

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 14/09/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/33914-incurs-es-sobre-a-liberdade-de-express-o>

Autore: Guilherme Ferreira Silva

Incursões sobre a liberdade de expressão

INCURSÕES SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Guilherme Ferreira Silva¹

Resumo

O presente artigo é resultado de uma investigação acerca da Liberdade De Expressão. Assim, o artigo é a continuação de um outro trabalho que desenvolveu alguns passos sobre os Direitos Humanos, dando aqui mais um passo nesta área. O autor elenca alguns significados e perspectivas para o tema sob o aspecto dogmático e legalista, para em seguida demonstrar sob o viés da Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas a interpretação da Liberdade de Expressão como um direito e, ao mesmo tempo, um instrumento de construção pragmática dos direitos num processo cíclico. A partir dessa interpretação, critica a postura comumente adotada pela doutrina e jurisprudência brasileira de sobrepor os direitos fundamentais sob uma perspectiva não legítima e antidemocrática. Conclui, portanto, pela não regulamentação do discurso material, ou ao menos, não encontrou justificativa necessária para tal ato.

Palavras-Chave: Liberdade de Expressão. Teoria discursiva do direito. Limitações.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é continuação de um estudo acerca dos Direitos Humanos, que partindo já da concepção dos mesmos como um resultado histórico dialético, que inserido numa perspectiva materialista, encontra fundamento, hoje, em

¹ Bacharel em Direito pela PUC-MG. Advogado.

um Estado Democrático de Direito como mecanismo legitimador de reconhecimento intersubjetivo.

Assim, no que tange à justificativa da pesquisa, necessário entender motivadores ligados intimamente ao autor, até mesmo por abandonar a ideia de objetividade nas pesquisas jurídicas.

Desde os tempos do antigo pré-primário lembramos que minha preocupação inicial era com o fato de ser ouvido. Mesmo que no início eu ainda fosse tímido, com grande dificuldade de falar em público, fazia questão de sentir a vergonha tomar-nos conta para exercer meu pequeno direito de ser escutado, na sala de aula, em casa e com os parentes. Na maioria das vezes, nossas palavras resumiam-se a perguntas mirabolantes, realmente estranhas, que poderiam inclusive, se analisado, correr o risco de diagnosticarem alguns problemas cognitivos. Contudo, dona Sandra, como todas as mães, usou da sabedoria intuitiva e preferiu dar asas à minha imaginação e estimular-me pela busca de nossas respostas. Engraçado, algumas vezes as conclusões eram sensatas e a grande maioria dos adultos concordava, em outras, ainda corria o risco de ser considerado louco. Mas, o interessante é que o poder da fala despertava desde cedo uma das minhas maiores paixões: fazer perguntas.

Alguns anos passaram. Como toda criança, perde-se a pureza do método, a linguagem que vai sendo desenvolvida é favorável para que o discurso ganhe interpretação de rebeldia, a Liberdade de Expressão abarca ainda mais valor. O engraçado é que essa liberdade como matéria a ser estudada na Escola Estadual Padre Maria Man, conhecido como Polivalente, começou na disciplina de ciências com Voltaire citando a célebre frase: “Eu posso não concordar com o que você diz, mas defenderei até a morte o direito de dizê-las”. A citação do filósofo foi estudada afim de demonstrar aos alunos como teorias que antes pareciam demoníacas passaram a ser Leis Universais das ciências exatas e, por isso, o iluminismo trouxe consigo o germe da Liberdade de manifestação do pensamento. A evolução da era medieval - idade das trevas, para o cientificismo iluminista.

Um paradoxo: aprendia sobre revoluções históricas, como a francesa e os ideais iluministas, por magisteriais formados em plena ditadura militar, marcada por uma ausência de liberdade de expressão, limitados a dizer somente aquilo que seus mestres concordavam, sendo que qualquer ideia divergente era simplesmente considerada discurso de vagabundos/comunistas. Assim, tais condutas ainda eram repetidas diariamente pelos educadores desta saudosa escola. Era a primeira vez

que compreendíamos a dialética histórica e a tensão social de Marx, bem como a teoria do reconhecimento de Honneth, claro, sem ler ou ouvir tais nomes. A rebeldia era a doutrina, a vontade de expressar parecia natural, mas não era. Havia muitos colegas que preferiam ser considerados disciplinados e bons cumpridores das normas, além do que, minha criação foi baseada no debate, no direito de falar, nem que fosse apenas formalmente válido; fui ensinado a não ser mudo. Por isso algumas dificuldades foram enfrentadas, possível concluir que, visto de fora, foram demasiadas derrotas e humilhações, mas a briga pelo direito de falar era satisfatória. Era a conquista pelo reconhecimento e novas “mini-teses” sendo construídas.

As proporções aumentaram quando o ensino médio recebeu um aluno, como muitos outros, fascinado pela história, e agora, admirador das obras “o que é socialismo?” e “o que é comunismo?” - movido pelas utopias. Não obstante o idealismo e a criação dos pais, ainda havia o momento, que era demasiadamente propício. A escola passava por “mudanças de postura disciplinar”, havia um combate ao desrespeito e à marginalização, devido os baixos índices de avaliação alcançados diante o MEC. Claro, a partir disto, questionar métodos e verdades absolutas era considerado um desrespeito aos sábios professores. O contexto de reformulação da escola também serviu para a formação crítica interna, demonstrar uma personalidade firme e a aproximação com colegas que consideravam o questionamento um dom e não um fardo. Assim, conhecíamos nosso melhor amigo, um jovem revolucionário, Pedro Henrique de Oliveira Carvalho, inteligente em seus discursos, pois sabia usar da ironia como ninguém, enquanto eu, que apenas atacava, recebia mais e mais punições.

O cinismo institucional na E.E Alberto Giovannini era tamanho que Pedro, no papel de presidente do grêmio estudantil, pediu a palavra em reunião dos pais para indagar alguns métodos pedagógicos praticados no colégio. Após sua intervenção, a diretora², frente aos pais, disse que suas palavras eram pertinentes e a escola prezava por essa participação dos alunos, contudo, essa opinião mudou no instante que os genitores foram embora. O entendimento passou a ser no sentido de que aquela conduta era uma afronta a autoridade hierárquica da instituição, e por isso, o aluno foi suspenso três dias em uma medida mal fundamentada, arbitrária, vinda de

² Não mencionaremos o nome da diretora por motivos éticos e, claro, por mais que pareça uma introdução existencial, a importância dos fatos aqui narrados está no papel subjetivo inerente às pesquisas e, em especial, quando tratamos de Direitos Fundamentais palpáveis e presenciados diariamente.

uma pessoa formada em história e que conhecia bem os mecanismos de opressão da consciência adotados há milênios.

Dizem que a rebeldia tende a amenizar-se com o passar dos anos. Não foi diferente, as táticas, estratégias e a forma de entender as lutas cotidianas se modificam. O que ficou foram experiências, sensações, consciência do quanto importante é o expressar. A formação de opinião não é apenas processo de evolução científica, faz parte da construção cognitiva do sujeito para com o mundo. O Direito era o paradoxo encontrado para a busca da libertação interna e da tentativa de mudanças exteriores. Digo paradoxo, pois, ao iniciar o curso, talvez o que menos me atraísse dentre os conceitos superficiais apresentados fossem os Direitos Humanos. Parecia apenas um discurso batido e que tenta fundamentar um sistema capitalista manipulador de sonhos, instrumento controlador das tensões e conflitos sociais. Ao mesmo tempo, o Direito era o meio buscado para conciliar uma profissão que realizaria objetivos ligados ao idealismo já citado.

