



UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NOVOS DIREITOS, NOVOS SUJEITOS

**A REPUTAÇÃO DEVE SER UM LIMITE À LIBERDADE
DEMOCRÁTICA DE CRITICAR AUTORIDADES?**

Ouro Preto-MG

2022

PEDRO NOBUYUKI CARVALHO URASHIMA

**A REPUTAÇÃO DEVE SER UM LIMITE À LIBERDADE DEMOCRÁTICA DE
CRITICAR AUTORIDADES?**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade Federal de Ouro Preto
como requisito para a obtenção do título
de Mestre em Direito.

Área de concentração: Novos Direitos,
Novos Sujeitos;

Linha de pesquisa: Diversidade Cultural,
Novos Sujeitos e Novos Sistemas de
Justiça.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Camilloto
Arantes;

Coorientador: Prof. Dr. Lucas Miotto
Lopes

Ouro Preto-MG

2022

SISBIN - SISTEMA DE BIBLIOTECAS E INFORMAÇÃO

U72a Urashima, Pedro Nobuyuki Carvalho.
A reputação deve ser um limite à liberdade democrática de criticar autoridades?. [manuscrito] / Pedro Nobuyuki Carvalho Urashima. - 2022. 129 f.: . + Quadro.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Camilloto Arantes.
Coorientador: Prof. Dr. Lucas Miotto Lopes.
Dissertação (Mestrado Acadêmico). Universidade Federal de Ouro Preto. Departamento de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito.
Área de Concentração: Novos Direitos, Novos Sujeitos.

1. liberdade de expressão. 2. Reputação (Direito). 3. Razão - Razão pública. 4. Democracia. I. Arantes, Bruno Camilloto. II. Lopes, Lucas Miotto. III. Universidade Federal de Ouro Preto. IV. Título.

CDU 34

Bibliotecário(a) Responsável: Maristela Sanches Lima Mesquita - CRB-1716



FOLHA DE APROVAÇÃO

Pedro Nobuyuki Carvalho Urashima

A Reputação deve ser um limite à liberdade democrática de criticar autoridades?

Dissertação apresentada ao Programa de Direito (Novos Direitos, Novos Sujeitos) da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Aprovada em 23 de fevereiro de 2022.

Membros da banca

Dr. Bruno Camilloto Arantes (Orientador)
Universidade Federal de Ouro Preto

Dr. Lucas Miotto Lopes (Coorientador)
University of Edinburgh

Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira
Universidade Federal de Ouro Preto

Dr. Leonardo Gomes Penteado Rosa
Universidade Federal de Lavras

Bruno Camilloto Arantes, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito no Repositório Institucional da UFOP em 25 de fevereiro de 2022.



Documento assinado eletronicamente por **Bruno Camilloto Arantes**, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR, em 25/02/2022, às 15:18, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0286005** e o código CRC **220F10F2**.

AGRADECIMENTOS

A pesquisa cujo produto final aqui é apresentado apenas foi possível graças à bolsa de pesquisa CAPES, concedida no primeiro ano do curso de mestrado, e à bolsa de pesquisa concedida pela Universidade Federal de Ouro Preto. Por isso, agradeço a todos e a todas que acreditam no valor da pesquisa e do conhecimento para a construção de uma sociedade mais justa, solidária e plural.

Agradeço ao meu orientador Bruno Camilloto pela imensa generosidade e abertura com que me tratou. Sou especialmente grato pelo ciclo de palestras em filosofia política que organizou no momento em que o calendário letivo estava suspenso em razão da pandemia da COVID-19. A série de palestras foi fundamental para me manter motivado a pesquisar e a melhor compreender qual a contribuição pretendo dar ao ensino e à pesquisa em Direito no Brasil. Agradeço também por me oportunizar minhas primeiras experiências com o fazer docente, a participação como avaliador na banca de TCC do aluno Renato José Dias Pereira e a orientação da iniciação científica da aluna Eduarda Landim. Por fim, agradeço pela parceria na escrita de dois artigos e três textos de blog.

Agradeço a meu coorientador Lucas Miotto pela sincera gentileza em me auxiliar e por acreditar em minha capacidade de pesquisador. Tenho muito a agradecer por seu rigor analítico, sem o qual o recorte de minha pesquisa não seria o que está sendo aqui apresentado. Agradeço também por me convidar a assistir seu curso de filosofia do direito em Maastricht e por me possibilitar diálogos com os Professores Eric Van Luitjgaarden e Ira Lindsay.

Agradeço ao Professor Mário Nogueira pelos receptivos e produtivos encontros semanais na disciplina “Senso de Justiça e Estabilidade Política em John Rawls”. Agradeço também por sempre me chamar a atenção a um detalhe despercebido na obra de John Rawls e por todo carinho dispensado em nossos diálogos. Por fim, o agradeço por me convidar a participar do projeto de tradução dos verbetes da Enciclopédia de Filosofia de Stanford sobre Rawls.

Agradeço a todo o corpo docente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFOP por me ajudar a melhor compreender quais exigências uma sociedade plural traz para nós juristas.

Agradeço ao Professor Leonardo Rosa pelas sólidas bases teóricas que consolidou em mim quando tive a oportunidade de ser seu orientando na graduação em Direito pela UFLA. Sem esse conhecimento prévio, a condução da pesquisa certamente não seria como foi. Agradeço também por sempre estar disposto a me ensinar mesmo eu já não sendo mais seu aluno.

Agradeço à minha família por me acompanhar e me apoiar em mais um momento de minha trajetória acadêmica. Agradeço à minha mãe por tudo e mais um pouco. Especialmente, a agradeço nesse momento por me ensinar o valor do conhecimento, da universidade e, especialmente, por me ensinar a escutar aos demais. Agradeço a meu pai por sempre estar comigo, mesmo quando está distante. Agradeço à minha irmã por sua leveza.

Agradeço à Danyelle por estar a meu lado em mais um momento e pelas risadas, afeto e força que sempre me oferece, quer voluntariamente ou não.

Agradeço a meus companheiros de longa data na filosofia e teoria do direito, Rangel e Lunare, pelas trocas, risadas e apoio mútuo.

Agradeço à Lívia pela nova amizade e companhia acadêmica que o mestrado possibilitou.

Agradeço ao Pablo pela amizade e risadas ao longo desses últimos dois anos.

Agradeço ao Ademar por toda ajuda.

RESUMO

O objetivo do trabalho é investigar se o respeito às autoridades públicas é fundamento moral que autoriza a limitação da liberdade de expressão. Em primeiro lugar, apresentam-se as concepções de reputação como propriedade; reputação como status e reputação como dignidade. Em seguida, propõe-se os princípios do dano, do dano público e da ofensa como critérios para ajustar as concepções de reputação com a liberdade de expressão. Uma vez que a definição do princípio da ofensa não deixa claro se ele é compatível com premissas liberais, recorre-se à razão pública para dar-lhe a devida fundamentação. A partir do liberalismo político rawlsiano, a ideia de razão pública é desenvolvida e defendida das críticas de David Enoch. Defendida a razão pública, a concepção política da justiça como equidade orienta o trabalho às seguintes conclusões: i) a reputação como status é incompatível com a democracia; ii) tanto a defesa da liberdade de expressão quanto a proteção da reputação como dignidade se fundam na concepção de cidadãos como livres e iguais, o que reduz significativamente as ocasiões de conflito genuíno entre ambas.

Palavras-chave: liberdade de expressão; reputação; razão pública; democracia

ABSTRACT

Abstract: The present work aims to investigate whether respect towards authorities is a moral ground that allow restricting freedom of speech. First, the conceptions of reputation as propriety; reputation as status, and reputation as dignity are presented. Then, the harm principle, public harm principle, and offence principle are proposed as criteria to adjust the conceptions of reputation with freedom of speech. Since it is not clear whether the offence principle as previously formulated is compatible with liberal premises, public reason is appealed to so as to provide the latter principle with an adequate foundation. Following Rawlsian political liberalism, the idea of public reason is developed and defended against David Enoch's critiques. The idea of public reason defended, the political conception of justice as fairness guides the work to the following conclusions: i) reputation as status is incompatible with democracy; ii) both the defense of freedom of speech and the protection of reputation as dignity are based upon the conception of citizens as free and equal, that coincidence being responsible for reducing genuine conflicts between those rights.

Keywords: freedom of speech; reputation; public reason; democracy

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 1.....p.34

Sumário

1. Introdução	10
1.1 Inserção na área de concentração e adesão à linha de pesquisa do PPGD UFOP	14
1.2 Metodologia	14
2. A ofensa à reputação é limite legítimo às críticas a autoridades?	17
2.1 Concepções de reputação	17
2.1.1 Reputação como propriedade	19
2.1.2 Reputação como <i>status</i> social.....	23
2.1.3 Reputação como dignidade	27
3. Legitimidade e justificação pública.....	32
3.1 O princípio do dano.....	40
3.1.1 Princípio do dano e a discussão pública.....	44
3.1.2 Dano e reputação.....	48
3.2 Princípio do dano público	52
3.3 Princípio da ofensa.....	54
4. A ideia de razão pública.....	62
4.1 Prolegômenos rawlsianos.....	63
4.2 Pluralismo e democracia	68
4.3 A Razão Pública em foco.....	71
4.3.1 Razão Pública e a relação cidadã	74
4.3.2 O conteúdo da razão pública	77
4.3.3 A prioridade do justo sobre o bem	82
4.4 Críticas à razão pública	84
5. A prioridade do uso político da liberdade de expressão.....	103
5.1 A prioridade da liberdade de expressão em detalhe	105
5.2 Casos não focais do exercício da liberdade e os limites à expressão	110
6. Conclusão.....	120
7. Referências:.....	124

1. Introdução

A redemocratização no Brasil tem como episódio decisivo a Constituição da República de 1988. Nessa, consagraram-se direitos com o fim de romper com o passado autoritário ditatorial, sendo a liberdade de expressão importante garantia nesse sentido. Essa está prevista em diversos dispositivos, podendo-se destacar:

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;

[...] Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição

[...] § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 1988)

Não obstante, ainda faltam no Direito brasileiro soluções práticas às controvérsias sobre a liberdade de expressão capazes de construir justificadamente parâmetros de comportamentos legítimos diante da normatividade. As consequências da indefinição ficam claras quando se pensa o direito de criticar as autoridades públicas. Por autoridades públicas ou autoridades políticas, entendo quem se enquadra na definição de agente público e quem já ocupou função assim classificável. Assim, são autoridades públicas: o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública (BRASIL, 1992). Estabelecida essa definição, cabe citar alguns exemplos críticos:

- a. os Ministros da Justiça dos governos Lula, Dilma, Temer e Bolsonaro abriram inquéritos para a apuração de crime contra a honra do Presidente da República, com base no art.26 da Lei de Segurança Nacional em resposta a críticas (MARTINS, 2020). Em um regime democrático no qual a manifestação do

pensamento é livre, pergunta-se: essas ações do Executivo são legalmente autorizadas?

- b.** Desde o julgamento do HABEAS CORPUS Nº 379.269 - MS (2016/0303542-3), ficou estabelecido pelo Supremo Tribunal de Justiça que os cidadãos podem criticar funcionário público no exercício da função ou em razão dela; mas, se não o fizerem com civilidade e educação (SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017), incorrem no crime de desacato. Qual o padrão de civilidade e educação aplicável? E, mesmo que seja possível defini-lo, condicionar a proteção legal da crítica à sua observância é compatível com a liberdade de expressão?
- c.** O vereador de Fortaleza Inspetor Alberto (Pros) foi condenado a pagar multa de R\$ 5 mil por danos morais por disparar tiros com arma de fogo usando uma foto do ex-presidente Lula como alvo. O argumento que sustenta sua condenação na primeira instância é de que a manifestação excede os limites da liberdade de expressão por ser marcada por atos de violência, ainda que direcionados à reprodução imagética do autor. Sustenta-se também que, além da possibilidade de trazer riscos à segurança do autor, tem-se como certo que o ato em si já é violador da honra, a ensejar indenização (SÃO PAULO, 2021). Como a violência contra a representação gráfica do rosto de uma autoridade pública é capaz de violar os direitos da autoridade representada?
- d.** A Justiça Federal no Distrito Federal rejeitou uma queixa-crime apresentada pelo procurador-geral da República, Augusto Aras, contra o professor de direito da Universidade de São Paulo (USP) Conrado Hübner Mendes. O último publicou em suas redes sociais uma série de críticas à atuação do procurador-geral, tais como: “O Poste Geral da República é um grande fiador de tudo que está acontecendo. Sobretudo da neutralização do controle do M[inistério da] S[aúde] na pandemia. É gravíssima a omissão e desfaçatez de Aras.” e “Augusto Aras ignora o MPF da Constituição Federal. Age como o PGR da Constituição militar de 1967. Um servo do presidente.” O que mais chama a atenção nesse caso é que, ao fundamentar sua pretensão, o procurador-geral da República destacou as seguintes teses do STJ:

[...]

8) A ampla liberdade de informação, opinião e crítica jornalística reconhecida constitucionalmente à imprensa não é um direito absoluto, encontrando limitações, tais como a preservação dos direitos da personalidade, nestes incluídos os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade, sendo vedada a veiculação de críticas com a intenção de difamar, injuriar ou caluniar

9) A não recepção pela Constituição Federal de 1988 da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967) não implicou na abolição criminis dos delitos contra a honra praticados por meio da imprensa, pois tais ilícitos permanecem tipificados na legislação penal Comum (BRASIL, 2019).

Ainda em sua petição inicial, Augusto Aras aponta que:

E conquanto o agente público seja obrigado a conviver – e até mesmo a tolerar em maior demasia que o particular – com a crítica, mesmo que ácida, da imprensa e dos cidadãos em geral, ninguém está obrigado a admitir ser vítima impotente de injúria, calúnia e difamação, pois nesse ponto divisor a liberdade de informar se converte em abuso e o abuso não é direito, é ilícito (BRASIL, 2021, p. 13.)

A conjugação do último argumento com as teses acima citadas leva à conclusão de que honra das autoridades públicas deve ser juridicamente tutelada de forma distinta da dos cidadãos comuns, sendo merecedora de maior proteção. Essa tese é juridicamente correta?

Aparentemente, os casos citados podem ser explicados por um raciocínio bastante comum aos juristas brasileiros: “a liberdade de expressão não é absoluta e seu âmbito de proteção se limita a vedar a censura prévia. Assim sendo, se o agente que se manifesta excede os limites de sua liberdade, violando direitos, sua responsabilização é devida.” Essa formulação argumentativa, se não desenvolvida, possui uma série de lacunas. A primeira lacuna está na pressuposição não fundamentada de que há uma diferença significativa entre proibir alguém de se expressar (censura ou restrição judicial a priori) e condenar alguém por haver se expressado de determinada forma (restrição judicial a posteriori). Um simples exemplo já levanta sérias dúvidas quanto à pertinência dessa distinção: “[c]onsideremos o caso de um livro biográfico, escrito por A, onde, em determinado capítulo, é narrado um episódio que viola a honra de B, por conta da forma como é retratado por A. Suponhamos que A tenha tomado ciência dos trechos da obra que considera ofensivos à sua honra” (LEITE, 2014, p.399). Sob o raciocínio criticado, a liberdade de expressão de A seria violada com uma decisão judicial que vedasse a

distribuição da obra, ainda na gráfica. Porém, uma decisão judicial que determinasse a retirada de circulação deste mesmo livro, já à venda nas livrarias há alguns meses, não teria a mesma implicação (LEITE, 2014, p.399). O problema dessa forma de pensar é que ela acaba por tornar a liberdade de expressão uma garantia meramente formal, que não resolve e apenas adia a questão que deveria ser central, qual seja: saber se o conteúdo do ato expressivo está ou não protegido pela ordem jurídica (LEITE, 2014, p.400).

