arizona Law Review*, n. 43, v. 251, 2001.

_____. “A democracia e os direitos do homem”. In: DARTON, Robert; DUHAMEL, Oliver (orgs.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EMERSON, Thomas I. *The system of freedom of expression*. Nova Iorque: Random House, 1970.

FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. Vol. 2. Oxford: Oxford University Press, 1985.

_____. *The moral limits of the criminal law: harm to others*. Vol. 01. Oxford: Oxford University Press, 1986.

FERNÁNDEZ PALMA, María Rosa. “Reflexiones sobre el contenido constitucional del honor”. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi, 2001.

FLEMING, James. “Securing Deliberative Democracy”. In: *Fordham Law Review*, Nova Iorque, v. 72, issue 5, 2004.

¹FORST, Rainer. “Toleration, justice and reason”. In: McKINNON, Catriona (ed.) e CASTIGLIONE, Dario (ed.). *The culture of toleration in diverse society*. Manchester: Manchester University Press, 2003.

_____. “Os limites da tolerância”. Tradução de Mauro Victoria Soares. In: *Novos estudos*. CEBRAP. n. 84, jul/2009.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal*. Parte especial (arts. 121 a 167). 1º vol. São Paulo: José Busharsky Editor, 1958.

FRANCISQUINI, Renato. *Democracia, liberdade de expressão e valor equitativo das liberdades comunicativas*. Tese (doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.

FREEMAN, Samuel. “Introduction”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

FUENTES OSORIO, Juan L. “El bien jurídico honor”. In: *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. único, nº. 60, 2007.

GARD, Stephen W. “Fighting words as free speech”. In: *Washington University Law Review*, vol. 58, n.º 3, 1980.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. “Revisión del contenido del bien jurídico honor”. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 2, vol. 37.

GREENAWALT, Kent. *Fighting words: individuals, communities and liberties of speech*. New Jersey: Princeton University Press, 1996.

GROSS, Clarissa Piterman. *Pode dizer ou não? Discurso de ódio, liberdade de expressão e a democracia liberal igualitária*. Tese (doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2017.

GUTMANN, Amy. “Rawls on the Relationship between Liberalism and Democracy”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

HIRSCH, Andrew von. “The offense principle in criminal law: affront to sensibility or wrongdoing?”. In: *King’s Law Journal*, vol. 11, issue 1, 2000.

HIRSCH, Hans Joachim. “Cuestiones fundamentales acerca del honor y de la injuria”. In: *Revista de Derecho Penal*, n. 2, 2003.

HÖRNLE, Tatjana. “Offensive behaviour and German Penal Law”. In: *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, nº 01, 2001.

_____. “La protección de sentimientos en el StGB”. Traducción de Beatriz Spínola Tártalo. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.) *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. “Criminalizing behaviour to protect human dignity”. In: *Criminal Law and Philosophy*. Vol. 06, n. 03, 2012.

_____. “Theories of criminalization”. In: *Criminal Law and Philosophy*, vol. 10, n.º 02, 2016.

HUHN, Wilson R. “Assessing the constitutionality of laws that are both content-based and content-neutral: the emerging constitutional calculus”. In: *Indiana Law Journal*, v. 79, nº 04, 2004.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VI (arts. 137 a 154). Rio de Janeiro: Forense, 1945.

JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Traducción de Enrique Peñarada Ramos, Carlos J. Suárez Gonzáles y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Sociedade, Norma e Pessoa*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

LAWRENCE III, Charles R. “If he hollers let him go: regulating racist speech on campus”. In: *Duke Law Journal*, vol. 03, 1990.

LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. “A crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua relevância: um esquema de crítica conceitual”. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, jul/dez2015.

_____. “Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience?”. In: *Revista Direito GV*, v. 13, nº. 01, jan/abr – 2017.

_____. “Fake news: liberdade de expressão ou dever de falar a verdade?”. Disponível em: dissenso.org/fake-news-liberdade-expressao-ou-dever-de-falar-verdade/ (acesso em 04/10/2018).

MACKINNON, Catharine. *Only words*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal*. Barcelona: PPU, 1991.

MEIKLEJOHN, Alexander. *Free speech and its relation to self-government*. Nova Jérsei: The Lawbook Exchange Ltd., 2012.

MICHELMAN, Frank I. “Rawls on constitutionalism and constitutional law”. In: FREEMAN, Samuel (Ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. São Paulo: Editora Hedra, 2010.

MURATA, Daniel Peixoto. “Proporcionalidade – insuficiências morais e teóricas”. In: *Teoria jurídica contemporânea*, v. 1, jul/dez 2016.

NAGEL, Thomas. “Rawls and Liberalism”. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

NIMMER, Melville B. “The right to speak from times to Time: first amendment theory applied to libel and misapplied to privacy”. In: *California Law Review*, vol. 56, n. 04, 1968.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio*. Vol. 2. 30ª edição (atualizada e revisada). São Paulo: Saraiva, 1999.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Religião e direito penal: interfaces sobre temas aparentemente estanques*. São Paulo: LiberArs, 2018.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Vol. 2. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. *Political liberalism*. Expanded edition. Nova Iorque: Columbia University Press, 2005.

_____. “A ideia de razão pública revisitada”. In: RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Luís Carlos Borges. Ed. ampliada. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

REIS, Luciana Silva. *Direito e método: a contribuição de Ronald Dworkin*. Dissertação (mestrado). Universidade de São Paulo: São Paulo, 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SCANLON, T. M. *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

_____. "Adjusting rights and balancing values". In: *Fordham Law Review*, Nova Iorque, v. 72, issue 5, 2004.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão: Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra*. Tese (doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção". In: *Revista Latino-Americana e Estudos Constitucionais*, v. 1, 2003.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIMESTER, A. P. & HIRSCH, Andrew von. "Rethinking the offense principle". In: *Legal Theory*, n.º 08, 2002.

STEWART, Hamish. "The limits of the harm principle". In: *Criminal Law and Philosophy*, n. 4, 2010.

STONE, Geoffrey R. "Content regulation and the First Amendment". In: *William & Mary Law Review*, Vol. 25, Issue 2, 1983.

_____. "Content-neutral restrictions". In: *The University of Chicago Law Review*, v. 52, nº 01, 1987.

TAVARES, Juarez. “Anotações aos crimes contra a honra”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 20, vol. 94, jan./fev.-2014.

TSAKYRAKIS, Stravos. “Proportionality: an assault on human rights?”. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, n. 3, 2009.

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

WEINSTEIN, James. “An overview of american free speech doctrine and its application to extreme speech”. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (Eds.). *Extreme speech and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. “Extreme speech, public order, and democracy: lessons from *The Masses*”. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (Eds.). *Extreme Speech and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

WOOD, Julia K. “Truth, lies, and stolen valor: a case for protecting false statements of fact under the first amendment”. In: *Duke Law Journal*, n. 61, 2011.

VITA, Álvaro de. “Sociedade democrática e tolerância liberal”. In: *Novos estudos*, CEBRAP, n. 84, jul/2009.

VOLOKH, Eugene. “Freedom of speech, permissible tailoring, and transcending strict scrutiny”. In: *University of Pennsylvania Law Review*, n. 144, nov./1996.

YOUNG, Iris M. *Inclusion and democracy*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.