Como já dito, a concepção de Direito Humanos trabalhada partirá da ideia de que apenas a partir da proteção destes é possível discutir qualquer tema relacionado à justiça e igualdade, ou seja, o Direito em si. Nessa breve história egocêntrica, com a intenção de um dia ser ouvido por curiosos do ramo, o que aqui se percebe é que a Liberdade de Expressão é tema quando há um discurso político censurado na rede nacional de televisões, ou até mesmo quando um aluno qualquer tem suas dúvidas e críticas suprimidas. Mesmo sendo o Estado Democrático de Direito constituído por um texto escrito e formal, deve-se ter a expressão da consciência como um exercício imprescindível para a formação do sujeito, do próprio Estado e do Direito, independente do que a letra seca da Lei vem prescrever. Por isso, a regulamentação do tema tem de ser vista com critérios vastos e que os métodos sejam infinitamente revistos, inclusive esses aqui propostos. Por quê? Porque protegem a própria existência e manutenção dos seres humanos e da sociedade, inclusive crianças espalhadas por vários colégios e ruas dessa nossa vasta nação.

Após a tentativa de justificar o porquê subjetivo do tema escolhido, realizaremos agora uma justificativa metodológica, de marco teórico e os aspectos que serão pontuados no presente trabalho, bem como seu objetivo.

Inicialmente, Trazemos as concepções clássicas da liberdade de expressão para em seguida trazer o marco teórico da teoria discursiva do Direito de Jurgen Habermas defendida por Álvaro Ricardo de Souza Cruz em “Habermas e o Direito

Brasileiro”, além de obras auxiliares sobre o tema. Assim, dentro da teoria proceduralista, buscaremos qualificar da melhor forma a liberdade de expressão na busca da justiça democrática. Para ao fim, junto com a conclusão do pesquisado, realizar críticas à forma moralística que por vezes é tratado tal Direito e suas restrições.

Em especial, o autor pretende deixar claro que a liberdade de expressão não é apenas uma atividade negativa do Estado, ou um bem protegido pelo Direito, mas indo além, é também um mecanismo de construção de um Direito pragmático, é uma das formas de representação da linguagem, meio indissociável de qualquer estudo das ciências sociais aplicadas na contemporaneidade.

Antes de concluir o trabalho, levantam-se hipóteses práticas para argumentar a favor de uma liberdade de expressão ampla em seu conteúdo formal e material por ser inadequada qualquer argumentação moralística dentro do tema, trazendo premissas de cunho material na defesa da possibilidade de discursos que contenham algum teor que possam trazer o choque moral da sociedade.

O objetivo da pesquisa é trazer uma reflexão sobre os Direitos Fundamentais e o papel da Liberdade de Expressão, principalmente quanto as (im)possibilidades de restrições, com destaque para a função da comunicação como formadora da sociedade, inclusive do Direito. Defendemos que, assim como em um passado não muito distante as bruxas foram queimadas por dizerem blasfêmias e políticos foram assassinados por irem de encontro com os interesses nacionais, hoje, temos silenciados discursos por serem considerados ofensivos aos valores morais da sociedade pós-moderna. Debateremos então.

2 Aspectos normativos e dogmáticos da Liberdade de expressão

A liberdade de expressão é classificada como um Direito Fundamental individual³, ou seja, é um direito que o indivíduo tem perante o Estado que, por sua vez, deve-se abster de agir – uma obrigação negativa. Tal classificação decorre de

³ A respeito dos Direitos Individuais e da abstenção do agir estatal, “Os direitos individuais são aqueles que se caracterizam pela autonomia e oponibilidade ao Estado, tendo por base a liberdade-autonomia como atributo da pessoa, relativamente a suas faculdades pessoais e a seus bens.” (CARVALHO, p. 694).

um avanço histórico das chamadas correntes geracionais dos Direitos Humanos. Para melhor entender o raciocínio Liberal dos Direitos Individuais, Maurice Duverger sintetiza de forma clara que “*A Liberdade significa que cada Homem pode pensar, se expressar e trabalhar como ele queira, e a liberdade dos outros é o único limite para a liberdade de cada um*”.⁴

Assim, a liberdade de expressão seria, inicialmente, a possibilidade de se expressar livremente sem a interferência estatal.

A partir de uma análise da evolução da liberdade de expressão percebe-se que tal direito ganha relevância com a construção do pensamento liberal, no qual o livre mercado de ideias, o surgimento do sistema de capital e os novos valores burgueses, marcam o surgimento da modernidade. Ainda, com a criação de um novo método tipográfico inventado por Gutemberg e a liberdade religiosa em questão, a manifestação livre do pensamento aparece como um bem jurídico, sem o qual seria impossível o avanço das ciências iluministas e do capitalismo industrial e mercadológico. Logo, outro ponto sobre a liberdade de expressão que fica evidente é da sua decorrência a partir do rompimento com o teocentrismo, a idade da razão possibilita ao Homem a busca por explicações verificáveis a partir dos experimentos e da refutação, o pensar livremente. Consequentemente, não faria jus tal liberdade sem a possibilidade da externalização do pensamento.

Analizando tal direito fundamental percebe-se que o novo paradigma democrático de direito adotou tanto a liberdade de pensamento como a de expressão como condicionantes para o novo modelo estatal,

Tanto o primeiro (liberdade de pensamento) como o segundo (liberdade de expressão) são direitos constantes da maioria dos ordenamentos constitucionais democráticos e que também encontram eco na normativa internacional, sendo 'conditio sine qua non' do Estado Constitucional e Humanista de Direito. Compõe eles o chamado 'standard democrático', sem o qual o pleno desenvolvimento dos direitos humanos não se realiza. (MAZZUOLI, p. 138)

Em nosso ordenamento jurídico, não diferente dos demais Estados Democráticos, é possível encontrar várias fontes jurídicas que positivaram o progresso histórico, bem como difundiram e dividiram a liberdade de pensamento em outras formas além da liberdade de expressão. Para tanto, ao presente trabalho,

⁴ (DUVERGER *apud* MAGALHÃES, p. 58).

a liberdade de expressão dirige-se às formas de manifestação do pensamento⁵ por meio de atos de comunicação/cognição que não se encaixem em outras modalidades de liberdades como, V.g., a de imprensa.

Assim, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, IV e IX, trouxe a garantia pétreia da Liberdade de Consciência e, não só, mas também, da possibilidade de expressar o que se pensa sem censura e das mais variadas formas de comunicação. Ainda, Consagra o princípio democrático no momento que veda o anonimato como decorrência do direito à resposta – consequentemente a tutela ao debate.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
(...)
IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (BRASIL, 1988)

Quando tratamos da liberdade de expressão como Direito Constitucional, inclusive cláusula pétreia, imprescinde perceber que tal tutela dá-se em decorrência de uma conquista histórica, logo, um valor ético de grande importância à nação, bem como ser um direito que possibilitará a efetivação do regime estatal e seus fundamentos, como a dignidade humana e a democracia plural. Por isso pode-se afirmar que a liberdade de expressão desenvolve vários papéis na sociedade, como o desenvolvimento científico, artístico, cultural, dentre outros⁶, e que a convergência disso tudo resulta na possibilidade de dizer que há de fato um Estado democrático de Direito.

Dessa forma, a liberdade de expressão como tratada no presente trabalho, aquela destinada à liberdade de prestar informações e representar a consciência,

⁵Sobre a liberdade de Consciência: "A liberdade de consciência está intimamente ligada à liberdade de expressão, pois uma depende diretamente da outra. São inseparáveis. Para a livre formação da consciência é necessário que exista liberdade de expressão, pois é através do livre acesso a todas as correntes do pensamento da humanidade que poderá o indivíduo formar livremente a sua consciência filosófica, política ou religiosa." (MAGALHÃES, p. 124), ao ver do autor, a única forma de exercer a razão seria exatamente essa, a possibilidade do pensar e do debate, a livre formação do conhecimento.

⁶ "A liberdade de expressão é de fundamental importância para o desenvolvimento intelectual e cultural da raça humana." (MAGALHÃES, p.115)

não poderá passar por censura, sendo vendada pelo art. 5º, inciso IX, da CF/88, quaisquer restrições.⁷⁸

No âmbito internacional temos a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que, no seu artigo XIX, traz a proteção à Liberdade de expressão como consequência imediata da Liberdade de Consciência. Assim, todo Homem teria o direito de difundir suas ideias livremente, sem qualquer controle prévio e limitação pelo Estado. Não diferente, o Pacto São José da Costa Rica, em seu artigo 13, de forma muito semelhante à Declaração da ONU, também resguarda que os estados pactuantes devem garantir a liberdade de pensamento e de expressão sem censura.