A segunda lacuna reside na obscuridade do que se entende por liberdade de expressão, causada por sua simples caracterização como um direito que possui limites. Para definir o que é uma expressão excessiva, é necessário antes identificar o tipo da manifestação discursiva em análise (afirmação de fato de interesse público, manifestação de opinião política, manifestação artística, etc). Em seguida, deve-se elaborar o que justifica o compromisso com a liberdade de expressão de acordo com a manifestação discursiva que se analisa. O excesso se configura quando a expressão não consegue ser justificada à luz dos valores pertinentes e implica prejuízos que cabem ao Estado coibir. Logo, simplesmente afirmar que a responsabilização é cabível quando há excessos parece frágil, já que não nos diz o que configura excesso.

Tentando contribuir para o preenchimento das lacunas destacadas, a presente pesquisa investigará quais são os fundamentos e os limites à liberdade de emitir e publicar opiniões críticas a autoridades políticas. Portanto, o trabalho tem por objeto o uso da liberdade de expressão pelos cidadãos para se expressarem sobre a qualidade da sua vida política em comum e daqueles que os representam. A pergunta-problema, então, é: no contexto das discussões sobre as qualidades daqueles que ocupam posições na estrutura do Estado e de suas políticas, o respeito às autoridades é limite legítimo ao direito de contribuir para a formação da opinião pública? Se for limite legítimo, a responsabilização dos cidadãos que se manifestam criticamente ao governo é juridicamente correta, ao menos, em dadas circunstâncias. Defenderei o contrário. Assim, partindo da compreensão de que cidadãos democráticos são livres e iguais, defenderei a hipótese de que a discussão pública sobre a qualidade das ações do Estado e sobre o caráter daqueles que compõem sua estrutura deve ser livre de restrições governamentais quanto à pertinência das visões expostas. Isso não significa que toda e qualquer regulação da discussão pública seja ilegítima, mas sim que apenas são defensáveis aquelas restrições que se justificam aos cidadãos enquanto livres e iguais. E essa condição, pretendo demonstrar, apenas é preenchida quando a decisão sobre quais perspectivas devem ser defendidas no debate público cabe exclusivamente aos cidadãos que dele participam.

1.1 Inserção na área de concentração e adesão à linha de pesquisa do PPGD UFOP

A área de concentração do Programa de mestrado em direito da Universidade Federal de Ouro Preto, Novos direitos, Novos sujeitos, tem por objetivo reconhecer ou reinterpretar a extensão de direitos, por meio da compreensão de que a sociedade é complexa e descentrada. Sob essa perspectiva, a diversidade não é mais vista como um mal a ser eliminado, mas como forma de realização do direito a partir da superação da dicotomia igualdade e diferença. Compreende-se, então, o direito como sistema aberto a novas linguagens e a novas formas de justiça. A pesquisa compartilha desse objetivo, na medida em que revisita os institutos da liberdade de expressão e as diferentes tutelas jurídicas da reputação, para fornecer guias de como solucionar controvérsias que os envolvam, sem o prejuízo da pluralidade de posições políticas característica de uma ordem democrática. Dessa forma, compreende que a igual cidadania exige que os cidadãos com suas diferentes perspectivas políticas tenham igual oportunidade de discutir e contribuir livremente para a formação da opinião pública, que orienta e fiscaliza o exercício do poder público.

Especificamente, a presente pesquisa se insere na Linha de pesquisa Diversidade Cultural, Novos Sujeitos e Novos Sistemas de Justiça do PPGD Direito UFOP. A pesquisa, ao reconhecer a importância da pluralidade de subjetividades e da liberdade de expressão para a construção de uma comunidade plural e democrática, busca contribuir para a dogmática jurídica ao reinterpretar a tensão entre reputação e o direito de criticar autoridades. Esse esforço tem por prioridade a busca por melhor justificação das decisões judiciais em face dos cidadãos de uma sociedade plural, quando a liberdade de expressão política está em jogo. Assim, ajusta-se à proposta da linha de discutir como a diversidade cultural possibilita uma releitura da justiça e dos sistemas de justiça, dos direitos humanos, da democracia, das novas formas de construção do consenso a fim de criar alternativas concretas à exclusão de sujeitos e o respeito à diferença pela diversidade e não por meio de uma igualdade planificadora.

1.2 Metodologia

A pesquisa será desenvolvida sob o marco teórico do liberalismo político. De forma mais detalhada, compartilho da ideia de que “[...] os liberais estão comprometidos com uma concepção de liberdade e respeito pela agência e capacidades individuais de

homens e mulheres, e [entendem] que esse comprometimento exige que todos os aspectos da ordem social devam ser aceitáveis, ou possam ser aceitáveis, para cada um dos indivíduos em questão” (WALDRON, 2012, p.104). Nesses termos, a liberdade se apresenta na forma de um conceito moral — a liberdade liberal¹— que mobiliza a análise da legitimidade da ação coativa do Estado, e não a dos atos que os indivíduos realizam no exercício de sua liberdade. Em outras palavras, a liberdade de expressão é considerada aqui como parte da moralidade política, e não da moralidade pessoal.

Dois elementos são próprios à liberdade assim concebida. Primeiro, sua natureza é pública, isto é, diz respeito às relações do titular da liberdade com terceiros, que se organizam como comunidade política. Logo, quando se fala de liberdade como conceito moral, não se faz referência à moralidade como definidora das leis da liberdade humana em geral. Ou seja, diferentemente da moralidade pessoal, não há a preocupação de definir a perfeição das razões de agir dos sujeitos. Assim, não se nega, e nem se afirma que agir moralmente é subordinar a totalidade de faculdades e sensibilidades sob o livre arbítrio à razão, e que só é livre quem age moralmente (SCHNEEWIND, 1998, p.486-487).

Segundo, a garantia da liberdade possui valor reduzido, pois é reconhecidamente preliminar a produtos da liberdade. Reconhecer este terceiro elemento é apenas entender que pode haver um intervalo entre o exercício da liberdade de expressão que condiz com sua justificativa e o agir que cabe ao Estado proibir. Cabe a quem decide ver se a não correspondência implica ou não a violação de direitos ou outros prejuízos relevantes à moralidade política. O terceiro elemento aqui destacado apenas é um lembrete de que a frustração da justificativa da liberdade— ou a aparência de frustração— nem sempre será causada por uma ação a ser coibida pelo Estado. Nesses casos, o exercício da liberdade será criticável, mas não a ponto de fornecer uma justificativa para a interferência estatal.² Por isso, a garantia da liberdade possui valor reduzido.

Em síntese, uma vez caracterizada como liberdade liberal, a liberdade de expressão é compreendida como um conceito moral que determina uma forma de estruturação das instituições estatais a partir da atribuição de direitos e deveres por um sistema público de regras (RAWLS, 1999, p.177). Para os fins do presente trabalho, tal definição é especialmente relevante, pois não só permite estabelecer limites ao agir

¹ Devo muito ao Professor Leonardo Rosa por me elucidar a ideia e os elementos da liberdade liberal acima apresentada, ao compartilhar comigo seu texto “A Liberdade de Expressão e suas limitações materiais: uma leitura liberal-igualitária”, ainda não publicado.

² Nesse sentido, ver: CAMILLOTO, Bruno; URASHIMA, Pedro. Liberdade de expressão, democracia e cultura do cancelamento. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, v. 7, n. 02, p. e317-e317, 2020.

estatal, mas também delimitar os papéis desempenhados pelos cidadãos e pelo Estado.³ Dessa forma, habilita-nos a pensar como o Estado deve se estruturar em face dos cidadãos. Especificamente, pretende-se deixar claro que é próprio do regime democrático uma ordenação específica entre governo e cidadãos, sendo a liberdade de expressão fundamental para assegurá-la.

No presente trabalho, a questão de qual escopo da liberdade de expressão é exigido por um arranjo democrático se volta ao Poder Judiciário. O Estado moderno reivindica para si o poder de criar regras para ordenar a vida social e, se necessário, de fazê-las valer por meio de instituições especializadas em sua aplicação. Esses poderes se apresentam aos olhos do cidadão como qualidades excepcionais numa perspectiva de arranjos institucionais de poder. Em razão disso, uma justificação se faz necessária aos destinatários dos poderes estatais. Nesse arranjo, o Poder Judiciário exerce o monopólio de dizer o direito na solução dos conflitos sociais, interditando a justiça privada e inaugurando um modelo de justiça pública (CAMILLOTO, 2019a, p.57-8). Conseqüentemente, o Judiciário deve justificar suas soluções aos cidadãos. Quando o uso político da liberdade de expressão está envolvido, esse esforço exige que os magistrados vão além de suas predileções políticas. Isso é especialmente difícil na ausência de formas de argumentação que vão além das diferenças que dividem os cidadãos numa sociedade plural e na falta de critérios que recorrem a tais formas de argumento. A presente pesquisa busca ofertar esses elementos, tendo por preocupação sua adequação às controvérsias que envolvem a reputação das autoridades pública e o uso político da liberdade de expressão.

Nesse sentido, defenderei a hipótese desse trabalho a partir dos seguintes passos: primeiro, apresento três concepções de reputação (reputação como propriedade, reputação como status social, reputação como dignidade). Segundo, introduzo três princípios legitimadores da coerção: o princípio do dano de John Stuart Mill; uma adaptação dele para resguardar instituições públicas, o princípio do dano público; e, por fim, o princípio da ofensa. Em seguida, proponho que a aplicação desses princípios deve ser orientada pelo que John Rawls chama de razão pública. Terceiro, defendo a razão pública das críticas que David Enoch faz em *Against Public Reason* (2015), para evidenciar sua relevância para lidar com o problema de pesquisa aqui tratado. Quarto, parto da prioridade da liberdade defendida por uma concepção de justiça que satisfaz a razão pública, para argumentar que os referidos princípios se aplicam quando o exercício

³ O desenvolvimento dessa ideia pode ser encontrado também em ROSA, Leonardo. A Liberdade de Expressão e suas limitações materiais: uma leitura liberal-igualitária. Artigo não-publicado, 2020.

da liberdade não é um caso central do exercício das faculdades morais que caracterizam cidadãos livres e iguais.

2. A ofensa à reputação é limite legítimo às críticas a autoridades?

2.1 Concepções de reputação

No contexto das discussões sobre as qualidades daqueles que ocupam posições na estrutura do Estado e de suas políticas, o respeito às autoridades é limite legítimo ao direito de contribuir para a formação da opinião pública? Como dito, essa é a pergunta que nos move no presente trabalho. O primeiro passo para respondê-la é definir o que é reputação. Assim, se a liberdade liberal é compreendida como um conceito moral que determina uma forma de estruturação das instituições estatais (RAWLS, 1999, p.177), cabe investigar como a reputação qualifica a força desse conceito moral.

Na Constituição da República de 1988, tal como a liberdade de expressão, o direito à honra é direito fundamental (art.5º, X). A reputação aqui parece ter lugar privilegiado. Diante da necessidade de se pensar as tensões entre reputação e liberdade de expressão, o direito à honra pode parecer consideração normativa esclarecedora, pois permite colocar o problema em termos familiares aos juristas brasileiros. Em outras palavras, permite pontuar que se trata de conflito entre direitos fundamentais, e a solução hermenêutica que acompanha essa leitura é, de forma geral, sopesar ambos.

Mesmo o aprofundamento dessa metodologia não sendo objetivo desse trabalho, uma consideração se faz importante. Chama a atenção que um passo preliminar para a adotar é definir os direitos que compõem o problema, e isso por si só já é trabalho hermenêutico considerável. A imagem do sopesamento dá a entender que cada um dos interesses em competição foi bem determinado e, em razão disso, pode ser devidamente avaliado (POST, 1986, p.692). Por exemplo, se um juiz concluísse que a liberdade de expressão sobressai a honra no sopesamento após definir a última como o direito de duelar pela reivindicação da honra ferida seu sopesamento não seria justificável.

Comecei falando do sopesamento⁴ apenas em razão de sua ampla utilização pelos magistrados e magistradas brasileiros; parece claro que toda técnica de interpretação, para ser chamada como tal, tem de identificar aquilo que há de normativamente relevante nos conceitos trabalhados. Entretanto, é mais comum que essa percepção seja frustrada. É por sua importância e por sua frequente negligência que esse esforço de identificação será o objeto desta seção.

O que o direito à honra protege? Podemos dizer que é a reputação. Também é importante ter em vista que a reputação não é só protegida na forma do direito à honra, sendo os demais direitos da personalidade, e até mesmo a tipificação do desacato, outros exemplos de sua proteção, como se pretende deixar claro. Só que reputação é também conceito de difícil determinação.

Robert Post (1986, p. 704) tentou enfrentar inicialmente esse desafio recorrendo ao dicionário Oxford. Nele, constava à época como reputação: “estima comum ou geral de uma pessoa no que diz respeito a seu caráter ou outras qualidades”.⁵ Assim definida, reputação depende da percepção social que as pessoas têm umas das outras. Mas, de certa forma, todas nossas relações sociais envolvem percepção dessa espécie, o que torna tal definição de reputação pouco esclarecedora (POST, 1986, p.692).

Quando olhamos para dicionário de língua portuguesa, tampouco há uma definição mais útil. Define-se como reputação: “1. Conceito em que alguém ou algo é tido. 2. Fama, celebridade” (FERREIRA, 2010, p.659). O verbo reputar, por sua vez, se aproxima da definição trazida por Post, ao ser definido como: “Considerar(-se), julgar(-se)” (FERREIRA, 2010, p.659).

Por outro lado, quando se analisa especificamente os danos à reputação juridicamente definidos e proibidos,⁶ é possível perceber de forma mais específica qual tipo de percepção social que o direito considera “normal”, “desejável” ou merecedora da proteção da lei. Nesse sentido, a proteção jurídica da reputação pressupõe uma imagem de como as pessoas deveriam estar unidas em uma organização social. Vemos, novamente, que valores no Direito representam formas de vida social potenciais ou existentes, nas quais aquilo que consideramos desejável pode ser realizado (POST, 1995,

⁴ A não referência à teoria de Robert Alexy é proposital, já que, em diversas ocasiões em que o sopesamento é realizado pelos juízes brasileiros, este é realizado de forma distinta ou mesma contrária à formulação do jurista alemão. Assim, utilizo o termo sopesamento para me referir de forma genérica aos usos de acordo e em desacordo com Alexy.

⁵ Sempre que a citação for de obra traduzida, a tradução a qual se faz referência será aquela feita por mim.

⁶ Neste momento, tento considerar de forma abrangente tanto a proteção civil, quanto a penal.

p.1272). Logo, conforme varia a imagem de qual é a sociedade desejável, também se modifica a natureza da reputação que o direito visa a proteger (POST, 1986, p.693).

O significado e importância da reputação dependerá, portanto, dos tipos de relação social que o direito prescreve ao protege-la. Ao olharmos para o Direito brasileiro, três concepções de reputação podem ser destacadas: reputação como propriedade, reputação como *status* social e reputação como dignidade. Essas concepções são categorias analiticamente distintas, mas que na realidade podem se sobrepor. Além disso, não nego a possibilidade de outras concepções serem elaboradas a partir da interpretação do Direito brasileiro. Porém, entendo que as três concepções a serem trabalhadas são bastante relevantes para pensarmos na tensa relação entre reputação e liberdade de expressão, o que já é o suficiente.

2.1.1 Reputação como propriedade

“Essa concepção de reputação pode ser entendida como uma forma de propriedade intangível relacionada à boa vontade” (POST, 1986, p. 693, traduzido). Começamos falando que a reputação é uma forma de percepção social; a concepção aqui em análise enfatiza a percepção do indivíduo como alguém dotado ou destituído de *credibilidade*, compreendida como confiança para receber investimentos (crédito).

Essa forma de reputação pode ser conquistada como resultado dos esforços de um indivíduo e de seu trabalho (POST, 1986, p. 693). Dessa forma, lesar essa forma de reputação sem justificativa é destruir injustamente os resultados do trabalho de um indivíduo, sendo a perda em questão uma perda de propriedade e, portanto, passível de mensuração pecuniária (POST, 1986, p.694).