O que se depreende da declaração e do pacto é que, diante as circunstâncias históricas de cada um, a luta pelo reconhecimento dos Direitos Humanos conquista as Liberdades de Consciência e Expressão, como direitos necessários ao ser para seu desenvolvimento digno e para a formação de um Estado Democrático.

Não obstante todo esse arcabouço principiológico que envolve as liberdades aqui tratadas, nosso ordenamento possui mecanismos que estimulam a manifestação do pensamento, como imunidades à cobrança de impostos sobre “livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão” (CF, art. 150, VI, 'd'), bem como encontramos mecanismos que limitam a expressão, como os artigos 139 e 140 do Código Penal e o artigo 20 da Lei 7.716 de 1989. Tais limitadores, em regra, são colocados com a justificação de tutelar direitos subjetivos à honra e à imagem do sujeito passivo, bem como, possibilitar a dignidade da pessoa humana.

Contudo, aquele que é considerado sujeito ativo de tais crimes não estaria diante de um tolhimento de sua dignidade, ao passo que sua impressão sobre o mundo e a consequente externalização ofendeu a honra de um terceiro? A aferição moralística de tais condutas não seria o estabelecimento de uma moral substantiva, como buscou Kant em sua teoria do agir? Para a continuidade da reflexão, necessário entender sobre a função pragmática do discurso.

3 A liberdade de expressão pragmática e a teoria discursiva do direito

⁷ (MAGALHÃES, p.115)

⁸ Diferentemente das liberdade de imprensa, por ex., que estão relacionadas a uma atividade material que a própria Constituição traz diretrizes para regulamentar (art. 220-224, CF/88), evitando inclusive o efeito silenciador que a imprensa pode trazer.

Ao tratar da teoria do reconhecimento intersubjetivo em pesquisa anterior⁹ sustentou-se que este reconhecimento, fundamento dos Direitos Humanos, dá-se nas democracias por meio de um processo dialético no qual as partes são iguais, livres e com possibilidade de ampla defesa nos espaços públicos; a teoria discursiva do direito.

Assim, o debate nas suas mais variadas facetas tem a função de construir direitos e consequentemente os Homens se reconhecem como iguais. Ademais, em um Estado Democrático de Direito, os cidadãos tendem a considerar uma Lei legítima ao passo que sentem-se não só destinatários das normas, mas também seus produtores.¹⁰

Tendo em vista tal pensamento, a democracia ganha uma nova forma. O sistema democrático deixa ter apenas o viés liberal, no qual o espaço público é uma arena de mercados de ideias, que apura a melhor e escolhe conforme a maioria. Destarte, com o advento de uma Constituição plural, a ideia republicana também se mostrou insuficiente por entender que a democracia não é apenas a depuração de uma ética preordenada que necessitava ser revelada, uma vez que tais valores não seriam unos na sociedade. O pluralismo necessita da participação e representação das mais variadas camadas de pensamento, como diz Cattoni,

Portanto, haverá processo sempre onde houver o procedimento realizado-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está justamente na simétrica paridade de participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos. (CATTONI, p. 146).

Considerando essa nova visão da democracia, a sociedade passa a ter uma noção de espaço público horizontal. É possível dizer isso no momento que a Constituição perpassa por todos os âmbitos de atuação do Direito, regulando inclusive matérias consideradas privadas em sua essência como o direito civil e o empresarial. Além da perspectiva horizontal do âmbito público permeando as vidas das pessoas, esse espaço atinge também a aplicação do Direito, tendo aqui um novo debate. A hermenêutica jurídica assume a distinção entre discurso de

⁹ SILVA, Guilherme Ferreira. **Os direitos humanos sob a ótica materialista e proceduralista.** Texto não publicado.

¹⁰CRUZ, 2008.

aplicação¹¹ e discurso de fundamentação, sendo o primeiro no âmbito dos casos concretos e entre as partes, e o segundo, um procedimento democrático existente na criação legislativa.

Como dito, se é pressuposto da legitimidade normativa uma construção com a maior participação dos cidadãos, todos os aspectos acima citados devem convergir aos preceitos de uma democracia. É o Novo viés da Soberania Popular, indo muito além da ideia liberal de Estado, na qual cada ser abdica de parte de sua liberdade e permite ao Estado ter o poder de vincular normas sobre a vida dos Homens. Como dito por Cattoni,

A soberania popular deverá ser vista como poder comunicativo que, ao derivar das interações entre a formação da vontade política institucionalizada e os públicos mobilizados culturalmente da sociedade civil, e mediada juridicamente pelo processo legislativo democrático. (CATTONI, p.117.)

Por isso, pode-se afirmar que a democracia é verificada não só com eleições e representação popular no âmbito legislativo. Este modelo exige que o Estado crie mecanismos diversos para que o cidadão tenha outros instrumentos de participação e possa, na medida em que as condições fáticas permitam, ter a possibilidade de atuar diretamente nas decisões públicas¹².

Consequência do raciocínio aqui exposto é na afirmação de que os objetivos definidos pela república brasileira no texto constitucional, como a dignidade humana e o pluralismo, só podem ser inteiramente abarcados pelo Direito no momento que esse discurso seja efetivado com a participação dos interessados. Seria a demonstração clara que o Homem livre tem a possibilidade de autodeterminação,

E a liberdade humana, no seu sentido constitucional, não se esgota na ausência de impedimentos para a ação do agente, envolvendo também autodeterminação coletiva: o direito de cada um de participar da discussão e da tomada de decisões importantes que o afetam, nos espaços da vida comunitária de que participe. Por isso, entendemos que a construção de uma sociedade ‘livre, justa e solidária’ (art. 3º, inciso I, CF), que tenha como fundamento a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso II e

¹¹ Habermas assim descreve um processo de aplicação: “O Direito Processual não regula os discursos jurídicos normativos enquanto tais, mas assegura nos aspectos temporal, social e material a estrutura institucional que libera o caminho do processo de comunicação governado pela lógica dos discursos de aplicação.” (HABERMAS apud CATTONI, p. 149)

¹² Nesse sentido Sarmento cita Norberto Bobbio, “Em outros termos, quando se quer saber se houve um desenvolvimento da democracia num dado país o certo é procurar perceber se aumentou não o número dos quais têm o direito de participar nas decisões que lhes dizem respeito, mas os espaços nos quais podem exercer este direito.” (SARMENTO, p. 310)

III, CF), exige a democratização das instâncias e instituições privadas, e não apenas do Estado. (SARMENTO, p. 314).

Por isso dizer que a legitimidade da norma está na participação das mais variadas formas, bem como dizer que uma sociedade livre e igualitária deve perfazer por meio democráticos que possibilitem a participação daqueles que sofrerão interferências nas ações estatais e legais. A democracia direta, os plebiscitos, audiências públicas, livros, informativos, a *internet* como espaço de debates, entre outros meios, são instrumentos que imprescindem da liberdade de expressão e são otimizadores da democracia,

Um consenso normativo, formado em condições de participação livre e universal no contexto de um discurso prático, estabelece uma norma válida (ou confirma sua validade). A 'validade' de uma norma moral significa que ela 'merece' o reconhecimento universal em virtude de sua capacidade de, por meio da razão somente, obter o consentimento da vontade daqueles a quem se dirige. O mundo moral que nós – qualidade de pessoas morais – temos de produzir juntos tem um sentido construtivo. Isso explica por que a projeção de um mundo social inclusivo, caracterizado por relações interpessoais ordenadas entre os membros livres e iguais de uma associação que determina a si mesma – uma tradução do Reino dos Fins de Kant –, de fato pode substituir a referência ontológica a um mundo objetivo. (HABERMAS, 2004, p.66).