Não obstante a referência à percepção social do indivíduo, essa forma de reputação é característica a quem se apresenta no mercado, o que inclui consideravelmente pessoas jurídicas. Entretanto, não se limita a elas, isto é, essa concepção consegue também explicar a proscricção de críticas ao caráter do indivíduo em contextos que não são estritamente negociais. Isso, pois o caráter pode ser pensado também como o produto do exercício pessoal, ou seja:

[...] não é herdado dos pais; não é criado por vantagens externas; não é um apêndice de nascimento, ou riqueza, ou talentos, ou posição; mas o resultado dos próprios esforços de alguém- o fruto e a recompensa de bons princípios, manifestados no curso de ação virtuosa e honrosa (HAWES, 1828, p. 95-96)

O destaque, na verdade, é para a reputação de ser bom caráter, e não ao fato de alguém ser ou não efetivamente virtuoso. É nesse sentido que o caráter é compreendido como uma forma de “capital”, já que “cria fundos” e a possibilidade de patrocínio e apoio financeiro futuros. Ataques injustificados ao caráter de alguém acabam por privar o indivíduo dos resultados da criação de sua autoimagem perante terceiros, sendo essa lesão também mensurável em pecúnia, já que com ela se perde apoio e investimentos financeiros potenciais ou reais (POST, 1986, p.694-5).

Qual a imagem de sociedade que subjaz a concepção de reputação como propriedade? A concepção em questão “pressupõe que os indivíduos estão conectados uns aos outros pela instituição do mercado. O mercado fornece o mecanismo pelo qual o valor da propriedade é determinado” (POST, 1986, p.695). Nesse contexto, o propósito da tutela jurídica da reputação é proteger os indivíduos inseridos no mercado, garantindo que sua reputação não seja injustificadamente privada de seu valor apropriado. O Direito não deve, portanto, se preocupar com lesões que são independentes do mercado (POST, 1986, p.695). Pensada nesses termos, a imagem de sociedade da reputação como propriedade pode ser nomeada “sociedade de mercado”. Três aspectos lhe são marcantes.

Primeiro, uma vez que o indivíduo é considerado capaz de criar sua reputação, não importa qual é a percepção social atual de sua credibilidade, ele pode se esforçar para melhorá-la. Dessa forma, a sociedade de mercado pressupõe que seus integrantes possuem identidades pessoais distintas e anteriores às suas identidades sociais definidas pela apreciação no mercado (POST, 1986., 695-6).

Segundo, já que o que se protege é apenas os aspectos da reputação mensuráveis segundo as leis do mercado, o valor da reputação de uma pessoa varia a depender de sua produtividade e de flutuações nas condições de mercado. Ou seja, a reputação não é uma questão de simples honra ou desonra (POST, 1986, p.696).

Terceiro, a concepção de reputação como propriedade pressupõem que todas as pessoas são iguais, no sentido de igual subordinação às leis do mercado. Isso significa que: a) ninguém tem o direito à uma reputação distinta da estabelecida pelo processo avaliativo do mercado e b) todos têm direito a ingressar no mercado para construir sua reputação (POST, 1986, p.696).

Sem a reputação como propriedade algumas proposições jurídicas não fariam sentido. Veja, por exemplo, a súmula 227 do STJ que reconhece a existência de dano moral às pessoas jurídicas. Mas, ao respaldar conclusões dessa espécie, a definição de

reputação como propriedade não acaba confundindo dano moral e dano patrimonial? Entendo que não. O que a reputação como propriedade explica é que os danos à reputação das pessoas jurídicas estão fortemente vinculados às leis de mercado, apesar de não serem reduzíveis a elas.

Para que esse argumento fique explícito, retomemos parte da decisão da 4ª Turma do STJ no REsp 60.033-2-MG. Na ocasião, o relator, Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar, asseverou o seguinte:

Quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto-estima, etc., causadores de dor, humilhação, vexame; a honra objetiva, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa. [...] A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no *mundo civil ou comercial onde atua*. Esta ofensa pode ter seu efeito limitado à diminuição do conceito público de que goza no seio da comunidade, sem repercussão direta e imediata sobre o seu patrimônio. Assim, embora a lição em sentido contrário de ilustres doutores [...] trata-se de verdadeiro dano extrapatrimonial [...]. É certo, que, além disso, o dano à reputação da pessoa jurídica pode causar-lhe dano patrimonial, através do abalo de crédito, perda efetiva de chances de negócios e de celebração de contratos, diminuição de clientela, etc, donde concluo que as duas espécies de danos podem ser cumulativas, não excludentes. (BRASIL, 1995)

Segundo o ministro relator, a ofensa à honra da pessoa jurídica pode ter seu efeito limitado à diminuição do conceito público que goza no seio da comunidade, sem que haja em consequência repercussão direta e imediata sobre o seu patrimônio. A partir dessas razões, conclui: há, nesses casos, verdadeiro dano extrapatrimonial. Antes de analisar essa conclusão, entretanto, a questão que fica é: qual é o tipo de comunidade na qual a pessoa jurídica possui conceito público? Isto é, quais são os parâmetros utilizados para avaliá-la publicamente?

Segundo argumento do Ministro, vemos que a pessoa jurídica “[p]ode padecer [...] de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no *mundo civil ou comercial onde atua*.” (BRASIL, 1995). Ou seja, a comunidade na qual a pessoa jurídica possui conceito público é o mundo civil ou comercial onde atua.

Consequentemente, os parâmetros avaliativos utilizados para julgá-la publicamente são aqueles que constituem esses mundos. Dentre os parâmetros mencionados, não há apenas considerações mercadológicas — por exemplo, a dignidade da pessoa humana é fundamental para o direito civil contemporâneo. Porém, mesmo que a pessoa jurídica de direito privado não possua como fim a exploração econômica, sua avaliação como confiável segundo as leis do mercado vai ser, de alguma forma, determinante para sua existência. Como dito, a reputação de ser bom caráter, de servir a causas nobres, é forma de “capital” que “cria fundos” e a possibilidade de patrocínio e apoio financeiro futuros. Por isso, a reputação como propriedade também proscree críticas ao caráter em contextos que não são estritamente negociais.

Mas, sendo a dignidade um dos parâmetros avaliativos pertinentes, o argumento do também indica um limite da concepção de reputação em análise. Pensemos, como exemplo, no rompimento da barragem de rejeitos "Fundão", controlada pela Samarco Mineração S.A., um empreendimento conjunto das empresas Vale S.A. e a anglo-australiana BHP Billiton. Em razão do ocorrido, essas empresas são associadas a perdas ambientais e humanitárias significativas. Entretanto, a perda de reputação delas não se limita aos valores de suas ações, pois é sentida também pelos seus funcionários, que passam a ser vistos com maus olhos pela comunidade. Essa percepção estende a condenação das práticas das pessoas jurídicas a quem com ela se associa, como se se tratasse de um grupo que compartilha de uma mesma ética. Como será explorado posteriormente, isso é próprio da ideia de reputação como dignidade. Com isso não se sugere que pessoas jurídicas possuem dignidade, mas sim que, aos olhos do público, elas são definidoras dos parâmetros constitutivos da dignidade de certos indivíduos. Essa ideia será esclarecida com as considerações sobre a relação entre dignidade e reputação.

Obviamente, a concepção de reputação como propriedade deixa sem explicação uma série de outros aspectos salientes da tutela jurídica da reputação. Basta retomarmos a definição de honra subjetiva do julgado para vermos isso: “[...] a honra subjetiva, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto-estima, etc., causadores de dor, humilhação, vexame [...]”.

O conceito de honra inerente à pessoa física esboçado pelo relator será melhor acomodado na concepção de reputação como dignidade. Antes de a considerarmos, entretanto, considera-se a reputação como *status* social, que, como se pretende mostrar

aqui e nos demais capítulos, fundamenta significativamente os tipos penais pátrios relacionados à reputação.

2.1.2 Reputação como *status* social⁷

Trata-se de forma de reputação na qual um indivíduo se identifica pessoalmente com as exigências normativas de um papel social e recebe em resposta à satisfação de tais características a consideração e estima que a sociedade atribui a esse papel (POST, 1986, p.700). Um indivíduo não conquista ou cria esse tipo de *status* social por meio de seu esforço e trabalho; ele o reclama em virtude da importância que a sociedade atribui a seu papel social.⁸ Por exemplo, um rei não trabalha para que a realeza tenha o *status* que tem para seus súditos, mas sim, se beneficia do *status* que a sociedade atribui à sua posição. Em contrapartida, a sociedade espera que o rei personifique os atributos honoríficos da realeza e os torne parte de sua honra pessoal (POST, 1986, p.700). Pode-se dizer que as principais características dessa concepção de reputação são:

Primeiro, é um sistema de estratificação: descreve a distribuição de riqueza [ou poder] em um idioma social, e prescreve comportamentos [respectivamente] apropriados para as pessoas nos vários lugares da hierarquia; implica a aceitação de superioridade e subordinação. Segundo, é um sistema absoluto.... Terceiro, parece ser característico [...] que é associada à integridade: o homem completo é contemplado (DAVIS, 1977, p. 98, traduzido)

Cada uma dessas características distingue a reputação como *status* social da reputação como propriedade (POST, 1986, p.700). Enquanto a reputação como propriedade pressupõe a igualdade de todos os indivíduos perante o mercado, a reputação como *status* social pressupõe que os indivíduos são desiguais. O *status* social de um indivíduo é nada mais do que um reflexo pessoal do valor que a sociedade atribui à sua posição social. E uma vez que a organização social é hierarquicamente organizada, seus

⁷ Robert Post apresenta a ideia de “*reputation as honour*”. Como falamos do direito à honra no Brasil, e como aquilo que Post chama de “*honour*” vai além do que entendemos por direito à honra, preferi usar o termo *status* social, que, como se verá, constitui a concepção a ser trabalhada.

⁸ Como dito ao se introduzir que se trabalharia com diferentes concepções de reputação, essas são tipos ideais a partir dos quais aspectos salientes da tutela jurídica da reputação podem ser destacados e esclarecidos. Dessa forma, a reputação como *status* social não deve ser tomada como exclusiva a uma sociedade estamental, pois há sociedades modernas que ainda possuem normas que frustram a realização de ideais modernos como a igualdade. O esforço de pesquisa proposto é justamente apontar onde os limites ao uso político da liberdade de expressão frustram ideais democráticos, para que soluções compatíveis com os valores modernos inscritos em nossa Constituição sejam construídas.

membros são considerados inerentemente desiguais. Também há de se dizer que o *status* social não pode ser vendido ou comprado, mas é vinculado a papéis sociais.

Enquanto a reputação como propriedade assume que o valor da reputação varia de acordo com as condições do mercado e do esforço individual, a reputação como *status* social é fixa. Diferentes posições sociais serão mais ou menos honoríficas a depender de seu lugar na hierarquia social, e os seus ocupantes podem ter o *status* que é devido à sua posição ou podem ser desonrados por falharem em cumprir com as suas exigências (POST, 1986, p.700-701). Essa margem de ação, contudo, não significa que a reputação como *status* é criada pelo indivíduo, pois ele não cria e escolhe voluntariamente a posição social que ocupa.

Enquanto a reputação como propriedade pressupõe que a identidade individual é distinta da reputação, a reputação como *status* social considera que a identidade é essencialmente, ou ao menos de forma importante, conectada a papéis sociais (POST, 1986, p.701). Em outras palavras, “[...] o homem completo é contemplado” (DAVIS, 1977, p. 98). Por essa razão, a desonra de não cumprir com o que se espera do papel social que se ocupa significa tanto a perda de prestígio perante a comunidade, quanto a perda de autoestima. Para os sujeitos, o valor da reputação é o valor de uma vida significativa, e por essa razão seu valor não pode ser mensurado pelo mercado (DAVIS, 1977, p. 98).

Em razão desse vínculo entre papel social e identidade individual, a mobilidade social é algo impensável e digna de censura— vide relação entre monarca e súditos, ou outra relação política que estipula estratos sociais superiores e subordinados—, ou é um fenômeno estritamente regrado, de forma a preservar a integridade da hierarquia social— por exemplo, algumas formas de organização militar.

E agora, qual a imagem de sociedade que subjaz a concepção de reputação como *status* social? A reputação como *status* social pressupõe a imagem de uma sociedade na qual os papéis sociais atribuídos são arraigados e bem-estabelecidos. Nela, tais papéis são a referência tanto para a atribuição de estima social, quanto para a definição de padrões normativos de conduta pessoal. A essa forma de estrutura social dá-se o nome de “sociedade da deferência” (POST, 1986, p. 702).

Diferentemente de uma “sociedade de mercado”, na sociedade da deferência a proteção da reputação implica mais do que a proteção de interesses meramente individuais. O *status* social não é criado pelo esforço individual, mas é forjado por percepções sociais que transcendem o comportamento de pessoas particulares. Por isso, é também um bem-público. Para voltar ao primeiro exemplo desta subseção, um insulto

ao rei envolve não apenas lesão aos interesses pessoais do rei, mas também danos ao *status* social que a sociedade atribui à realeza (POST, 1986, p. 702).

Um comentário se faz necessário: Post fala da monarquia em seus exemplos, porque tem em vista como sociedade da deferência a Inglaterra pré-industrial, cujas normas sociais inspiraram posteriormente o instituto do libelo sedicioso. Entretanto, para pensarmos a realidade brasileira— e quiçá sul-americana— pós-ditatorial basta algumas poucas adaptações. Vejamos, por exemplo, a Lei de Segurança Nacional de 1983, que define como crime:

Art. 26 - Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação.

Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre quem, conhecendo o caráter ilícito da imputação, a propala ou divulga (BRASIL, 1983).

A previsão de tal conduta típica numa lei de segurança nacional evidencia que as críticas às referidas autoridades são interpretadas como ataques às instituições nas quais eles exercem seus cargos. Nos termos de Post, o *status* social que se atribui aos presidentes desses cargos é, assim, compreendido como um bem-público.

Se o amplo verbo ‘desacatar’ for definido de forma a incluir criticar, o crime de desacato se distingue dos citados acima, pois delimita como crime desacatar funcionário público *no exercício da função ou em razão dela*. Não obstante, traz consigo questões semelhantes às destacadas. Se as críticas a funcionários públicos configuram desacato, elas são consideradas crimes contra administração pública. Mas, as críticas por si só apenas teriam o poder de obstaculizar o exercício das prerrogativas da administração pública se pressuposto que o bom funcionamento da máquina pública implica uma hierarquia, cujo topo ocupam funcionários públicos e cuja base ocupam os demais cidadãos. Nesses termos, o *status* social que se atribui aos funcionários públicos seria também compreendido como um bem-público.

Também vale a pena mencionar que de acordo com o art.141 do Código Penal brasileiro se aumenta a pena dos crimes contra a honra se eles forem cometidos “[...] I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro; II - contra funcionário público, em razão de suas funções [...]” (BRASIL, 1940). O que se evidencia aqui é novamente a compreensão de que, em razão da importância dos papéis sociais em

questão, seus ocupantes possuem qualidades que os tornam merecedores de maior respeito.

A partir dessas considerações, vemos que sob uma sociedade da deferência, a proteção da reputação envolve a manutenção do consenso social sobre a ordem de precedência dos papéis sociais. Para tanto, a proteção legal da reputação deve definir e garantir o *status* que se atribui aos diferentes papéis sociais. Na perspectiva do indivíduo cuja reputação foi lesada, o prejuízo à sua reputação é uma perda de *status* e uma violência à sua identidade pessoal. Logo, a tutela de sua reputação ou da instituição que representa é pensada como uma forma de reabilitação de *status* (POST, 1986, p. 703-4).

Ainda sobre o indivíduo pretensamente lesado em sua reputação, vê-se que a exceção da verdade é o reconhecimento de que tal pessoa pode, na realidade, ter falhado com o cumprimento dos deveres de seu papel social. No Direito penal brasileiro, a exceção da verdade é admitida tanto para a calúnia quanto para a difamação. A primeira dúvida que isso levanta é: o que precisa ser provado aqui? Para a calúnia— imputar falsamente fato definido como crime— é compreensível o que se deve provar como verdadeiro: a realização de fato definido como crime. Mas, quando pensamos na difamação— imputar fato ofensivo à reputação de alguém— a exceção não se justifica, pois o que há de ser provado, que o fato não é ofensivo? E como isso é possível? Quaisquer que sejam as respostas à primeira pergunta, mantém-se que a exceção de verdade é de constitucionalidade duvidosa, já que atribui ao réu o ônus probatório de provar sua inocência (GASPAR, 2019, p.82). E o faz porque presume que o questionamento da precedência dos papéis sociais pressuposta pela legislação é algo censurável. Além disso, no que interessa à presente pesquisa, vê-se que “[...] o cidadão que faz a crítica ao governo, mesmo sabendo da verdade dos fatos ou acreditando de boa-fé em sua veracidade, pode renunciar à crítica por receio de não poder comprovar essa veracidade no curso de um processo.” (GASPAR, 2019, p.82).

No Brasil, certamente ainda há subjetividades e ideais sociais próprios de uma sociedade da deferência, sendo o próprio Direito um exemplo importante, quer nas suas leis, quer na autopercepção que os profissionais dedicados à administração da justiça têm de si.⁹ Não obstante, essas posições contrariam nossas intuições democráticas e são cada

⁹ Apelo às intuições e ao senso comum dos leitores para confirmar que a imagem de sociedade de deferência subjaz a autopercepção dos administradores da justiça brasileiros. Ao meu ver, os caminhos percorridos em CAMILLOTO, Bruno. *Direito, Democracia e Razão pública*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, para defender que o Poder Judiciário brasileiro não é um caso exemplar de razão pública fornecem o argumento necessário para fazer esse diagnóstico.

vez mais respondidas com críticas e propostas de reforma. Isso, pelo menos, quando pensamos nos contextos políticos. Essa tendência igualitária dos nossos ideais políticos nos permite vislumbrar outra concepção de reputação: reputação como dignidade.

2.1.3 Reputação como dignidade

Anteriormente, ao fim da subseção 2.1.1, adiantei que a reputação como dignidade acomoda a ideia de honra inerente à pessoa física, tal como foi definido no REsp 60.033-2-MG. Retomemos tal definição:

[...] o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto-estima, etc., causadores de dor, humilhação, vexame; a honra objetiva, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa. Por isso se diz ser a injúria um ataque à honra subjetiva, à dignidade da pessoa, enquanto que a difamação é ofensa à reputação que o ofendido goza no âmbito social onde vive (BRASIL, 1995, grifos adicionados).

O julgado postula que a honra subjetiva é própria às pessoas físicas, mas não nega que as pessoas físicas também possuam o direito à honra objetiva, quando faz alusão ao crime de difamação. A concepção de reputação como dignidade busca acomodar da melhor maneira a ideia de honra subjetiva, sem deixar de explicar a proteção da honra objetiva.

Mas, para que venha a explicar qualquer forma de direito à honra, tal concepção tem de enfrentar a seguinte questão: como pode a reputação, conceito que se refere a algo público e social, afetar a autoestima, parte da personalidade privada, própria à dignidade de cada um? Há um hiato cujo preenchimento exige uma teoria sobre as relações entre os aspectos públicos e privados do *self*.

Segundo Post, uma teoria dessa natureza foi desenvolvida pelos fundadores da escola interacionista simbólica. Para George Mead (1934), a interdependência entre a personalidade individual e perspectivas sociais gerais pode ser esclarecida a partir da ideia de um jogo. Para aprender um jogo, uma criança não pode simplesmente estudar um papel— apenas o de centroavante no futebol, por exemplo—, mas deve entender todos os diferentes papéis que compõem o jogo, tal como seu relacionamento uns com os outros.

Ao internalizar dessa forma as perspectivas de todos os participantes do jogo, a criança aprende a se engajar no empreendimento coletivo que é, para continuar no exemplo, o futebol. De forma semelhante, uma pessoa aprende a viver em sociedade ao ter certa compreensão dos diferentes papéis que a compõe. A internalização dessas diversas perspectivas é o que constitui a identidade de um indivíduo.

O jogo é então uma ilustração da situação a partir da qual uma personalidade organizada surge. Na medida em que uma criança toma a atitude do outro e permite que essa atitude do outro determine o que ela vai fazer em referência a um fim comum, ela está se tornando uma membra orgânica da sociedade. Ela está se apropriando da moral dessa sociedade e se tornando uma membra essencial dela [...] O que leva ao *self* organizado é a organização das atitudes que são comuns ao grupo. Uma pessoa é uma personalidade porque ela pertence à comunidade, porque ela adota as instituições dessa comunidade nas suas próprias condutas. [...] o indivíduo tem de ser um membro da comunidade para ser um *self* (MEAD, 1934, p.152-164, traduzido).

Erving Goffman (1967, p.84-85) complementa as considerações acima ao pontuar que o processo de socialização descrito não possui um término determinado, isto é, um ponto em que um *self* independente e maduro emerge. Pelo contrário, a identidade seria algo continuamente constituída pelas interações sociais. Para Goffman, essas interações assumem a forma de regras de “deferência e postura”. As primeiras definem a forma pela qual um ator comunica simbolicamente a outro a apreciação que sente por ele, ou a algo que o outro representa por meio de símbolos, ações etc. (NUMMER; CARDOSO, 2012, p.407). Já as segundas definem “comportamentos corporais, vestuários, que servem para evidenciar que um ator tem certas qualidades desejáveis ou indesejáveis” (NUMMER; CARDOSO, 2012, p.407). Essas são “regras de conduta que unem o ator e o destinatário [e são] os vínculos da sociedade” (GOFFMAN, 1967, p.90, traduzido). Vê-se que:

Cada indivíduo é responsável pela sua imagem de postura e pela imagem de deferência de outros [...] Se por um lado é verdadeiro que o indivíduo possui um *self* que lhe é único, a evidência dessa posse é profundamente o produto de trabalho cerimonial conjunto, sendo a parte expressa pela postura do indivíduo não mais significativa do que a parte expressa pelos outros em seu comportamento deferente para com ele (GOFFMAN, 1967, p. 84-85, traduzido).

Feita essa incursão no interacionismo simbólico, a observância recíproca das regras de postura e deferência constitui o *self*, sendo a dignidade o conceito pelo qual designamos a integridade do *self*. Dessa forma, nosso senso de autovalor intrínseco é

dependente da observância recíproca de regras de deferência e postura por aqueles que nos cercam (POST, 1986, p.710).

A proteção jurídica da reputação como dignidade pode ser concebida como o método pelo qual a sociedade polícia violações de suas regras de deferência e postura, protegendo, assim, a dignidade de seus membros. Para os fins do presente trabalho, importa que: quando as regras de deferência e postura determinam como as pessoas devem se expressar, elas são chamadas de “regras de civilidade” (POST, 1986, p.710).

A dignidade que dá sentido à reputação como dignidade é, então, o respeito e o auto respeito¹⁰ que decorrem do pleno pertencimento à sociedade (*full membership in society*). Regras de civilidade são um dos meios pelos quais a sociedade define e mantém essa dignidade. Consequentemente, também é por meio dessas regras que a sociedade distingue membros de não-membros. “Pessoas que são socialmente aceitáveis serão incluídas nas formas de respeito que constituem a dignidade social; pessoas que são estigmatizadas como desviantes serão excluídas.” (POST, 1986, p.711, traduzido).

A partir dos últimos dois parágrafos, é possível concluir que a garantia da reputação como dignidade tem duas formas:

[...] a proteção do interesse de um indivíduo em sua dignidade, o que significa seu interesse em ser incluído dentro das formas de respeito social; e a garantia dos interesses da sociedade em suas regras de civilidade, o que significa seu interesse em definir e manter os contornos de sua própria constituição social (POST, 1986, p.711, traduzido).

A primeira é de certa forma misteriosa, pois, uma vez que a reputação como dignidade é vista como essencial e intrínseca aos indivíduos, a simples compensação monetária parece insuficiente para reparar possíveis danos a ela. A proteção da reputação como dignidade depende do que significa sua perda. Se o objetivo é proteger o indivíduo da perda de dignidade que ocorre quando ele é injustamente excluído do acolhimento das regras de civilidade de uma comunidade, então, a proteção de sua reputação deve implicar a confirmação do seu pertencimento à comunidade (POST, 1986, p. 712). A garantia do direito à honra é caso exemplar de proteção dessa espécie, mas a garantia dos demais direitos da personalidade (intimidade, privacidade, direito à imagem, ao nome, etc.) deve ser pensada também nesses termos.

¹⁰ Quando falamos especificamente sobre o direito à honra, entende-se que a honra objetiva está resguardada pela garantia do respeito próprio do pertencimento pleno em sociedade; o resguardo da honra subjetiva, por sua vez, se dá pela garantia do auto respeito próprio àqueles que são membros plenos da sociedade.

Nesse cenário, disputas judiciais sobre a violação ou não do direito à honra podem ser vistas como interpretações competitivas de dado comportamento: de um lado, alega-se que a violação ao direito à honra é evidenciada pela incompetência social e comportamento inapropriado do réu;¹¹ por outro lado, a defesa busca sustentar que a falta de respeito foi justificada pelo comportamento do autor (POST, 1986, p. 712).¹² Posto nesses termos, o enfrentamento do litígio determinará ao fim os limites do pertencimento à comunidade.

No entanto, isso não significa que as duas formas de garantia da reputação como dignidade estão sempre mutuamente implicadas, pois: “[p]roteger a dignidade individual é uma questão de defender interesses puramente privados, enquanto executar regras de civilidade é uma questão de salvaguardar o bem público inerente à manutenção da identidade da comunidade” (POST, 1986, p. 713, traduzido).

A independência da segunda forma fica clara quando pensamos em institutos jurídicos que resguardam regras de civilidade mesmo quando a dignidade individual não está efetivamente em risco. No Direito brasileiro, temos exemplos nas referências aos bons costumes no Código Civil. Destaca-se a seguinte previsão, cujas repercussões na comunicação e expressão a qualifica como regra de civilidade:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, *ou contrariar os bons costumes* (BRASIL, 2002, grifos adicionados).

A Lei de Segurança Nacional de 1983 também ilustra o interesse da sociedade em definir e manter os contornos de sua própria constituição social, quando define como crime:

Art. 22 - Fazer, em público, propaganda:

I - de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social;
II - de discriminação racial, de luta pela violência entre as classes sociais, de perseguição religiosa;

III - de guerra;

IV - de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço quando a propaganda for feita em local de trabalho ou por meio de rádio ou televisão.

§ 2º - Sujeita-se à mesma pena quem distribui ou redistribui:

¹¹ Se se trata de violação à honra objetiva ou subjetiva, dependerá de como se dá a denúncia inapropriada de violação das regras de deferência e postura.

¹² Usei o termo “autor” para me referir ao interesse do polo ativo de uma ação judicial, facilitando a exposição do argumento. Mas, vale ressaltar, isso não significa que o exposto não abrange as ações penais cuja legitimidade ativa é do Ministério Público.

- a) fundos destinados a realizar a propaganda de que trata este artigo;
- b) ostensiva ou clandestinamente boletins ou panfletos contendo a mesma propaganda.

Pena: detenção, de 1 a 4 anos. (BRASIL, 1983)

Pode-se responder que não há aqui maiores questões quanto à livre expressão dessas ideias, pois em seguida a lei estabelece no §3º do mesmo artigo: “Não constitui propaganda criminosa a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas.” (BRASIL, 1983). Entretanto, essa ressalva não basta, já que a defesa das referidas ideias ainda é proibida. A leitura mais coerente parece ser a de que: busca-se com o artigo a manutenção dos contornos da constituição social pela preservação do que nela se definiu como ideias corretas.

A independência da segunda função em relação à primeira também é evidenciada quando a reputação como dignidade do indivíduo é violada, mas em razão das regras de civilidade sob as quais o *self* foi constituído, o Judiciário não reconhece sua pretensão por reparação (POST, 1986, p. 714). Isso ocorreria, por exemplo, se um homem ajuizasse ação por entender que ter sido chamado de gay por outro atenta contra sua honra, e o Judiciário negasse a reparação por entender que o sentimento de ofensa existe, mas que ele não se justifica. Em outras palavras, mesmo que tal “acusação” violasse o respeito e o auto respeito próprios ao grupo a que o ofendido pertence, as regras sociais ali estabelecidas não são vistas como merecedoras de proteção jurídica.

Esse último ponto é revelador de uma sutileza própria à proteção da reputação como dignidade pela via judicial: é necessário determinar qual a referência para estabelecer se dada expressão é ofensiva. Qual a referência adequada? O bairro em que se mora, a classe profissional a que se pertence, as associações das quais se faz parte, a religião majoritária na comunidade, o código moral do filósofo ilustrado, os valores constitucionais democráticos? A questão essencial aqui não é somente a proteção da dignidade individual, mas quais comunidades o direito vai auxiliar na manutenção de sua identidade cultural (POST, 1986, 714-15). Essa é uma questão bastante complexa, e que é enfrentada de forma mais detida com o desenvolvimento do princípio da ofensa no capítulo seguinte.

Retomando o cerne da reputação como dignidade, vemos que a identidade individual é de alguma forma constituída pela reputação, e nesse aspecto a concepção de reputação como dignidade é similar à reputação como *status* social. Não obstante, a última enfatiza os atributos da identidade pessoal vinculados às características de papéis sociais

específicos, enquanto a reputação como dignidade enfatiza os aspectos da identidade pessoal vinculados ao pertencimento à comunidade. Para a concepção de reputação como *status* social, a proteção jurídica da reputação resguarda os aspectos que distinguem determinado grupo do resto da sociedade. Já para a concepção de reputação como dignidade, na perspectiva do indivíduo, a proteção da reputação é inclusiva, pois resguarda sua integração à comunidade; e na perspectiva da sociedade, sua proteção é constitutiva, pois define as fronteiras e a natureza da comunidade (POST, 1986, p.715).

O contraste entre ambas concepções é valioso para a apresentação de qual imagem de sociedade subjaz a concepção de reputação como dignidade. Trata-se de uma imagem inclusiva, isto é, de uma entidade social que transcende papéis e classes particulares e *status* grupais. É uma imagem que, assim, fornece um fundamento à percepção contemporânea de uma dignidade humana universal. A essa sociedade dá-se o nome de “sociedade comunitarista”. Nesse contexto, recusa-se teorias de direito natural, para sustentar que a dignidade intrínseca a todo ser humano é “[...] nada mais, nem menos do que o potencial de cada pessoa ser admitida como membra de uma sociedade [ou comunidade], [que é] definida pela observância recíproca de regras de civilidade” (POST, 1986, p. 716, traduzido).

Sociedades comunitaristas e de mercado têm em comum seu compromisso com a igualdade. “Tal como nas sociedades de mercado todas as pessoas estão igualmente subordinadas ao mercado, nas sociedades comunitaristas todas as pessoas são igualmente elegíveis à inclusão na comunidade” (POST, 1986, p.716-17, traduzido). No mais, ambas as sociedades são radicalmente distintas. Nas de mercado, os indivíduos criam sua reputação; nas comunitaristas os indivíduos são criados pela sua reputação, de certa forma. Naquelas, a reputação é um bem privado; nas últimas, a reputação é um bem tanto público quanto privado. Por fim, naquelas, a reputação é uma forma de propriedade cujo valor é determinado pelo mercado; e nas últimas a reputação é constitutiva da identidade individual e social, o que torna sua redução a valores monetários inadequada (POST, 1986, p.716-17).

3. Legitimidade e justificação pública

As distinções entre as concepções de reputação foram feitas em razão do problema a que essa pesquisa pretende fornecer uma resposta. Compreende-se a liberdade de expressão como liberdade liberal. Logo, esta é compreendida como conceito moral que

determina uma forma de estruturação das instituições estatais (RAWLS, 1999, p.177). Isto posto, o problema nos convida a investigar como a reputação qualifica a força moral do referido conceito.