A conexão dessa fundamentação teórica defendida com a liberdade de expressão não é complexa. Sendo a concepção do mundo um processo intersubjetivo e ao Estado a função de positivar a democracia como meio único da formação dialética da justiça, só com o uso da comunicação é possível aferir as facetas sociais. A liberdade de expressão deixa de ser apenas um direito tutelado que permite o avanço científico, cultural e a livre associação religiosa. A manifestação da consciência ganha instrumentalidade imprescindível para a defesa das mais variadas formas de culturas e pensamentos existentes na sociedade.

Manifestar-se não é apenas uma perspectiva individual que tende a proteger o indivíduo em sua esfera privada, mas a tutelá-lo em seus direitos políticos. Por direitos políticos não se deve ter a ideia restrita de apoiar determinada corrente de pensamento ou utilizar do voto universal para a escolha dos representantes, muito além, o ser deve se manifestar para a construção pragmática de um direito que atente para os direitos humanos. A vontade do Estado não poderá ser um bem maior, comum, mas amparar todos os cidadãos nos seus direitos mínimos. As diferenças são marcas deste novo processo, e a liberdade de expressão é

mecanismo único a possibilitar a construção de direitos que sejam também multifacetados.

A teoria discursiva do Direito funda-se em uma moral pós-convencional, que por sua vez está relacionada a um posicionamento de moral a partir de posições críticas de conhecimento. Como apontado por Kohlberg, uma sociedade madura recebe as normas de condutas sob um posicionamento crítico e dialético que deve ser respaldado pela razão, não cabendo apenas argumentos metafísicos não justificáveis¹³.

Dessa forma Habermas fundamenta sua teoria do Direito entre argumentos em que a moral é apenas um deles. Por isso, diz-se que o Direito é o *medium* na tensão existente entre a facticidade e a moral, por entender que a legitimidade jurídica está no processo dialógico das argumentações nos provimentos estatais.

É de suma importância, portanto, entender que a sociedade plural não permite uma ética material universal (ética substantiva). Os Direitos Humanos como conquista da sociedade são um marco para a proceduralização do processo de construção cotidiano dos valores existentes no arcabouço jurídico, não se admitindo um sentido único de valores¹⁴, mas, ao contrário, é obrigação do Direito buscar a inclusão material de todos, exatamente por isso não há que se falar em ética material,

O proceduralismo discursivo descarta qualquer a priori ou ética material, que se imponha de fora ao discurso, alardeando que a adoção de princípios substantivos ou concretos levariam à hipostasia da própria ética. (SAMPAIO, p.112)

A afirmação acima é decorrência de demonstrações singelas, como, quem haveria de dizer se determinada obra é necessária ao desenvolvimento de uma determinada sociedade. Ainda, indaga-se quem há de dizer que uma determinada

¹³ (STIGERT, p.24).

¹⁴ Para não restar dúvidas, frisamos que o conhecimento dá-se por um processo dialético de formação e reformulação constante, portanto, o que neste momento é justo e inicialmente indiscutível poderá sofrer questionamentos amanhã que poderão ser ignorados ou reformular a noção de justo. Assim são os valores éticos, por isso a inadmissibilidade de uma única vertente de valores, a linguagem é indispensável para a construção ininterrupta de conceitos como bom e mal, certo e errado por compreender essa perspectiva de formação do conhecimento não descriptivo. Com Habermas, “E, dependendo das linguagens teóricas que escolhemos, pode haver descrições diferentes – capazes de se referir, porém, às mesmas coisas. Assim, o mundo não deve ser concebido como a totalidade dos fatos dependentes da linguagem, mas como a totalidade dos objetos.” (HABERMAS, p. 58)

palavra ofende aos bons costumes, ou à honra dos indivíduos¹⁵. A construção moralística dos conceitos de justo e de correto corre o sério risco de atentar para uma moral majoritária, mas que isola o cidadão da participação e do exercício político social.

Portanto, o pensamento clássico, ainda que liberal, de Voltaire¹⁶ ganha roupagem contemporânea quando percebe-se que o cidadão deve ter o direito de transmitir suas ideias mesmo que inicialmente sejam consideradas absurdas, é o direito de expressão da consciência, que posteriormente deve ser verificada por meio de um processo democrático que terá como objetivo depurar – por meio dos Direitos Fundamentais – se tal discurso deve ou não ganhar materialidade no universo jurídico.

Assim, sem adentrar no debate sobre a teoria dos princípios – entre teoria imanente ou de mandamentos de otimização, partimos da ideia de direitos como sempre obrigatórios, mas não absolutos¹⁷, até por perceber que há sempre conflitos normativos em que uma técnica hermenêutica deverá ser utilizada, devendo o aplicador do direito escolher por aquela que considerar mais justa. Contudo, reafirmamos que a liberdade de expressão, mesmo não sendo absoluta, não encontra respaldo jurídico para sua restrição, caso contrário estariamos estabelecendo uma ética material universal que exclui, ao menos parcialmente, o indivíduo que nela não se enquadra. A utilização do discurso de forma diversa da pragmática cairia em sérios vícios falaciosos que comprometeriam a democracia, tentaremos demonstrar no próximo capítulo.

¹⁵As palavras de José Luiz Quadros Magalhães servem como ilustração do que o autor pretende demonstrar: “não é o Estado quem deve dizer qual programação ou programas que se adaptam aos valores éticos e morais, uma vez que ele não sabe e não pode saber quais são os valores para cada pessoa, cada família, cada comunidade.” (MAGALHÃES, p. 119)

¹⁶“O pensador francês Voltaire, que foi um dos principais personagens do Iluminismo, disse uma frase que resume bem esse espírito em favor da liberdade de expressão. Disse ele: 'Posso não concordar com nenhuma das palavras que dizeis, mas defenderei até a morte teu direito de dizê-las'” (MARTELSTEIN, p. 43)

¹⁷Quanto aos limites aos Direitos Fundamentais, Kildare Gonçalves de Carvalho afirma que “Não existe direito absoluto, entendido como o direito sempre obrigatório, sejam quais forem as consequências. Assim, os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados.” (CARVALHO, p. 686). Compreendemos as afirmações do constitucionalista, não é possível crer na efetivação de todos os direitos como ilimitados e absolutos, tanto pelo fato da limitação de recursos materiais, e a própria limitação que o constituinte por vezes positivou, quanto pelo processo de colisão hermenêutica entre os princípios. Contudo devemos nos atentar ao código binário do Direito, em que a segurança jurídica exige uma resposta adequada, além da necessidade de fazer valer o máximo possível dos direitos fundamentais, ainda que existente a reserva do possível, entendemos que na atual hermenêutica constitucional o Estado deve planejar sua gestão afim de garantir a efetivação dos Direitos Humanos, inclusive utilizando de uma proceduralização inclusiva que possibilite o reconhecimento intersubjetivo.

Para melhor entender a função pragmática, retomemos a motivação histórica da positivação do direito à liberdade de manifestação do pensamento no art. 5º, IV, da CF/88. Tem-se que a evolução dos direitos fundamentais nos mostrou que a opressão ao discurso levou a sociedade ocidental às margens da escuridão por séculos na idade média. A impossibilidade de contestar deu à igreja e ao Estado o controle ideológico e, consequentemente, material das condições de controle social da época.

Assim a possibilidade de expressar não é apenas o direito de descrever uma verdade, mas de questionar conceitos tidos como verdadeiros, buscar reconhecimento, participar de um processo discursivo de reconhecimento a partir da fala e escuta. Ciente desse processo de reconhecimento e de debate, o constituinte vedava o anonimato, para que o direito de resposta seja efetivado. Ainda, nesse raciocínio, pode-se entender que o direito de participar do debate deve ser garantido a todos os envolvidos.

Só assim tal liberdade pode ser efetivada e concebida. Não só como um limite do Estado¹⁸ de não intervir, mas com ações positivas que garantam o agir comunicativo.