As concepções de reputação foram introduzidas como passo preliminar. Apenas a título de síntese das particularidades de cada concepção, apresenta-se o Quadro 1. Nele, constam as concepções de reputação e as respectivas imagens de sociedade por elas pressupostas. Lembremos: quando se analisa os danos à reputação juridicamente definidos e proibidos, conclui-se que o que está sendo tutelado é um tipo de percepção social que o direito considera “normal”, “desejável” ou merecedora da proteção da lei.

Esse tipo de tutela é espécie de um gênero mais amplo, qual seja: as normas definidoras de quais são as formas de respeito que os indivíduos devem manifestar aos demais e das formas de autorrespeito a que tem direito (POST, 1989, p.964). Essas normas dão os contornos normativos e substância à sociedade que as compartilha como regras sociais, pois constituem as pretensões especiais que os membros de uma comunidade têm em relação aos demais membros. Portanto, é por meio da socialização com base nelas e de sua afirmação nas interações sociais que uma comunidade adquire sua forma característica e sua identidade única.

Em síntese: “[e]m um sentido que não é simplesmente metafórico, pode-se dizer que uma sociedade decorre da percepção social pela qual seus membros se conhecem e consideram uns aos outros (POST, 1986, p. 719, traduzido).” Consequentemente, conforme varia a imagem de qual é a sociedade desejável, também se modifica a natureza da reputação que o direito visa a proteger (POST, 1986, p.693). Retomado esse vínculo entre reputação e sociedade, segue o quadro:

Quadro 1- Concepções de reputação e suas imagens de sociedade

Concepções de reputação	Imagens de sociedade pressupostas pelas concepções de reputação
Reputação como propriedade	Os indivíduos percebem e avaliam uns aos outros pelas leis do mercado (sociedade de mercado).
Reputação como status social	Os indivíduos percebem e avaliam uns aos outros a partir de uma hierarquia social (sociedade da deferência)
Reputação como dignidade	Os indivíduos percebem e avaliam uns aos outros com base nas regras de

	civilidade que constituem a eticidade social (sociedade comunitarista)
--	--

O próximo passo é estipular como a reputação pode autorizar o Estado a restringir a liberdade de expressão. De forma mais específica, quer-se determinar qual o ônus argumentativo que uma decisão judicial¹³ deve satisfazer para que a primeira legitime a restrição da última.

Para que a exposição a seguir fique clara, torna-se necessário mais um passo preliminar: dar um pouco mais de conteúdo ao que se entende por liberdade de expressão. Até aqui, a sua caracterização se limitou a aspectos gerais: como liberdade liberal, a liberdade de expressão está sendo situada na reflexão sobre a legitimidade de restrições constitucionais e infraconstitucionais. Nesses termos, é definida como uma forma de estruturação das instituições estatais a partir da atribuição de direitos e deveres por um sistema público de regras (RAWLS, 1999, p.177).

A consequência de definir a liberdade de expressão como liberdade liberal é compreendê-la não apenas como um limite ao agir estatal, mas também como conceito capaz de delimitar os papéis que devem ser desempenhados pelos cidadãos e pelo Estado. Partindo dessa ideia, situo liberdade de expressão no contexto da esfera pública.

Por esfera pública, compreendo uma instituição da sociedade civil, isto é, uma forma social na qual a sociedade como um todo pode funcionar fora do âmbito do Estado (TAYLOR, 1995, p.258). De forma mais específica, a esfera pública é:

Um espaço comum no qual os membros da sociedade se encontram por meio de uma série de mídias (impressas, eletrônicas) ou face a face para discutir assuntos de interesse comum, e para, assim, formarem uma opinião comum [*common mind*] sobre esses assuntos. Falo de um “espaço comum” porque, mesmo que as mídias sejam múltiplas, tal como as trocas que nelas ocorrem, considera-se que elas sejam a princípio intercomunicáveis. A discussão que podemos estar tendo na televisão nesse exato momento leva em conta o que foi dito no jornal impresso de manhã, que, por sua vez, informa sobre o debate no rádio ontem, e assim por diante (TAYLOR, 1995, p.259, traduzido).

Diante dessas considerações, é importante notar que uma opinião geral, ou senso-comum, sempre acompanhou as organizações sociais humanas. Entretanto, anteriormente ao amadurecimento da esfera pública em sociedades liberais, essa opinião era irrefletida, não mediada pela discussão e crítica, sendo passivamente inculcada de geração em

¹³ Uso o termo de forma genérica, isto é, inclui-se aqui decisão judicial e acórdãos.

geração (TAYLOR, 1995, 260). Em contraste, sob a esfera pública liberal, a opinião pública é produto de reflexão cuja origem é a discussão, e, portanto, reflete um consenso ativamente produzido (TAYLOR, 1995, p.261).

A diferença crucial entre os dois casos referidos pela expressão “opinião comum/pública” reside no processo de sua formação. No primeiro caso, se duas pessoas possuem a mesma opinião, isso quer dizer que tiveram um processo de socialização semelhante. No segundo caso, duas pessoas possuirão a mesma opinião apenas *se tiverem se inserido de alguma forma no espaço comum de discussão*, trocando argumentos— não necessariamente entre si — e chegando às mesmas conclusões (TAYLOR, 1995, p. 261).

Há um espaço comum quando as pessoas se reúnem em um empreendimento coletivo compreendendo que o fazem como integrantes de uma iniciativa conjunta, e não simplesmente convergem na satisfação de seus interesses privados (TAYLOR, 1995, p.262). Um exemplo intuitivo de espaço comum são as ocasiões em que pessoas se reúnem por algum propósito (uma conversa, um protesto, a celebração de um grande evento). Não obstante ser um espaço comum, a esfera pública não se apresenta nesses termos, pois condensa diferentes espaços em um espaço mais amplo que transcende as localidades e o tempo (TAYLOR, 1995, p.263). Isso, pois, a esfera pública é marcada pela intercomunicação: discutimos hoje a resenha que um jornal publicou ontem de um filme, que, por sua vez, reinterpreta um acontecimento amplamente noticiado no passado, e assim por diante. Consequentemente, a existência da esfera pública depende de que cada um dos encontros físicos ou mediados midiaticamente seja compreendido pelos participantes como parte de uma única discussão, na qual se busca uma resolução comum (TAYLOR, 1995, p.262).

Mas, é factível cogitar que os participantes do debate público compartilham essa autocompreensão de si e do processo no qual se engajam? A dúvida se acentua quando o contexto tratado é o de uma sociedade moderna, na qual comporta-se diversas comunidades éticas. Nesse tipo de organização, há diversos grupos sociais que se constituem por fornecerem e unirem pessoas em torno de respostas sobre os valores, ideais e fins últimos que constituem uma boa vida e que fornecem orientação sobre como concretizá-la. Soma-se à pluralidade irreconciliável de cosmovisões e concepções de bem o fato de que as diversas comunidades éticas são mutáveis e dinâmicas em sua conformação. A pergunta pode ser posta em outros termos: por que indivíduos que divergem profundamente entre si conceberiam seu dissenso como a busca por uma solução comum?

A resposta passa pela introdução de mais uma qualidade à compreensão de liberdade de expressão a ser adotada no presente trabalho. Para retomar, penso a liberdade de expressão como conceito moral que nos orienta na definição dos papéis que cabem ao Estado e aos cidadãos.¹⁴ Especificamente, a considero conceito central para definir quais regulações na esfera pública são justificáveis. A esses elementos adiciona-se a ideia de que a proteção da liberdade de expressão é um componente necessário de uma democracia.

Um regime democrático é caracterizado por uma ordenação específica entre governo e cidadãos, sendo essa especificidade capturada por dois preceitos: 1) um compromisso com a soberania popular— o estado de coisas em que o povo exerce o controle último sob seu governo; 2) a igualdade política formal de cada cidadão. A liberdade de expressão é necessária tanto à soberania popular, quanto à igualdade política formal (BHAGWAT; WEINSTEIN, 2021, p.83).

A soberania popular exige que o povo, quer diretamente ou a partir de seus representantes eleitos, tenha condições institucionais de controlar a conduta do governo. A forma mais direta e paradigmática de controle popular é o voto, que elege representantes e/ou permite a participação em tomadas de decisão direta que se dão sob a forma de referendos, plebiscitos e afins. Entretanto, há outro mecanismo de controle popular, menos direto e igualmente importante: o direito de um povo de discutir livremente sobre as decisões coletivas que afetam a todos enquanto cidadãos (BHAGWAT; WEINSTEIN, 2021, p.84).

Esse direito adquire especial importância numa democracia indireta, na qual os representantes não apenas são escolhidos pelo povo, mas devem exercer seus poderes legislativos e executivos como representantes dos interesses do povo. Assim, a discussão sobre a (in)correção, (i)legitimidade ou (im)pertinência do modo como a sociedade está sendo gerida— a opinião pública— é fundamental para o controle democrático do governo. Entretanto, esse controle apenas poderá ser efetivo e espontâneo se garantida a liberdade de contribuir à formação da opinião pública. Sem tal garantia, torna-se possível às autoridades moldar coercitivamente a opinião pública de acordo com seus interesses (BHAGWAT; WEINSTEIN, 2021, p.85-86).

A conexão entre liberdade de expressão e soberania popular acima explorada se estabelece decisivamente em razão da importância dos representantes eleitos se

¹⁴ Para aprofundar esse ponto, ver nota 3.

informarem sobre e responderem de acordo com as opiniões de seus representantes. Em síntese, a ênfase é na função informativa que o referido direito pode exercer: o foco é nos receptores da expressão. A função informativa também vai no outro sentido da relação representantes-representados, ao permitir expressões que informam o eleitorado, de forma a habilitá-lo a votar inteligentemente. Além disso, inclui-se aqui as expressões que permitem aos cidadãos adquirir maior conhecimento sobre determinado assunto de interesse público, e, assim, ter mais condições de debater e convencer seus pares (BHAGWAT; WEINSTEIN, 2021, p.90-91).

É possível ampliar esse argumento de forma a incluir todos os agentes públicos. Por agentes públicos, vale lembrar, compreendo o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública (BRASIL, 1992). Uma vez que atuam em nome do Estado, e que no Brasil esse é estruturado numa ordem constitucional democrática, esses agentes também respondem em nome do povo. No que diz respeito à função informativa da liberdade de expressão, é fundamental que os cidadãos possam se manifestar para que o poder público possa compreender onde e de que forma políticas públicas são necessárias à população. Além disso, é fundamental que os cidadãos possam se informar sobre como atuam os ocupantes de cargos na estrutura do Estado, para que, assim, possam argumentar sobre como sua comunidade está sendo gerida e como ela deve ser gerida no futuro.

A liberdade de expressão derivada da igualdade política formal também inclui a expressão de informações e ideias pelas quais os emissores tentam influenciar a opinião pública. Entretanto, o fundamento desse direito é a consideração dos cidadãos como agentes responsáveis, capazes de participarem do processo de autogoverno, e que, portanto, não devem ser tratados como simples vítimas ou objetos da ação coletiva. Essa particularidade implica a oportunidade livre e igual de tentar persuadir os demais sobre os melhores caminhos para a sociedade, mesmo quando fazê-lo não fornece aos destinatários informações ou perspectivas úteis. Por isso, sob esse fundamento, a liberdade de expressão é mais ampla do que quando falamos da função informativa. O foco aqui é no emissor da expressão (BHAGWAT; WEINSTEIN, 2021, p.90-91). A diferença entre as funções informativa e legitimadora pode ser resumida da seguinte forma: a primeira é instrumentalmente útil à democracia, ao passo que a segunda é constitutiva de uma ordem democrática (WEINSTEIN, 2011, p.501).

Nesses termos, a liberdade de expressão exerce uma função legitimadora. Para os fins do presente trabalho, preocupo-me com o sentido normativo de legitimidade, isto é: o conjunto de condições que justificam moralmente uma entidade política a exigir obediência e a usar da coerção para fazer cumprir suas leis (BHAGWAT; WEINSTEIN, 2021, p.92). De forma geral, uma sociedade política é democrática quando: os cidadãos estão justificados em experienciar seu Estado como uma verdadeira forma de autodeterminação (POST, 2000, p. 2368). Chamarei essa concepção de democracia de democracia participativa. Partindo dessa definição de democracia, o uso da força contra indivíduos livres e autônomos para fazê-los obedecer a leis das quais discordam razoavelmente é justificado na medida em que a todos é garantida a oportunidade de participar como igual no processo político (BHAGWAT; WEINSTEIN, 2021, p.92)..

“[S]e os cidadãos são livres para participar na formação da opinião pública, e se as decisões do Estado¹⁵ respondem à opinião pública, os cidadãos serão capazes de experienciar seu governo como seu, mesmo se sustentam perspectivas diversas e no mais discordam” (POST, 2006, p.27). Para que isso faça sentido, então, cada cidadão deve ter a oportunidade livre e igual de tentar persuadir os demais sobre os melhores caminhos para a sociedade. Isso significa: ser livre para se expressar da forma que se crê adequada ao significado e convicção que se deseja expressar (POST, 2006, p. 29). De forma ainda mais direta: deve-se garantir uma esfera pública livre de restrições governamentais quanto à pertinência das visões expostas. Apenas assim há uma efetiva oportunidade de contribuir para a formação da opinião pública, de forma a viabilizar o compromisso com o Estado que busca satisfazê-la.

Todavia, em razão do pluralismo característico de uma sociedade moderna, esse compromisso nem sempre se dá sob a forma de um consenso quanto a posições específicas. Nas palavras, de Post:

Se usarmos o termo discussão pública [*public discourse*] para nos referirmos aos processos comunicativos pelos quais a opinião pública é formada, podemos dizer que a discussão pública tenta continuamente, mas sem sucesso, mediar a autodeterminação individual e coletiva, com vistas a produzir ‘ uma vontade

¹⁵ A referência ao Estado aqui viabiliza também estipular que a função legitimadora não se restringe à participação política nas decisões a serem tomadas por representantes eleitos, mas inclui também a atividade de agentes públicos em geral. Afinal, mesmo quando as funções dos últimos não exigem a satisfação imediata dos cidadãos, por terem por referência primeira as leis e a Constituição, a qualidade democrática da legislação implica que os agentes públicos devem estar sujeitos à crítica e à avaliação da opinião pública.

comum, comunicativamente moldada e discursivamente esclarecida na esfera pública política' (Habermas, 1987, 81). (POST, 2006, p. 28)

Uma concepção de liberdade de expressão nesses termos é satisfatória? Ela não seria excessivamente permissiva com o dissenso? A apresentação do contexto da esfera pública nos indica que os participantes da discussão pública precisam compartilhar uma autocompreensão sobre seu empreendimento para que o debate faça sentido. Podemos adicionar agora: a função legitimadora da liberdade de expressão depende de que os participantes da formação da opinião pública se vejam como parceiros do autogoverno. Mas, como isso é possível em face do pluralismo? Seria a aceitação do pluralismo como normativamente relevante, então, um erro? Essas perguntas retornarão nas próximas seções especialmente quando pensamos na restrição da liberdade de expressão em defesa da reputação como dignidade. Todavia, apenas conseguirei responde-las ao vincular a concepção de liberdade de expressão aqui exposta com a razão pública. Vale também destacar que meu foco prioritário no restante do trabalho será na função legitimadora da liberdade de expressão.

Em resumo, quando me refiro à liberdade de expressão neste trabalho tenho em vista um conceito moral a partir do qual se avalia o caráter democrático de restrições constitucionais e infraconstitucionais às comunicações na esfera pública. Esclarecido qual a compreensão da liberdade de expressão que se tem em mente, destaca-se que ela não implica a impossibilidade de regulação da discussão pública, o que significaria a impossibilidade de a reputação ser devidamente considerada. A exigência, na verdade, é a de que: qualquer regulação da discussão pública, deve ser realizada e operacionalizada de forma a não comprometer a função democrática da última (POST, 1993, p. 1121).

Nesse sentido, compreendendo a liberdade de expressão como requisito para a participação democrática, as seções que se seguem buscam fornecer critérios para a decidibilidade de controvérsias jurídicas que envolvam a liberdade de expressão e a reputação. Continua-se, assim, comprometido com a metodologia proposta, qual seja, uma teoria voltada à reflexão normativa sobre justificação jurídica.

Neste capítulo, serão introduzidos os princípios do dano, do dano público e da ofensa. O primeiro passo será apresenta-los e destacar sua íntima relação com a discussão pública. Entretanto, como os fundamentos da concepção de liberdade de expressão aqui exposta precisam ser melhor desenvolvidos, é apenas no próximo capítulo que a base moral sobre a qual os princípios propostos se apoiam ficará mais sólida. Como dito, só então o vínculo entre a justificação pública e as exigências normativas dos ideais

democráticos será devidamente estabelecido pela apresentação e defesa da ideia de razão pública.

3.1 O princípio do dano

A natureza e os limites do poder que pode ser legitimamente exercido pela sociedade sobre o indivíduo foi o objeto de estudo de John Stuart Mill em sua obra seminal *Sobre a liberdade*, publicada pela primeira vez em 1859. O autor inicia seu trabalho pontuando que direitos individuais e, posteriormente, disposições constitucionais como a separação de poderes, surgem em uma situação na qual o Estado se fazia necessário para garantir a segurança dos sujeitos, mas, ao mesmo tempo, podia oprimir seus governados (MILL, 2003, p.73).

Essa possibilidade se sustentaria pelo fato de os governantes ocuparem tal posição graças a condições que lhes opunham aos governados: capacidade militar de conquista ou hereditariedade (MILL, 2003, p.73-74). Conforme a oposição entre governantes e governados deixa de ser tão marcante, dando lugar a formas democráticas de eleição, havia a esperança de que os mecanismos de contenção da autoridade não mais seriam necessários.

Entretanto, Mill constata: o “povo” que exerce o poder não é o mesmo povo sobre o qual o poder é exercido, isto é, o autogoverno não seria o governo de cada um por si próprio, mas de cada um por aqueles capazes de formar uma maioria (MILL, 2003, p.75). Em razão disso, conclui, a limitação do poder do governo sobre os indivíduos não perde nem um pouco sua importância quando aqueles que possuem o poder respondem regularmente à comunidade.

A tirania da maioria é, então, uma possibilidade. Possibilidade cuja concretização se daria principalmente por meio dos atos das autoridades públicas, mas que não se limitariam a eles, segundo Mill. A proteção contra a tirania sobre os indivíduos exigiria também o combate à tendência da sociedade de impor por meios que não os jurídicos suas ideias e práticas sobre aqueles que dela discordam, adequando todos os caracteres ao seu modelo hegemônico. O objetivo aqui não é a negação da vida social, mas antes a garantia de que a sociedade não faça exigências arbitrárias, sufocando indevidamente a individualidade (MILL, 2003, p. 76).

Diante dessas considerações, Mill pontua a necessidade dos limites da autoridade política e cívica. Segundo ele, a necessidade de limites é amplamente compartilhada, pois

tudo que torna a existência valiosa às pessoas depende da garantia de limites às ações de outras pessoas. Regras de conduta, portanto, devem ser impostas, pelo direito inicialmente, e pela opinião pública nos assuntos não adequados à regulação jurídica (MILL, 2003, p.76). Isso não é exclusividade de seu tempo e posição geográfica, sendo ainda um diagnóstico verdadeiro para nosso tempo e situação. Entretanto, esse consenso não é acompanhado de um esforço prático de fazer o ajuste fino entre a independência individual e o controle social. O que se vê é o reconhecimento da importância desse ajuste, sem que haja o esforço de compreender o que ele exige, salvo nos casos mais óbvios (MILL, 2003 p. 77).

A dificuldade teórica de fornecer um argumento sobre os limites do controle social sobre o indivíduo, por sua vez, está em contraste com as opiniões dos cidadãos quanto aos referidos limites. As regras estabelecidas lhes parecem auto evidentes e auto justificáveis (MILL, 2003, p.77). Mill diagnostica essa realidade e atribui sua causa à prevalência do costume, que afirmaria a superioridade de impressões e sentimentos sobre razões. A predominância dos sentimentos em face da razão faria com que o princípio prático subjacente à opinião dos cidadãos fosse o sentimento de que se deveria exigir as condutas que eles e aqueles que com eles simpatizam gostariam que ocorressem.

Todavia, os cidadãos não confessam que suas preferências são o parâmetro de julgamento; só que também não fornecem publicamente razões, reduzindo suas opiniões a preferências. Da mesma forma, se a única razão fornecida é aquilo que outros pensam, o fundamento das opiniões se transforma nas preferências de terceiros (MILL, 2003, p.77).

Nesse cenário, as opiniões dos cidadãos sobre o que é meritório ou condenável são afetadas, portanto, pelas diversas causas que influenciam suas preferências em relação à conduta de terceiros. Dentre essas causas, temos: às vezes a razão dos cidadãos, em outros momentos seus preconceitos, frequentemente seus afetos sociais, ou seus sentimentos antissociais, sua arrogância e desprezo (MILL, 2003, p.77). E, onde quer que haja uma classe dominante, grande parte da moralidade positiva emanará de seus interesses de classe e sentimentos de superioridade (MILL, 2003, p.77). Ao fim, não há um princípio reconhecido pelo qual a propriedade ou impropriedade da interferência governamental possa ser avaliada (MILL, 2003, p. 79).

Esse estado de coisas não é contornado também, pois aqueles que se dedicaram a pensar a legitimidade da ação estatal não viram a necessidade de fornecer princípios para orientar a resolução de controvérsias, mesmo que tenham se interessado por algumas das

controvérsias (MILL 2003, p.78). Eles se ocuparam mais em investigar quais coisas a sociedade deve aprovar ou desaprovar, ao invés de se perguntar se sua aprovação ou desaprovação deveria ser lei para os indivíduos. A preferência dos reformistas, portanto, era por alterar os sentimentos sociais nos pontos em que eram hereges, ao invés de defender a causa comum da liberdade ao lado de todos os hereges (MILL, 2003, p.78).

O debate brasileiro contemporâneo sobre os limites da liberdade de expressão parece padecer de problema semelhante ao diagnosticado por Mill. Argumentos em defesa de quais expressões a sociedade deve aprovar ou desaprovar são mais frequentes do que a preocupação com a definição de quais expressões devem ser livres do controle social.¹⁶ Em outras palavras, não se discute tanto quanto devido se a aprovação ou desaprovação social deveriam ser definidoras do que será protegido jurídica e socialmente como livre expressão.

O resultado é: quando a liberdade de expressão está em jogo na esfera pública brasileira, a interferência do governo é reclamada e condenada inapropriadamente (MILL, 2003, p. 80). A impropriedade se deve à ausência de fundamentação consistente e publicamente sustentada daquilo que cabe ou não ao governo fazer.

Voltando à teoria de Mill, como ele supre essa falta? Pela proposição do princípio do dano. Nas palavras do autor,

O objeto desse artigo é afirmar um princípio bem simples, como próprio a governar absolutamente o trato do indivíduo pela sociedade sob a forma de

¹⁶ Dois casos ilustram bem essa tendência. O primeiro foi a concessão de liminar por um desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) ao pedido da deputada Maria do Rosário (PT-RS) para que fosse retirado do Facebook, Youtube e do Twitter um vídeo do humorista Danilo Gentili. No vídeo, Gentili rasga uma notificação extrajudicial enviada pela deputada, esfrega os papéis nas partes íntimas e envia-os de volta à parlamentar, usando linguajar pesado e irônico. Para que o caso permita a melhor compreensão da crítica acima, ver as críticas de Ronaldo Macedo e Leonardo Rosa à decisão: GAZETA DO POVO. Danilo Gentili X Maria do Rosário: liberdade de expressão ou crime? Dilema jurídico. 06 de jun. 2017. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/danilo-gentili-x-maria-do-rosario-liberdade-de-expressao-ou-crime-6p4gosfe79319clq48678mneu/>. O segundo foi o inquérito das Fake News, instaurado pelo ministro Dias Toffoli em 2019 para investigar supostos crimes que “atingem a honorabilidade e a segurança do STF, de seus membros e familiares”. Para os fins de esclarecimento do trecho a que essa nota pertence, importa aqui a investigação de falas proferidas em manifestações contrárias ao STF. Nelas, os ministros foram chamados de golpistas, burros e vagabundos. Eles são também acusados de matar o povo de fome, trabalhar para bandidos e de rasgar a Constituição. O problema da argumentação da Corte diante dessas expressões foi se ater à propriedade do conteúdo das mensagens, deixando de refletir sobre se o direito à crítica, parte da liberdade de expressão, inclui ou não falas dessa espécie. Para o diagnóstico desse problema e de outros na decisão do STF de ir contra a ação proposta pela Rede Sustentabilidade que pedia o fim do inquérito das fake News, ver: GROSS, Clarissa; ROSA, Leonardo. O duplo cerco à liberdade de expressão: No inquérito das fake news, o STF não diferencia uso e abuso da liberdade de expressão, mas lhe impõe um segundo cerco. LAUT (Liberdade e Autoritarismo), Folha de São Paulo, 01 set. 2020. Disponível em: <https://quatrocincom.folha.uol.com.br/br/artigos/1/o-duplo-cerco-a-liberdade-de-expressao>

compulsão e controle, quer os meios utilizados sejam a força física na forma de penalidades jurídicas, ou a coerção moral da opinião pública. Esse princípio é que o único fim pelo qual a humanidade está autorizada, individual ou coletivamente, a interferir na liberdade de ação de qualquer de seus membros é a autoproteção. *O único propósito pelo qual o poder pode ser justamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada contra sua vontade é o de prevenir danos a outros.* Seu próprio bem, quer físico ou moral, não é uma autorização suficiente. Ele não pode ser justamente compelido a fazer ou deixar de fazer por que lhe será melhor agir assim, porque o fará mais feliz, porque, na opinião de outros, fazê-lo será sábio, ou mesmo justo. Essas são boas razões para se queixar com ele, ou argumentar com ele, ou persuadi-lo, ou tentar convencê-lo, mas não para o compelir, ou lhe impor um mal, caso ele aja de outra forma. Para justificar isso, a conduta da qual se deseja dissuadi-lo deve ser calculada para produzir um mal a outra pessoa. A única parte da conduta de alguém pela qual ele é responsável à sociedade é aquela que diz respeito a outros. Na parte que apenas lhe diz respeito, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu corpo e mente, o indivíduo é soberano (MILL, 2003, p. 80-81, traduzido, destaque adicionado).

Em síntese, o indivíduo é livre para definir e perseguir seus projetos de vida, na medida em que isso seja compatível com a igual liberdade dos demais. A “região apropriada da liberdade humana”, portanto, é toda a parcela da vida e conduta de uma pessoa que apenas a afeta, ou que, se afeta também a outros, o faz apenas em razão deles terem consentido e participado de forma livre, voluntária e informada (MILL, 2003, p. 82).

Nessa “região”, são fundamentais (MILL, 2003, p.82-83): 1) a proteção do domínio da consciência interna pela liberdade de consciência, pensamento e sentimento e pela liberdade de opinar e ter sentimentos sobre os mais variados assuntos práticos, especulativos, morais, teológicos. Inclui-se aqui também a liberdade de expressar e publicar opiniões; 2) liberdade de gostos e projetos, isto é, de elaborar um plano de vida e busca-lo sem impedimento dos nossos companheiros humanos, desde que não lhes causemos dano; 3) liberdade de se associar para qualquer propósito, desde que a associação não envolva danos a terceiros e que todos associados sejam maiores de idade e tenham aderido de forma voluntária e informada.

A dificuldade que vem à tona, para que os contornos da região de liberdade fiquem claros, é definir o que é o dano, isto é, qual tipo de ação excede aquilo que é legítimo a cada um cultivar e buscar em sua vida. Para o autor, os interesses protegidos pelo princípio proposto são determinados a partir de uma fundamentação utilitarista:

É adequado destacar que eu renuncio a qualquer vantagem que possa ser atribuída ao meu argumento a partir da ideia de direito abstrato, como sendo algo independente da utilidade. Eu considero a utilidade o fundamento último em todas as questões éticas; mas deve ser a utilidade em seu sentido mais

amplo, fundada nos interesses do homem como um ser progressivo (MILL, 2003, p. 81).

A fundamentação utilitarista faz com que o apelo intuitivo do princípio do dano se fragilize. Não defenderei um argumento contra o utilitarismo, mas creio que ele contraria nossas intuições democráticas,¹⁷ o que torna necessário ver se o princípio do dano consegue ser reformulado sem depender de uma teoria dessa natureza.

Uma alternativa ao utilitarismo deve ser buscada tendo em vista a necessidade de o princípio do dano ser compatível com a importância da liberdade de expressão para a autodeterminação democrática. Dessa forma, a adoção do princípio do dano se justificará no presente trabalho se se mostrar necessária à formação da opinião pública e à posterior subordinação do governo à última. Se estabelecido que tal princípio é assim necessário, cabe pensarmos no conteúdo de seus termos.

3.1.1 Princípio do dano e a discussão pública

Após propor o princípio do dano, Mill indica que a sequência de sua exposição é dedicada a pensar um tópico específico a partir do qual se evidencia a pertinência do princípio proposto, qual seja: a liberdade de opinião e discussão (MILL, 2003, p.27). Entretanto, a conexão entre o princípio do dano e a defesa milliana da liberdade de expressão não é tão clara quanto deveria.¹⁸ Assim, cabe a nós interpretar como ela se articula.

De forma bastante sintética, Mill (2003, p.86-120) desenvolve quatro argumentos para defender a liberdade de opinião e discussão. Primeiro, se se silencia coercitivamente

¹⁷ Rawls (1999) fornece um longo argumento com várias partes para sustentar essa ideia. Uma brevíssima compreensão de por que o utilitarismo parece inadequado a cidadãos com intuições democráticas pode ser obtida ao se constatar que o método agregacionista utilitário acaba por condicionar direitos individuais à maximização da utilidade. Nesse sentido, o utilitarismo não levaria à sério a distinção entre pessoas. Ver: RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, §§5-6.

¹⁸ O exemplo dos comerciantes de milho me parece mais uma representação da conclusão que Mill defende do que um argumento. Ele vai dizer: [...] even opinions lose their immunity, when the circumstances in which they are expressed are such as to constitute their expression a positive instigation to some mischievous act. An opinion that corndealers are starvers of the poor, or that private property is robbery, ought to be unmolested when simply circulated through the press, but may justly incur punishment when delivered orally to an excited mob assembled before the house of a corn-dealer, or when handed about among the same mob in the form of a placard. Acts of whatever kind, which, without justifiable cause, do harm to others, may be, and in the more important cases absolutely require to be, controlled by the unfavorable sentiments, and, when needful, by the active interference of mankind. The liberty of the individual must be thus far limited [...]. Ver: MILL, John Stuart. *On liberty*. David Bromwich e George Kateb (ed.). Vail-Ballou Press, Binghamton, Nova Iorque, p.121.

uma opinião, podemos estar nos privando de uma opinião que, até onde sabemos, podia ser verdadeira. Negar isso é pressupor que somos infalíveis. Segundo, pode ser que a opinião silenciada seja equivocada, mas que contenha uma parcela da verdade, cuja contribuição se perde, já que é apenas na colisão de opiniões contrárias que o restante da verdade pode emergir. Terceiro, mesmo que a opinião predominante não apenas contenha parcela da verdade, mas seja toda a verdade, ao menos que seja vigorosamente contestada, se tornará um mero dogma. Conseqüentemente, e essa é a quarta razão, a doutrina professada, mesmo sendo verdadeira, corre o risco de perder seu apelo ao caráter e à conduta dos indivíduos, já que as razões de sua veracidade perderão sua vitalidade.

Os quatro pontos são desenvolvimentos da seguinte ideia: “A completa liberdade de contradizer e refutar nossa opinião é a própria condição que nos justifica a considerar sua verdade para os fins do agir; e de nenhuma outra forma pode um ser com faculdades humanas ter qualquer certeza racional de estar correto” (MILL, 2003, p.89, traduzido).