Por isso a exigência de um processo amplo de debate que tenha garantido a todos a inclusão por meio de um processo que permita o exercício do *status social*, como defendido por Nancy Fraser.¹⁹ A Liberdade de Expressão não pode ser encarada simplesmente como um valor²⁰, mas como um instrumento que possibilita o exercício da racionalidade humana. Não há como falar em democracia sem a igualdade de participação discursiva,

A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode

¹⁸ A respeito, “Enquanto alguns se voltaram para o Estado como um mecanismo de restrição ao poder de monopólio -, como um mecanismo para aperfeiçoar o mercado – outros tiveram um propósito político ou constitucional mais amplo em mente: preencher as condições do autogoverno democrático.” (FISS, p. 103)

¹⁹ MEIRELLES e SILVA, 2011.

²⁰ A relação entre a impossibilidade de vermos a liberdade de expressão como valor e o contraditório como mecanismo de ouvir dos cidadãos é explicitado por Silva, “Esse contraditório conduz a reconhecimento expresso da dignidade da pessoa humana como núcleo essencial da República, e consequentemente, à existência do pluralismo político, que propicia a não imposição de qualquer tese, dogma, religião, ‘verdade’, de compreensão do mundo e da vida, de um lado, e a total disposição de que essas mesmas ideias possam ser difundidas, e em havendo algum dissenso entre os indivíduos, que se possa atingir o consenso sobre a discussão desses valores, através do discurso dialógico”. (SILVA, 2000, p.56)

ser reconstruída passo a passo.” [...] “Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário. (HABERMAS, 2003, p. 158).

Essa mistura apontada por Habermas, ao ver do autor, é motivador para compreender a liberdade de expressão sob a ótica exposta neste subitem, qual seja, se a liberdade de expressão é instrumento para a realização do debate e a perspectiva do discurso em uma sociedade multifacetada²¹ impede uma ética substantiva, como seria possível o legislador e, principalmente, o aplicador do Direito implicar limites materiais à Liberdade de manifestação do pensamento²²?

4. CRÍTICAS AO LIMITE MATERIAL DO DISCURSO

Ao analisar termos, concepções, conceitos, e demais assuntos ligados ao Estado Democrático de Direito compreendemos que a fenomenologia da democracia é contínua, um conceito aberto, que desvinculado da prática não faz sentido. Neste contexto, não parece plausível vê-la como uma santa imaculada intocável, que não pode ter discutida sua divindade e suas formas de atuação, como, por vezes, vem acontecendo. Pelo contrário, imprescindível que a democracia evolua de mãos dadas com os anseios sociais e a complexidade da sociedade pós-moderna. A democracia deve pressupor o exercício da razão humana, da predisposição em dar e receber ouvidos, da necessidade de um procedimento democrático para se ter democracia. É nessa perspectiva que a linguagem toma relevo nas relações sociais e na atual formação do Direito no Estado.

²¹ “Cabe à ética do discurso provar que a necessária dinâmica de ‘cada qual ver o que o outro vê’ está embutida nos pressupostos pragmáticos do próprio discurso prático.” (HABERMAS, 2004, p. 67)

²² Habermas fala da ampliação dos direitos individuais como mecanismo de reconhecimento, crendo que só a partir dele é possível que as pessoas dialoguem e possam se reconhecer numa determinada cultura social, “Em determinadas situações, devemos portanto ampliar o âmbito dos direitos civis para que inclua também os direitos culturais. Esses são direitos que garantam igualmente a todos e a cada um dos cidadãos o acesso a uma tradição e à participação nas comunidades culturais de sua escolha, para que possam estabelecer sua identidade. Essa ampliação diz respeito óbvio, leva em si o perigo intrínseco da fragmentação [...] e penso que isso só pode ser permitido sob a condição de que todos os cidadãos possam se reconhecer numa única cultura política que transcenda as fronteiras de suas diversas subculturas.” (HABERMAS, 2004, p. 35-36).

A linguagem²³ como processo de construção da realidade, derrubando assim a idéia de descrição da verdade, é o *medium* entre o fato e o resultado jurídico que os prescrevem, é instrumento da democracia e ao mesmo tempo um direito por ela tutelado. Não cabem mais idéias naturalistas, como se o conhecimento fosse um presente de deus, mas necessário entender que a busca do reconhecimento de direitos acarretou na realização de decisões coletivas, no almejo de decisões sociais que impactassem o menos negativo possível, uma vez que, no momento em que o Estado adentra na vida dos cidadãos, por meio das Leis, provavelmente haverá ônus para os agentes sociais.

Pensa-se que a Liberdade de Expressão preencheu grande parte dessa busca. Ao passo que ela não é apenas um direito subjetivo de cada indivíduo, mas instrumento de realização da Democracia, que sem o seu exercício não seria possível nem pensarmos na existência da democracia²⁴. Assim, quando limitamos a comunicação dos sujeitos sociais, de qualquer forma que seja, estamos infringindo a base democrática. Por isso, quando Apel e Habermas citam as condições ideais de fala e escuta²⁵, não estão apenas idealizando um processo comunicativo, estão a dizer que sempre que tais pressupostos não forem alcançados, haverá um vício na própria concepção da democracia, uma legitimidade fraca nas ações estatais.

²³ “Se os significados ‘não estão na cabeça’, como quer Putnam, só a linguagem pode ser o veículo intersubjetivo pelo qual esses significados tomam corpo.” (HABERMAS, 2004 p. 45)

²⁴A aporia apresentada por Voltaire é muito bem utilizada para perceber tal concepção, “Boldmind: _ Se os primeiros cristãos não tivessem a liberdade de pensar, não é verdade que não existiria cristianismo? Medroso: _ Que quereis dizer? Não vos entendo. Boldmind: _ Acredito. Quero dizer que se Tibério e os primeiros imperadores dispuserem de dominicanos que houvessem impedido os primeiros cristãos de usar penas e tinta; se durante tanto tempo não tivesse sido permitido pensar livremente no império romano, tornar-se-ia impossível aos cristãos estabelecer os seus dogmas. Portanto, se o cristianismo só se formou pela liberdade de pensamento, por que contradição, por que injustiça desejaria aniquilar hoje essa liberdade sobre a qual está fundado? (...) Boldmind: _ A vós apenas cabe aprender a pensar; haveis nascido com espírito; sois uma ave na gaiola da Inquisição; O Santo Ofício aparou-vos as asas mas elas podem voltar a crescer. Quem não sabe geometria, pode aprendê-la; qualquer homem pode instruir-se: é vergonhoso que se deposite a alma nas mãos daqueles aos quais não se confiaria o dinheiro. Ousai pensar por vós mesmos. Medroso: _ há quem diga que, se toda a gente pensasse por si, a confusão seria prodigiosa. Boldmind: _ Pelo contrário. Quando assistimos a um espetáculo, cada qual dá livremente a sua opinião e a paz não é perturbada; se, porém, alguém insolente, protetor de algum mau poeta, quiser forçar todas as pessoas de gosto a considerarem bom o que lhe parece mau, os dois partidos podem acabar alvejando-se com maçãs, como já aconteceu uma vez em Londres. São entes tiranos dos espíritos que causaram parte das desgraças do mundo. Na Inglaterra, só somos felizes desde que cada qual goze livremente do direito de exprimir sua opinião.” (VOLTAIRE, p.246).

²⁵Para Álvaro Ricardo, as condições ideais de fala e escuta são: “a) Igualdade de chance no emprego dos atos de fala comunicativos por todos os possíveis participantes do discurso, incluindo aqui o direito de proceder a interpretações, fazer asserções e pedir explicações de detalhamentos sobre a proposição, dissentir, bem como de empregar atos de fala regulativos; b) Capacidade dos participantes de expressar ideias, intenções e intuições pessoais.” (CRUZ, 2008, p.94).

Portanto, o trabalho trará dúvidas teóricas que surgem a partir da releitura dos conceitos com que a Liberdade de Expressão é compreendida em grande parte da doutrina atual quando o assunto é regulamentação e restrição, bem como de pensamentos existentes na decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal – o HC 42.424²⁶.

Contudo, por questões de recorte epistemológico que o trabalho exige, não será colocado em tópicos, especificando todos os argumentos ou a sistemática trazida por cada autor. Ao invés, serão dissertados motivos que foram encontrados para não se aceitar os argumentos até então demonstrados como fundamentos para a restrição da manifestação do pensamento.

Inicialmente, os autores definem que a liberdade de expressão não deve sofrer censuras. Porém, ao reafirmarem um entendimento de princípios constitucionais como relativos, excetuam que a partir do momento que a manifestação do pensamento atinge a dignidade humana, ou qualquer outro direito fundamental, o aplicador do Direito deverá avaliar o caso concreto. Nessa perspectiva, a regra da proporcionalidade é quase sempre mencionada.

Entretanto, *data venia* a todos os trabalhos mencionados até aqui, mas admitir a ponderação de valores, ou o sobrepesamento de alguns princípios sobre os outros, como se a Constituição estabelecesse uma ordem de valores entre os mais e os menos importantes, ou ainda, como pressupôs Kant²⁷ na *metafísica dos costumes* com um raciocínio de moral universal, parece ser insuficiente para uma sociedade multifacetada. Como dito por Kohlberg, crer nestas premissas e aplicá-las é submeter a sociedade às fases 3 e 4 de sua qualificação do que é moral,

A ponderação de valores reelabora o pensamento de Aristóteles ao trabalhar no campo de uma moralidade ainda convencional, ou seja, nos estágios 3 e 4 de Kohlberg. A distinção entre a moralidade convencional, pautada em valores sociais, emergidos historicamente de tradições culturais, lingüísticas e religiosas, e a moralidade pós-convencional, aspecto procedural de valores, que filtra por meio da reciprocidade somente valores absolutos e universais, é essencial para a compreensão da crítica à ponderação de Alexy (Teoria da Argumentação). (CRUZ, 2008, p. 146-147)

Assim, para os autores que admitem ponderar a Liberdade de Expressão com outros direitos fundamentais afirmam que discursos com conteúdo ofensivos teriam

²⁶ Como por exemplo: “O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestação de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”. (HC 82424-RS). Eis aqui o judiciário estabelecendo o que é imoral à sociedade. Pautados em que legitimidade democrática?

²⁷ GIBSON, p. 27.

o efeito de afetar bens juridicamente protegidos do indivíduo. Como menciona Renata Silveira, ao tratar do efeito silenciador, sobre o discurso com teor ofensivo a determinado grupo de pessoas,

De fato, manifestações deste teor, possuindo formas e conteúdo de hate speech e intimidação pública, desencadeiam um silencing effect, efeito silenciador do discurso, pois, mediante ódio e ameaça, têm a propensão de calar o destinatário, fazendo-o recuar da esfera pública. (SILVEIRA, p.46).

Contudo, a conclusão da autora deve ser contraposta com o entendimento trazido acerca da teoria do reconhecimento e diante de uma análise histórica. A partir da teoria do reconhecimento intersubjetivo feita por Axel Honneth quando afirma que os Direitos Fundamentais nascem no instante que determinada pessoa, ou classe, sente-se inferiorizada a outra e busca o reconhecimento identitário. Ainda, acrescentando à sua teoria, Fraser traz a lume outra perspectiva na qual, além da busca por identidade, ao sentir-se subjugado por uma classe dominante o oprimido procura alcançar *status social* de participação, momento este em que haveria a conquista de direitos.

Assim, ao ser atingido em sua dignidade subjetiva, o sujeito de direito buscaria formas de participar do discurso, ou ainda por outros meios de conquistas da tutela jurídica, inflando o espaço democrático²⁸. Dessa forma o discurso realmente atingiria o seu papel pragmático, de instrumento para o reconhecimento a partir de uma ordem discursiva.

Não obstante, se analisarmos as conquistas dos direitos como da libertação dos escravos, da liberdade religiosa, da igualdade de gêneros, dentre outros, só foi possível um avanço no momento em que os discursos deixaram de ser velados, mas ao contrário, viraram temas de debates pela sociedade por meio de ações que romperam paradigmas vigentes à época²⁹. A necessidade de confrontar as ideias, por mais irracional que um argumento pareça, é a demonstração de que a razão pode vencer por si, sem a necessidade de um Estado que pré-condicione o melhor argumento, mas apenas dê a possibilidade de se argumentar.

²⁸Habermas também afirma que só no momento em que temos ciência das diferenças e participamos dos debates sem mascarar os interesses individuais de casa indivíduo é que tem-se a possibilidade de buscar o consenso: “É só na qualidade de participantes de um diálogo abrangente e voltado para o consenso que somos chamados a exercer a virtude cognitiva da empatia em relação às nossas diferenças recíprocas na percepção de uma mesma situação.” (HABERMAS, 2004, p. 10).

²⁹“All great truths begin as blasphemies. - Todas as grandes verdades começaram por ser blasfêmias.” (SHAW, p. 287).

É com base no pressuposto de que em um Estado plural todo Homem deve ter a possibilidade de ser autônomo é que se entende ser imprescindível o debate, pois, como explicitado por Nancy Fraser, algumas medidas super protetivas do Estado tenderiam a isolar socialmente um determinado grupo, dando-os o status de hipossuficientes em circunstâncias das quais não o são. Portanto, essas tutelas teriam um efeito perverso de fomentar ainda mais os preconceitos e o ódio existentes às diferenças.

Assim, para a autora norte americana, a função do Direito não é escolher uma moral a ser protegida, mas estabelecer parâmetros dos quais permitam o debate e a redistribuição de direitos concretos. Quer dizer que, o Direito deve garantir a inclusão daqueles que têm menos poderes econômicos, jurídicos ou sociais aos debates de forma a possibilitar uma igualdade material, o que ela denomina de igualdade de *status social*.

Sob este viés de valoração entre um princípio e outro, inclusive, vê-se incoerência na regulamentação da Liberdade de pensamento. Por exemplo, qual direito seria mais importante, o da livre associação a partidos políticos independente da sua denominação e corrente ideológica ou a preservação do Estado Democrático de Direito? Pois bem, é sabido que os partidos socialistas/comunistas pregam pela extinção do modelo estatal vigente, até mesmo por acreditarem que uma economia de mercado não pode sustentar direitos sociais que deem igualdade material a todos. Dessa forma, a conclusão seria no sentido de se vetar os discursos que iriam de encontro ao modelo adotado pela Constituição. A contrário senso o STF já decidiu, “*O fato de alguém partidário ou não simpatizante do credo comunista não constitui crime, pois a liberdade de pensamento é garantida por preceito constitucional*” (apelação criminal nº 1509 – rel. Min. Edgard Costa).

Não estamos a criticar a postura adotada nesta decisão, mas trazer ao debate críticas à incompatibilidade da postura do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, em determinados momentos a Liberdade de Expressão é submetida a certos direitos, enquanto em outros momentos ela prevalece sob uma mera argumentação de valores, que em regra, dá-se em consonância com as experiências de vida dos julgadores.

Além desse posicionamento, a conclusão do presente trabalho encontrou em Habermas mais uma justificação. Tendo como base a teoria do reconhecimento e, em especial, as premissas da teoria discursiva, não seria possível ao Estado

determinar o conteúdo material do que pode ou não ser dito sem que isso interfira no Direito de realizar uma política plural e democrática,

A política não pode ser assimilada a um processo hermenêutico de auto-explicação de uma forma de vida compartilhada ou de uma identidade coletiva. (HABERMAS, 2003, p.111).

No trecho acima demonstra-se uma ruptura do modelo republicano tradicional. A função da política como reveladora de valores éticos únicos em uma determinada sociedade não são mais aceitos. Incompatíveis com um modelo plural e dialético de construção da linguagem. Por isso, não é possível aceitar uma verdade prévia, que teria, inclusive, o poder de vetar um discurso por seu conteúdo, pois estariamos valorando negativamente uma moral diante de outra, estabelecendo que um padrão ético não possa nem ser representado.