Logo, se há a preponderância de opiniões e condutas racionais entre os seres humanos— e Mill acredita que há—, isso se deve àquela que é a fonte de tudo que é respeitável no ser humano: sua capacidade de corrigir seus erros. O exercício dessa capacidade requer não só a experiência, mas também a discussão já que a interpretação dos fatos é também fundamental. Assim, são atitudes fundamentais: (i) abrir-se às mais diversas críticas às opiniões e ações que se sustenta, (ii) aproveitar aquilo que se justifica e (iii) corrigir aquilo que, apesar de antes ser tomado como certo, era falacioso (MILL, 2003, p. 90).

E o princípio do dano? Estabelecidos os pressupostos do argumento de Mill para a defesa da liberdade de discussão e opinião, o princípio do dano deve sua força ao fato de que é pressuposto da livre discussão. Se assim não fosse, tal princípio seria considerado como mais uma contribuição ao debate. O equívoco dessa posição vem à luz quando imaginamos um embate entre proponentes do princípio do dano e proponentes de um princípio segundo o qual a violação de direitos não impede o debate. Suponhamos que os últimos saiam vencedores após agredirem os primeiros. Pode-se dizer coerentemente que se tratou de uma livre discussão?

Em outras palavras, não faz sentido discutir se a livre discussão demanda o respeito de direitos para ser qualificada como livre, pois o próprio ato de discutir já toma como pressuposto que a decisão a ser tomada deve ser produto da razão, e não da força. Por mais diversas que sejam as opiniões que se embatem no debate público, tudo mais

constante, elas tomam como ponto de partida que a prática em que se engajam é de troca de ideias e não de violência.

Mas, pode-se contestar: não seria a própria ideia de agressão/violação de direitos passível de debate? A amplitude dessa ideia pode ser discutida, mas sua incompatibilidade com a ideia de livre discussão é mais difícil de contestar, sem cair em contradições. Essa objeção é importante, pois indica que, para que o princípio do dano se afirme como um pressuposto da discussão pública, e, portanto, como limite aceitável a todos os participantes do debate, ele deve ser estritamente definido.

Uma observação aqui se faz pertinente: não se adota a defesa da liberdade de opinião e discussão feita por Mill, pois ela não é pertinente ao contexto político, objeto de estudo neste trabalho. Vê-se que os quatro argumentos para sustentar tal liberdade se vinculam à busca pela verdade, o que apenas é possível se providas algumas condições. Dentre elas, como o autor bem aponta, estão: abrir-se às mais diversas críticas das opiniões e ações que se sustenta, aproveitar aquilo que se justifica e corrigir aquilo que, apesar de antes ser tomado como certo, era falacioso (MILL, 2003, p. 90). Entretanto, essas condições não são necessárias para a constituição do debate político,¹⁹ e nem deveriam, já que ele não se volta à busca pela verdade (POST, 2000, p.2363-2366). Além disso, há um problema mais fundamental: se justificamos a liberdade de expressão na sua capacidade de viabilizar a preponderância de opiniões e condutas racionais, ela é apenas instrumentalmente justificada (WEINSTEIN, 2011, p. 502). Ou seja, se constatarmos que, ao contrário do que pensávamos, ela não é útil para alcançarmos nossas metas coletivas, poderíamos restringir o referido direito. O equívoco dessa posição é ressaltado com uma defesa alternativa do propósito da discussão pública.

E qual, então, o propósito da discussão pública? Como dito, é a autodeterminação democrática. Nesses termos: “[...] o âmbito de discussão pública deve ser conceituado como a arena na qual os cidadãos são livres para reconciliar suas diferenças e (re) construir uma identidade nacional²⁰ *distinta e mutável*” (POST, 1993, p. 1116, traduzido, grifo adicionado). Portanto, a defesa da liberdade de expressão pela democracia participativa exige que o âmbito de discussão pública seja exceção à forma com que o

¹⁹ Não descarto a importância das virtudes para um debate público sadio e produtivo. Apenas ressalto que há política e discussão pública mesmo quando ausentes essas disposições. O mesmo não é verdade quando falamos da busca pela verdade: sem algumas pré-disposições, não temos somente uma investigação ruim, mas não temos sequer um esforço de investigação.

²⁰ Por identidade nacional tenho em vista a autocompreensão que os participantes do debate público têm de si enquanto membros de um empreendimento comum: a discussão sobre como devem viver coletivamente.

Estado normalmente atua. Ordinariamente, a regulação de comportamentos pelo Estado pressupõe e implementa uma concepção de como devemos viver coletivamente— uma ideia de bem-comum. Por exemplo, criminaliza-se o uso abusivo de drogas ou a discriminação racial, pois tais condutas são, ao fim, inconsistentes com o tipo de sociedade que se avalia que devemos ser. O argumento aqui defendido é de que essas práticas regulatórias e as demais políticas públicas têm sua legitimidade dependentes da não regulação da discussão pública com vistas a afirmar uma visão específica de como devemos viver. Com isso em mente, é possível postular novamente: a liberdade de expressão é direito necessário à participação política. Dessa forma, restringi-la por sua incapacidade de promover metas coletivas implica considerar os cidadãos como meros objetos ou recipientes das políticas públicas.

Logo, há uma radicalidade na compreensão de liberdade aqui exposta. Não se defende apenas que não cabe ao Estado interferir na discussão pública, condicionando as ideias dos cidadãos sobre o que satisfaz ou não o melhor interesse da vida coletiva. Defende-se também a neutralidade do Estado em face de compreensões sobre o que é uma boa ou má vida coletiva, ou seja, deve-se permitir a divergência não apenas sobre se X é ou não legítimo, mas sobre o que é legitimidade. A consequência da proteção dessa esfera deliberativa, portanto, é a submissão das compreensões de bem-comum (identidade nacional) tornadas públicas por meio do Direito ao escrutínio perene da crítica cidadã (POST, 1990, p.633). Por isso, não se fala de um “mercado livre de ideias”, mas de um “mercado livre de comunidades” (POST, 1990, p.632).

A ideia de um “mercado livre de comunidades” também pode ser compreendida sob a ideia de secularidade radical, que Charles Taylor (1995, p.267) defende ser uma peculiaridade da esfera pública moderna. Nessa passagem, o autor entende secularidade em seu sentido etimológico: como algo em oposição à transcendência, e não só à religião. Partindo dessa ideia, ele defende que a esfera pública moderna é radicalmente secular na medida em que sua constituição não depende de nada além da ação comum daqueles que se engajam na discussão pública. Isto é: sua existência se resume à prática de trocar argumentos em busca de um entendimento comum. Por isso, no seio da discussão pública a ideia de identidade nacional não é pressuposta; se assim fosse, ela seria inquestionável, sob pena da ação coletiva deixar de fazer sentido. Não é isso que ocorre, e nem o que deve ocorrer para que a esfera pública seja *locus* de livre debate e formação da opinião pública. Assim, a identidade nacional forjada na discussão pública deve ser lida como distinta e mutável.

Entretanto, as considerações sobre a compatibilidade do princípio do dano com a discussão pública se mantêm pertinentes, mesmo se adotando concepção distinta de liberdade de expressão. A razão para tanto reside no fato de que o princípio do dano é condição que todos os envolvidos na discussão pública conseguem entender e aceitar, não obstante estarem divididos por concepções de bem e cosmovisões antagônicas. Dessa forma, a pertinência do princípio do dano à discussão pública não transcende, mas, pelo contrário, tem como fundamento a ação comum daqueles que se engajam na discussão pública.

Podemos aqui adiantar algo que ficará mais claro com a ideia de razão pública. Numa democracia os cidadãos são considerados como livres e iguais. O processo de discussão que leva à formação da opinião pública deve ser respeitado, pois é o momento em que cidadãos assim concebidos exercerão sua autonomia para estabelecer como querem viver sua vida comum (POST, 1993, p.1128-1133). Nesse processo dialógico, dão sentido provisório e mutável à ideia de povo, isto é, à sua identidade coletiva, a quem o governo deve responder. O respeito à discussão pública e à opinião pública que nela se forma é, portanto, sinônimo de respeito às faculdades morais dos cidadãos concebidos como livres e iguais. Os direitos são condições para o exercício das faculdades morais dos cidadãos. Logo, o respeito a direitos, exigido pelo princípio do dano sob uma leitura não-utilitária, é condição que cidadãos livres e iguais aceitam como pressuposto da própria discussão pública. Em outras palavras, como veremos, esse tipo de exigência apela à razão pública, e, por isso, se justifica.

3.1.2 Dano e reputação

O princípio do dano despidido da fundamentação utilitarista parece ainda incompleto, já que com ele apenas se estabelece que a liberdade individual não autoriza a violação de interesses protegidos sob a forma de direitos. Ainda falta, portanto, determinar quais direitos os cidadãos possuem. Nesse trabalho, a ideia de razão pública e a categoria de bens-primários orientam sobre como suprir essa lacuna. Porém, já é possível termos uma ideia da pertinência do princípio do dano para nossa discussão, a partir da seção anterior.

Do que foi apresentado, vale a pena enfatizar: o princípio do dano define uma condição de legitimidade do controle social que restringe a liberdade do indivíduo em

razão de como ele agiu em relação a outro indivíduo. Nesse sentido, direitos determinam condições de aceitabilidade de ações. Tais condições se fazem pertinentes ao se interpretar que a igualdade moral das pessoas lhes garante a igual pretensão de não sofrer interferência em certos domínios por terceiros (NAGEL, 2012, p.114). Em síntese, os direitos aos quais o princípio do dano se faz pertinente garantem a cada pessoa um veto sobre como outros podem trata-lo.

Por se voltar à aceitabilidade de ações, o princípio do dano fornecerá orientação quando estivermos diante de controvérsias sobre o vínculo entre liberdade de expressão e determinados comportamentos.²¹ Apologia e incitação são temas que caracteristicamente engajam o princípio do dano. Pontuar que os direitos aos quais o princípio do dano se faz pertinente garantem a cada pessoa um veto sobre como outros podem trata-lo nos lembra duas coisas.

Primeiro, o princípio do dano não se aplica a tudo aquilo que cotidianamente chamamos de direitos. Por exemplo, o direito à saúde envolve mais do que não sofrer danos à saúde, implicando, inclusive, a necessidade de prestações positiva pelo Estado. Quando for o caso, não conseguiremos explicar esse dever positivo a partir do princípio do dano, já que ele apenas versa sobre direitos a não interferência em determinadas esferas da vida (NAGEL, 2012, p.114).

Segundo, para que ele sirva seu propósito de justificação pública, ele deve ser formulado estritamente, sob pena de não ser compatível com o pluralismo característico de uma sociedade constitucional moderna. Isso traz um efeito colateral, que o exemplo anterior do direito à saúde já nos indica, qual seja: há uma série de considerações normativas que o princípio do dano não resguarda. Aliás, quanto mais compatível com seu propósito, especialmente sob o pluralismo, mais aquém de abarcar todas

²¹ A propositura do famoso teste do “clear and present danger” por Oliver Wendell Holmes em *Schenck vs United States* se dá justamente ao se discutir quando os atos de falar e escrever críticas à participação dos EUA na Primeira Guerra poderiam constituir tentativa de cometer o crime de obstruir o sistema de alistamento militar, previsto no *Espionage Act* de 1917. Vale notar que Holmes adiciona o requisito da iminência em seu teste em *Abrams vs United States*, ocasião na qual o vínculo entre fala e ação não era a única questão, sendo também discutido se a crítica ao governo não poderia ser ácida ou inspirada em ‘doutrinas subversivas’. Ou seja, quando a evidência do vínculo entre expressão e violação de direitos deixa de estar posta ou vai adquirindo formulações incompatíveis com um requisito de admissibilidade de ações, torna-se necessário reformular o teste, para que não se suprima indevidamente discursos. Sobre esse movimento de Holmes e a forma particular com que ele articulou doutrina e teoria da Primeira Emenda, ver: POST, Robert. Reconciling theory and doctrine in First Amendment jurisprudence. Calif. L. Rev., v. 88, p. 2353, 2000, p.2356-2363.

considerações normativas válidas o princípio do dano estará.²² No que diz respeito à reputação, ela está incluída no âmbito de proteção restrito do princípio do dano?

Se retomamos a concepção de reputação como propriedade, vemos que a resposta é positiva. Lesar essa forma de reputação sem justificativa é destruir injustamente *os resultados do trabalho de um indivíduo*, sendo a perda em questão uma perda de propriedade. O importante aqui é: a perda em questão é mensurável de acordo com leis de mercado cuja vigência independe das concepções de bem e cosmovisões que os sujeitos professam, e cuja observância ou descumprimento é aferível por padrões objetivos compartilhados. Nesse sentido, o princípio do dano é aplicável a essa concepção de reputação. No que diz respeito à reputação como status social e reputação como dignidade a mesma conclusão não parece correta, ou apenas pode ser correndo o risco de o princípio do dano perder sua delimitação estrita.

Quando nos voltamos à reputação como status social, lembramos que essa toma como ponto de partida que os indivíduos se percebem e avaliam uns aos outros a partir de uma hierarquia social. Assim, na sociedade da deferência, pressuposta por essa concepção, o valor da reputação é individual e coletivo.

Coletivamente, o respeito à reputação significa a manutenção do consenso sobre a ordem de precedência dos papéis sociais. Por isso, o apreço condizente com a posição dos ocupantes dessa hierarquia é protegido como bem-público. Individualmente, a reputação é definidora do valor de uma vida significativa. Logo, o indivíduo se esforça para ter o status que é devido à sua posição, evitando a desonra de falhar com as exigências que a hierarquia social lhe atribui (POST, 1986, p.700-701).

O princípio do dano não se mostra pertinente à proteção dessa concepção, porque ela vai além da proteção do indivíduo da interferência de terceiros em certos domínios. A incompatibilidade, entretanto, é mais fundamental se situamos o princípio do dano como estamos fazendo, isto é, como pressuposto da discussão pública entre cidadãos considerados como livres e iguais.

No âmbito individual, a reputação como status social estabelece como ideal de boa vida a correspondência com o papel que é atribuído na hierarquia social. Entretanto,

²² Por isso Thomas Nagel vai dizer: [...] the morality of rights tends to be a limited, even a minimal morality. It leaves a great deal of human life ungoverned by moral restrictions or requirements. That is why, if unsupplemented, it leads naturally to political theories of limited government, and, in the extreme, to the libertarian theory of the minimal state. The justification of broad government action to promote all aspects of the general welfare requires a much richer set of moral requirements. Ver: Nagel, T. (2012). *Mortal Questions* (Canto Classics). Cambridge: Cambridge University Press, p. 116.

uma vez que a ideia de hierarquia social pressupõe atribuir status distintos aos indivíduos, a realização desse ideal de boa vida apenas é possível pela consideração desigual dos demais pelo Estado. Ou seja, satisfazê-lo não significa contemplar uma das concepções de boa vida que os cidadãos têm enquanto livres e iguais, mas sim negar a própria ideia de cidadãos livres e iguais. Em outras palavras, essa concepção ocupa o “espaço lógico”²³ da igual cidadania, e, portanto, não só é incompatível com o princípio do dano, como com os próprios pressupostos da democracia. Esse último ponto ficará mais claro, acredito, com a exposição sobre a ideia de razão pública e sua relação com a prioridade do justo sobre o bem.

No que diz respeito à concepção de reputação como dignidade, o princípio do dano tampouco é aplicável. Tal como na concepção anterior, vimos que a concepção como dignidade possui uma dimensão coletiva e individual. Para pensar no indivíduo, toma-se como ponto de partida que a identidade individual se desenvolve a partir da interação social, de forma que a personalidade do indivíduo, a compreensão de seu valor e sua experiência de dignidade decorrem da incorporação de normas e valores compartilhados a partir do processo de socialização (POST, 1990, p.616-617). Assim, considera-se que:

O que leva ao *self* organizado é a organização das atitudes que são comuns ao grupo. Uma pessoa é uma personalidade porque ela pertence à comunidade, porque ela adota as instituições dessa comunidade nas suas próprias condutas. [...] o indivíduo tem de ser um membro da comunidade para ser um *self* (MEAD, 1934, p.152-164, traduzido).