É o resultado imediato do Texto constitucional quando cita no preâmbulo e no art. 1º, V, que a sociedade é plural³⁰. Assim, adota a nossa ordem jurídica tal princípio que defendido por Habermas como reflexo da sociedade pós-moderna e necessário para a busca da legitimidade,

Uma espécie de pluralismo interpretativo afeta a visão do mundo e a autocomprensão, bem como a percepção dos valores e dos interesses de pessoas cuja história individual tem suas raízes em determinadas tradições e formas de vida e é por elas moldada. (HABERMAS, 2004, p. 9).

Ainda, como citado a cima, em virtude deste pluralismo e da efetividade da teoria discursiva do direito, o discurso não pode suportar limitações materiais, uma vez que não se presumem verdades *a priori*, mas apenas uma regulamentação procedural do debate.

Habermas acredita que a legitimidade de qualquer deliberação normativa só pode ser checada em face das condições ideais de fala, pressupostos à comunicação, distinguindo, com isso, um consenso racional de um pseudo-consenso. Logo, o critério de legitimidade do discurso se restringiria ao procedimento, afastando-se, pois, de qualquer noção de conteúdo a priori. (CRUZ, 2008, p. 93).

³⁰ Como consequência imediata do pluralismo, que vem retificar todo o posicionamento aqui explanado: “Optar por uma sociedade pluralista, neste modo, significa acolher ‘uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos’, cujo caráter plural se traduz, no pluralismo das opiniões entre os cidadãos, a liberdade de reunião, de associação, o pluralismo dos partidos políticos, pluralidade ideológica, enfim, significa reconhecer o direito do homem pertencer a todas as comunidades de ordem moral, cultural, espiritual, intelectual, que permitem o desenvolvimento da pessoa.” (SILVA, p. 55)

O raciocínio a partir da moral pós-convencional de Kohlberg acredita ser necessário ao Direito possibilizar a construção dos valores sociais. Os cidadãos atingiriam tal nível de moral a partir do momento que têm maior nível crítico e de instrução para poder refutar a ideia de um outro agente social, assim, por meio desse discurso, racionalmente é atingido um consenso, ou ainda que não o alcancem, poderíamos estabelecer pontos suficientes para serem representados pelo Estado. Repare que Habermas³¹, afirma que o processo de formação e verificação de validade de normas não dá nenhuma orientação conteudística!

O Direito não pode se submeter à Moral, mas estão numa relação de complementação na qual a Moral é um dos discursos que serão depurados diante vários outros, como os políticos, econômicos, sociais, religiosos. Desta forma o Direito não se esvazia do discurso ético/moral, mas reconhece a variedade deles ao passo que não se inclina, mas depura os discursos moralísticos, conforme dissertação de Stigert,

Uma ordem jurídica só encontra legitimidade quando não contrariar princípios morais; pois, através dos componentes de legitimidade da validade jurídica (legitimidade pelo procedimento), o Direito adquire uma relação nova com a Moral. Esta relação não corrobora na subordinação do primeiro à segunda, no sentido de uma hierarquia ou superposição do primeiro à segunda, no sentido de uma hierarquia ou superposição de normas. A Moral autônoma e o Direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se agora, numa relação de complementaridade. A faticidade/coercitividade do Direito produz uma integração social que a Moral sozinha seria incapaz de promover e sustentar. (STIGERT, p.26).

Não é demais repetir, deve-se ter em mente que o controle ao conteúdo do discurso atenta contra preceitos lógicos de um Estado Democrático que deverá fomentar o debate e a participação no espaço público de todos cidadãos. Desta forma, impedirmos que um determinado sujeito manifeste seu pensamento, além de subjugá-lo à uma moral que não a sua, não encontra justificativa, vez que o discurso

³¹ Em nota de nº 23 Álvaro Ricardo traz as palavras de Habermas: “A ética do Discurso não dá nenhuma orientação conteudística, mas sim, um procedimento rico de pressupostos, que deve garantir a imparcialidade da formação do juízo. O discurso prático é um processo, não para a produção de normas justificadas, mas para o exame da validade de normas consideradas hipoteticamente. [...] Pois, é possível depreender do processo discursivo as operações que Kohlberg exige para juízos morais no plano pós-convencional: a completa reversibilidade dos pontos de vista a partir dos quais os participantes apresentam seus argumentos; a universalidade, no sentido de uma inclusão de todos os concernidos; finalmente, a reciprocidade do reconhecimento igual das pretensões de cada participante por todos os demais (Habermas, Consciência moral e agir comunicativo, PP. 148-149).” (HABERMAS apud CRUZ, 2008, p. 93)

só poderá ser interpretado como incondizente com o arcabouço jurídico existente se for dito, e por isso, impassível de punição. Assim como é uma contradição jurídica punir a morte com a morte, também será a intolerância contra a expressão de um pensamento intolerante³². O Direito não tem tal condão, mas sim a depuração em um processo material dessa intolerância, assim como faz quando impede a discriminação de por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional ao ter acesso em lugares, empregos, estabelecimentos comerciais, clubes dentre outros. Aqui, não se aplica sanção por ter um ódio, ou um preconceito puro, mas à exclusão de determinados grupos historicamente suprimidos.

Por último, cumpre esclarecer que, para o autor, a diferença encontrada nos preceitos da Liberdade de Expressão que impossibilitam restrições está no seu caráter pragmático e na possibilidade que ele seja exercido sem que haja dano real a outros Direitos Fundamentais. Argumento comumente utilizado é no sentido de que a Liberdade de manifestação do pensamento exercida com excessos atingiria direitos subjetivos como a honra e os costumes dos cidadãos. Ocorre que, o risco da democracia é encontrarmos dissidentes de pensamento e opinião, contudo, se um indivíduo pensa que a sociedade deve tomar o rumo para um determinado sentido, e o outro entende que a sociedade deveria ir em sentido contrário, desde que nenhum dos posicionamentos sejam diversos com os Direitos Fundamentais, todos devem ter suas ideias representadas nas tomadas de decisões estatais. O que não deve ser confundido com a hipótese errônea que, ainda que uma manifestação seja no sentido contrário aos Direitos Humanos, deve ser vetado o direito de expressá-la.

Só com o debate é possível acabarmos com as ignorâncias, preconceitos e ideias retrogradas, só no momento que houver um processo educacional que permita a inclusão de todos.

O que depreende-se é que no passado os cientistas³³ foram queimados como bruxos sob o fundamento de suas ideias serem contrárias à ideologia cristã vigente,

Basta dizer que o Tribunal da Santa Inquisição foi restabelecido pela Igreja Católica em 1542 justamente para acabar com os 'hereges', que tinham a

³²Não pode-se depreender lógica na seguinte afirmação “O ordenamento Constitucional brasileiro não tolera a intolerância” (MARMELSTEIN, p. 113). Como podemos ser intolerantes com os intolerantes e, consequentemente, os punir juridicamente? Perderíamos a legitimidade de punir?

³³Os exemplos mais conhecidos da história são de Copérnico e Galileu, como destacado por Marmelstein, “Quem não se recorda das perseguições sofridas por Copérnico e Galileu, ao longo dos séculos XVI e XVII, por defenderem que a Terra gira em torno do Sol e não o contrário?” (MARMELSTEIN, p. 42).

ousadia de questionar a fé imposta pelo soberano e pela igreja.
(MARMELSTEIN, p. 42)

E, se analisado com o Direito e os costumes vigentes à época, tais atos foram justos e legítimos. Ou seja, hoje, quando encontramos um discurso que pareça ofender até mesmo aos princípios jurídicos, com base em um estado plural e democrático, com fundamento em todo já exposto, a decisão correta estaria na possibilidade da fala e escuta de todos os discursos, o que não significa que todos devam tomar concretude no espaço das ações materiais³⁴.

5. CONCLUSÃO

Já prevendo algumas críticas, e diante dos discursos recorrentes no âmbito acadêmico, é necessário refutar algumas ideias moralistas, ou para quem prefere a terminologia, jusnaturalistas. Ainda que toda teoria tenha a possibilidade de sistematizar e dividir em tantas partes as quais ficam quase impossíveis para a razão prática explicar todas suas premissas bases, não é cabível crer que existam Direitos inerentes ao Homem, como se fossem postos por uma força divina, ou natural (tal termo também não remeteria à uma crença inexplicável?), na qual o ser humano sempre terá tais prerrogativas sendo necessário apenas buscá-las. Não, tais argumentos não se sustentam, por mais que em certos momentos seja confortante ter uma explicação para aquilo que nossas mentes ainda não expandiram (ou interiorizaram) suficientemente para compreender.

Assim, como o trabalho teve o foco central em uma liberdade, a de expressão, e por mais que no trabalho defende-se uma proteção mais ampla possível, essa defesa não pode ser feita em argumentos não debatíveis, pois assim, estaríamos indo de encontro à nossa própria argumentação, fechando o discurso e considerando que os pontos de vistas levantados são verdades substantivas e únicas. Ao contrário, até mesmo as ideias aqui defendidas serão sempre questionadas, principalmente pelo autor que as escolheu, para não correr o risco de

³⁴ “Os discursos são como máquinas de lavar: filtram aquilo que é racionalmente aceitável para todos. Separam as crenças questionáveis e desqualificadas daquelas que, por um certo tempo, recebem licença para voltar ao status de conhecimento não-problemático” (HABERMAS, 2004 p. 63).

ser extremista e irracional, sendo necessário estar-se convicto de algo (por mais que seja sempre temporário) para realmente levantar a voz em tal sentido.

Assim, tendo nas discussões jurídicas momentos que deparamos com situações nas quais haveria aparentemente duas respostas corretas (ou nenhuma), ainda sim, uma solução deve ser apresentada e aplicada aos casos concretos. Sem adentrarmos nas teorias de conflitos principiológicos, optamos por uma análise sistemática do Direito e, nesse viés, como sempre citada, a teoria discursiva do direito como mecanismo de reconhecimento intersubjetivo apresenta propostas que o sistema jurídico deixa de ser apenas um conjunto normativo. O Direito passa a ser um legitimador de normas de condutas sociais que permite que Homens se reconheçam como iguais e livres, e é nessa perspectiva que busca-se a resposta correta.

Ora, nesse árduo caminho visualizamos o já debatido pelo STF e em alguns casos e por algumas dispositivos normativos, a liberdade de expressão limitada sob a argumentação de infringir outros direitos subjetivos do indivíduo. Discordamos da base argumentativa que nos é apresentada em toda doutrina pesquisada. Não que seja impossível a limitação à liberdade de manifestar o pensamento, mas o grande cerne da questão é que não foram encontradas justificativas legítimas para tal limitação.

Não podemos retroceder aos tempos antidemocráticos, nos quais o discurso era bem ou mal em conformidade com a interpretação teológico da cúpula religiosa, muito menos aos Estados Totalitários onde a verdade estatal era aquela preconizada pela personalidade do Rei. A caça às bruxas não pode voltar. O que sonhamos e lutamos diariamente com a democracia é um processo no qual a razão vença, pois, se assim não for, não haverá diferença entre o Direito e a força de um tirano. Não há como dizer que um pensamento infrinja os direitos humanos se não ouvirmos tal pensamento.

Enclausrar o preconceito ou ideias consideradas como bárbaras não tem a eficácia de acabar com as mesmas, mas ao contrário, vemos nisso uma possibilidade de fomento, de distância, de manutenção do ódio. Permitir que hoje o debate sobre a união homoafetiva seja realizado não faz com que os não adeptos sejam considerados desumanos, mas demonstra que a razão ainda não conseguiu prescrutar todos com a concepção de igualdade entre cidadãos. O pensamento preconceituoso existe contra afrodescendentes e judeus, por exemplo, existe e se

não for possível um debate entre os mais variados pontos de vistas não será possível atingirmos a alteridade necessária para a manutenção do Ser, mas ao contrário, continuaremos em polos extremos e velados.

Se não for na base da argumentação que tais mudanças forem ocorrer, a sociedade estará a mercê de duas hipóteses, ou guerras contínuas ou a ditadura de uma moral preestabelecida pelo Estado através de seus poderes. Não desejamos navegar sobre tais marés, esperamos que o debate seja o combustível a impulsionar nossa democracia. Só com a Liberdade poderemos dizer que somos racionais, pois temos a possibilidade de escolher entre o bem e o mal, ainda que eles não existam. Necessitamos que as crianças espalhadas por este Estado tenham a possibilidade de pensar autonomamente e não terem sufocadas todas as grandes dúvidas da sua existência.

ABSTRACT

This article is the result of an investigation concerning the Freedom of Expression. Thus, the article is the continuation of another work he has done some steps on Human Rights, giving here a further step in this area. The author lists some meanings and perspectives to the topic under the aspect dogmatic and legalistic, then to demonstrate under the bias of the Law Discourse Theory of Jürgen Habermas's interpretation of freedom of expression as a right and at the same time, an instrument pragmatic construction of a cyclical process rights. From this interpretation, critical stance commonly adopted by the Brazilian doctrine and jurisprudence sobre pesar fundamental rights from a perspective not legitimate and undemocratic. We conclude, therefore, not by regulation of the speech material, or at least, found no justification necessary for such an act.

Key-Words: Freedom of Expression. Discursive theory of law. Limitations.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10^a Ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 – Código Penal. 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 26.10.11

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/2decla.htm>>. Acesso em: 26.10.11

BRASIL. **PACTO SÃO JOSÉ DA COSTA RICA – Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 26.10.11.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 26.10.11.

BRASIL. Lei nº 7.716 - **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. 1989. Disponível em: <http://200.181.15.9/CCIVIL_03/LEIS/L7716.htm>. Acesso em 26.10.11.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus nº 82424. Publicação de livros: Anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade de Expressão. Limites. Ordem denegada**. Publicado em: 19.03.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=82424&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 02.09.11.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da Justiça**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2^a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça na “Era” pós-socialista. Interruptus: justiça, 1997. Tradução: Andy Blunden.

GIBSON, Sérgio Armanelli. O administrativismo contemporâneo: pela leitura paradigmaticamente adequada de suas premissas científicas frente aos ganhos da virada linguístico-pragmática. 2008 Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito

GOMES, Iuiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica. 2 ed. Rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Cadernos do Legislativo, Belo Horizonte, n. 3 p. 107-121, jan-jun 1995.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume I, 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. A ética da discussão e a questão da verdade. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito Constitucional. Tomo I, 2^a ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008.

MEIRELLES, Adriano Olinto; SILVA, Guilherme Ferreira. **A FUNÇÃO DO DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE: uma leitura adequada do Direito a partir do reconhecimento e da redistribuição, o Direito pragmático e discursivo.** In: Novas fronteiras do estudo do Direito: biodireito, direito ambiental, teoria do direito, direito civil e direito do trabalho. Organizador: Fernando Horta Tavares. Curitiba: CRV, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 3ª Ed. São Paulo: Altas, 2000.

OLIVEIRA JÚNIOR, Juarez Monteiro de. **Discurso do Ódio e limitações não-paternalistas da tolerância no estado democrático de direito: uma crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger (HC n. 82424-2 RS).** 2008. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. **Devido Processo Legislativo.** 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: retórica e historicidade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas.** 2ª ed, 3. tir. – Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

SHAW, Bernard. **Heartbreak house: Great Catherine, and playlets of the war.** Volume 7. Brentano's, 1919.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Liberdade de expressão e direito penal no Estado democrático de direito.** São Paulo: IBCCRIM, 2000.

SILVEIRA, Renata Machado da. **Liberdade de expressão e discurso do ódio.** 2007. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

STIGERT, Ludmila Castro Veado. **OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS: uma análise sob a ótica da Teoria Discursiva do Direito e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)**

n.54. 2007. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

VOLTAIRE. *Cartas inglesas; Tratado de metafísica ; Dicionário filosófico ; O filósofo ignorante*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. XIII. (Os pensadores).