A reputação como dignidade exige a proteção do interesse de um indivíduo em sua dignidade, o que significa seu interesse em ser incluído dentro das formas de respeito social na qual foi socializado (POST, 1986, p.711). Nesses termos, ainda não é claro como a dignidade pode ser conectada à ideia de cidadão livre e igual. Aparentemente as duas ideias estão em franca oposição: a ideia de cidadão livre e igual parece abstrair os indivíduos de seus laços sociais e das especificidades de suas concepções de bem e comunidade ética. A dignidade, por sua vez, parece ressaltar esses aspectos intersubjetivos ao postulá-los como constitutivos da personalidade dos indivíduos.

²³ A expressão é usada por Ronald Dworkin para argumentar pela necessidade de o utilitarista não ser neutro em relação às preferências cuja satisfação implica a negação da satisfação igual das preferências, concepção de igualdade defendida pelo utilitarismo. Para esse argumento, ver: *Do we have a right to pornography? In: A Matter of Principle*. London/Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1985, p. 335-373

Qualificar o princípio do dano a ponto de fazê-lo sensível à socialização e ao elo constitutivo entre sujeito e comunidade por ela estabelecido exigiria abandonar sua definição estrita. Já que o princípio do dano é incapaz de fazê-lo sem perder sua simplicidade e, com isso, seu apelo, defenderei que o princípio da ofensa se faz necessário para mediar as perspectivas aparentemente antagônicas acima pontuadas.

É, então, apenas por recurso ao princípio da ofensa que se torna possível explicar o que há de moralmente errado com atos que são intrinsecamente prejudiciais porque lesam a personalidade. Em termos jurídicos, quer-se dar conta de salientar porque a pretensão de indenização por danos morais não está condicionada à prova de quaisquer lesões contingentes, como sofrimento emocional, aborrecimento, frustração, vergonha.²⁴ Ou seja, ao se explicitar uma compreensão daquilo que a dogmática jurídica chama de interesses existenciais, quer-se identificar um conjunto de considerações normativas que, não obstante não estarem abrangidas pelo princípio do dano, são oponíveis à liberdade de expressão.

A compatibilidade do princípio da ofensa com o propósito democrático da discussão pública dependerá da orientação que ele é capaz de fornecer em face do aspecto coletivo da reputação como dignidade. Sob a imagem da sociedade comunitarista, protege-se os interesses da sociedade em suas regras de civilidade, isto é, seu interesse em definir e manter os contornos de sua própria constituição social (POST, 1986, p.711). Em razão desse interesse, tais contornos imobilizam o potencial contestatório da discussão pública e da opinião pública que nela é forjada. Para contornar essa problemática, proponho que o princípio da ofensa apenas leve em conta a dimensão individual da reputação como dignidade. Não obstante, será necessária reinterpretar essa dimensão sob a exigência de justificação pública, característica de uma democracia constitucional plural. Resta ver como isso pode ser feito. Antes de abordar o princípio da ofensa, porém, é necessário introduzir o princípio do dano público.

3.2 Princípio do dano público

²⁴ Como exemplo desse entendimento, ver: CONJUR. Responsabilidade Civil. 4ª Turma do STJ vincula dano moral a interesses existenciais ao afastar indenização. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-03/turma-stj-vincula-dano-moral-interesses-existenciais>

Como dito, o princípio do dano formulado na seção anterior se volta a pensar a legitimidade do controle social que restringe a liberdade do indivíduo em razão de como ele agiu em relação a outro indivíduo. O princípio do dano público, por sua vez, veda as condutas que, mesmo que não prejudiquem qualquer indivíduo identificável, devem ser proibidas, pois fragilizam as instituições públicas, em cujo vigor todos temos um interesse (FEINBERG, 2014, p. 70).

Partindo do pressuposto de que as instituições em vigor são razoavelmente democráticas, cidadãos livres e iguais têm o interesse de preservá-las. Aliás, seu engajamento na discussão pública pressupõe um compromisso com a vida comum, e, portanto, uma preocupação com a saúde de suas instituições. Quer-se, assim, impedir o prejuízo às práticas institucionais e sistemas regulatórios que servem ao interesse público. Exemplos de condutas dessa espécie são a evasão fiscal e a desobediência à ordem legal de funcionário público.

Entretanto, a compatibilidade entre autodeterminação democrática pela discussão pública e princípio do dano público pode ser uma mera aparência, a depender de como definimos dano público. Para tal definição, partimos de uma compreensão do propósito das instituições e de seu funcionamento regular. Mas, nem toda compreensão dessas ideias é compatível com pressupostos democráticos.

Sob a concepção de democracia participativa aqui defendida o que se entende por propósito e funcionamento regular das instituições é algo passível de questionamento e debate na esfera pública. Dessa forma, se o Estado é estruturado de forma a negar a livre discussão pública desses tópicos, a definição do dano público não afirma, mas, pelo contrário, nega frontalmente os pressupostos democráticos definidos.

Um exemplo nesse sentido está no crime definido no art. 26 da Lei de Segurança Nacional. Sua tipificação pode ser defendida sob o argumento de que a calúnia e difamação do Presidente da República, do Senado, da Câmara dos Deputados e/ou do STF são efetivos ataques às instituições nas quais eles exercem seus cargos. Sob o marco da reputação como *status* social, essa conclusão se justifica. Nessa perspectiva, essas instituições existem porque seus ocupantes possuem qualidades que os tornam merecedores de maior respeito. Assim, quando os cidadãos não são deferentes àqueles que lhes seriam superiores, a ordem de precedência dos papéis sociais sob a qual as instituições se baseiam é fragilizada, e, conseqüentemente, as próprias instituições.

Se o princípio do dano ainda não permite maiores orientações sem a definição dos direitos dos cidadãos, tampouco o princípio do dano público está detalhado o suficiente

nesse momento. O que falta é a determinação de quais parâmetros de evidência serão empregados para estabelecer que as instituições estão sendo ameaçadas. A sociedade da deferência traz consigo um entendimento de quais parâmetros dessa espécie são válidos. Como essa imagem nega a condição de igual cidadania, ela deve ser abandonada, e junto com ela sua leitura do princípio do dano público. Posteriormente, a ideia de razão pública será utilizada para estabelecer qual parâmetro de evidência de ameaça às instituições é compatível com pressupostos democráticos.

3.3 Princípio da ofensa

A discussão sobre o princípio da ofensa é subsequente ao princípio do dano público, pois o afastamento da interpretação não democrática do último não garante, necessariamente, o amplo direito de criticar autoridades. A conclusão de que numa democracia autoridades estão a serviço do povo, implica o direito cidadão de criticá-las; entretanto, não nos diz se há críticas que, por excederem no tom ou por sua linguagem ácida, violam o respeito que devemos uns aos outros enquanto cidadãos. Portanto, o princípio da ofensa se destina a orientar diante de argumentos que pressupõem que as autoridades estão mais propensas a violações de direitos que todos nós temos, como o direito à honra e à imagem.

A proposição do princípio da ofensa pode parecer uma renúncia à defesa liberal da liberdade de expressão. Segundo essa crítica, estaríamos diante de uma concessão indevida, pois a ofensa é fenômeno subjetivo, e, como tal, se manifesta a depender de uma série de elementos contingentes não passíveis de determinação clara. Logo, se sua ocorrência for critério para limitar a liberdade de expressão, basicamente, inviabilizaríamos esse direito.

Essa objeção, contudo, apenas convence se não for possível adotar um sentido normativo de ofensa como relevante para a definição do referido princípio. Entretanto, pode-se ainda dizer que, mesmo se um sentido normativo de ofensa estiver disponível, é incompatível com o liberalismo tomar essas considerações como limitações válidas à liberdade. Ao utilizar o termo “liberalismo”, essa crítica tem em vista que:

[...] os liberais estão comprometidos com uma concepção de liberdade e respeito pela agência e capacidades individuais de homens e mulheres, e que esse comprometimento exige que todos os aspectos da ordem social devam ser

aceitáveis, ou possam ser aceitáveis, para cada um dos indivíduos em questão (WALDRON, 2012, p.104)

Ou seja, essa objeção questiona a compatibilidade do sentido normativo do princípio da ofensa com a pluralidade de concepções de bem e cosmovisões que divide os cidadãos de uma sociedade democrática moderna. A primeira objeção tem por foco o aspecto individual da reputação como dignidade, enquanto a segunda foca no aspecto coletivo dessa concepção de reputação. Portanto, para responde-las, vale a pena retomar o vínculo entre a integridade da personalidade individual e a observância de certas normas sociais, que dá conteúdo àquela ideia de reputação.

No que tange a primeira objeção, destaco que o sentido normativo do princípio da ofensa pode ser entendido a partir de uma distinção familiar ao Direito brasileiro: ao se discutir a fundamentação do dano moral, é frequente a tentativa de distingui-lo de mero aborrecimento. Ou seja, não são todos estados mentais desagradáveis que autorizam a restrição dos comportamentos que lhes causaram. Mas, então, o que se entende por sentido normativo da ofensa?

O “princípio da ofensa cita a necessidade de impedir algumas pessoas de *ofenderem indevidamente* outras como uma razão a favor de uma legislação coercitiva” (FEINBERG, 1985, p. 2, traduzido). O padrão do que é devido ou não é que causa perplexidade. Entretanto, um momento de reflexão nos revela que a própria ideia de ofensa é também nebulosa, e determinante para concluir se um sentido normativo é ou não possível.

Joel Feinberg (1985, p.2) propõe que compreendamos o sentido normativo de ofensa como a miscelânea de estados mentais desagradáveis (nojo, vergonha, repulsa) causados pela conduta indevida de outrem. O problema com essa definição é que ela não caracteriza a ofensa como uma emoção específica; qualquer estado mental desagradável é incluído. Tal definição é compatível com o objetivo de Feinberg: examinar quais condutas o Estado pode regular, além daquelas que causam danos (MCTERNAN, 2021, p. 181-182). Estabelecida a particularidade do princípio da ofensa em face do princípio do dano, a definição de Feinberg não nos ajuda muito.

O desafio é explicar a ofensa destacando sua especificidade e, ao mesmo tempo, a vinculando com normas, de forma a permitir um sentido normativo de ofensa. Vê-se que na distinção entre dano moral e mero aborrecimento a categoria que confere objetividade àquele, distinguindo-o da subjetividade do último, é a de interesses existenciais. Pode-se dizer que interesses existenciais são resguardados pelo Direito

brasileiro sob a forma dos direitos da personalidade. Nesses termos, para determinar o sentido normativo do princípio do dano, deve-se explicar como uma norma pode adquirir tal status que sua violação é considerada um ataque à personalidade e aos interesses existenciais dos cidadãos. Pergunta-se: qual a importância de normas sociais na definição de uma personalidade?

Para responder, recorro ao raciocínio de Goffman: a identidade é continuamente constituída pelas interações sociais, e essas interações são estabelecidas por meio de regras de “deferência e postura”, ou seja, por normas sociais de dada espécie. As primeiras definem a forma de comunicação simbólica da apreciação que um agente exhibe para o outro sobre esse próprio outro, ou sobre algo que o outro representa por meio de símbolos, ações etc. (NUMMER; CARDOSO, 2012, p.407). Já as segundas definem “comportamentos corporais, vestuários, que servem para evidenciar que um [agente] tem certas qualidades desejáveis ou indesejáveis” (NUMMER; CARDOSO, 2012, p.407). Consideradas como um conjunto, regras de deferência e postura se apresentam como as “regras de conduta que unem o ator e o destinatário [e são] os vínculos da sociedade” (GOFFMAN, 1967, p.90, traduzido).

Ao longo do processo de socialização e interação social, como um indivíduo vai se portar vai ser influenciado por qual tipo de qualidades as regras sociais atribuem aos seus atos. Nesse sentido, sua conduta é dependente das regras de postura. Mas não só seu agir é assim influenciado, pois as regras de deferência vão orientá-lo sobre quais desejos e apreços demonstrar. Esse último conjunto de regras, por sua vez, vai orientar o indivíduo em como apreciar a ação e apreços de terceiros, e, por isso, são importantes não só para constituir a identidade de um sujeito, mas de todos com quem interage. Nesse sentido, Goffman usa a expressão “trabalho cerimonial conjunto”.

De forma simplificada, podemos dizer que as regras de deferência e postura podem ser lidas sob dois pontos de vista: 1) do ponto de vista do indivíduo enquanto agente, são as normas definidoras de quais são as formas de respeito devidas aos demais; 2) do ponto de vista do indivíduo como objeto de apreciação dos demais, são as normas definidoras das formas de autorrespeito a que se tem direito (POST, 1989, p.964). Há diversas formas de interação, e, conseqüentemente, distintos tipos de regras de deferência e postura. Para os fins do presente trabalho, são de especial relevância as regras de deferência e postura que determinam como as pessoas devem se expressar. Como dito, elas serão aqui chamadas de “regras de civilidade” (POST, 1986, p.710).

Isso posto, podemos definir provisoriamente a ofensa: trata-se da afronta ao prestígio social, entendido como “[...] o prestígio que reputamos devido a nós, e que esperamos que seja respeitado, reconhecido ou expresso em nossas interações sociais (MCTERNAN, 2021, p.182, traduzido).” Assim, “[...] a pessoa que se ofende crê, julga ou percebe que seu prestígio social foi afrontado, quer por ter sido ignorado, diminuído, ou atacado pelo ato que lhe ofende” (MCTERNAN, 2021, p.185, traduzido). A ofensa, então, está intimamente associada à percepção que um indivíduo tem do seu prestígio social, sendo que essa percepção é consolidada pela forma com que outros o tratam e consideram em interações sociais específicas, em contextos específicos.

Por prestígio social, portanto, entende-se algo próximo da noção sociológica e sociolinguística de face: “isto é, aquela imagem ou *persona* que apresentamos a outros, construída e negociada em interações interpessoais particulares” (MCTERNAN, 2021, p.185, traduzido). Sua conexão com a ofensa é a seguinte: para interagirmos com outros, é fundamental que tenhamos uma compreensão em qual tipo de interação social estamos ingressando. Para atribuir sentido ao contexto vivido, então, temos que responder à pergunta “o que está acontecendo aqui, agora?” (GASTALDO, 2008, p.150) Se erramos na resposta, e definimos mal a situação, nossa face não corresponde com os atributos sociais aprovados, implícitos na conduta de quem interage de acordo com as regras de deferência e postura do contexto. Com isso, podemos nos expor ao vexame, à vergonha, embaraço e podemos ofender terceiros que interagem e se apresentam de acordo com as regras do contexto. Ofensa, portanto, é uma afronta ou ameaça ao prestígio social que um indivíduo concebe e constrói para si, e à imagem de si a qual ele apresenta aos demais numa interação (MCTERNAN, 2021, p.185).

Por estar vinculada a interações sociais, que variam em sua natureza a depender das pessoas e arranjos envolvidos, a ofensa é sentimento dinâmico e sensível a contextos (MCTERNAN, 2021, p.185-186). Essa sensibilidade é aumentada quando se frisa que a participação em uma interação social não é o único fator relevante, sendo necessário examinar a condição em que o agente se encontra em face daqueles com quem ele interage. Logo, nossa autocompreensão de prestígio social e o tratamento que exigimos de terceiros serão também informados pelos vários aspectos de nossa identidade, posição social e papéis sociais. Essa variação, entretanto, é restringida pelas regras sociais que estão em vigor, definindo quais ações um agente pode realizar sem desrespeitar o prestígio social que os outros participantes da prática social esperam para si.

Assim definida, a ofensa possui vantagens e limitações teóricas. Por um lado, a definição apresentada permite ir além da subjetividade, pois as regras de deferência e postura se referem a atitudes e parâmetros que aqueles inseridos em determinada prática ou contexto esperam que outras pessoas respeitem (POST, 1997, p.475). Ou seja, não são subjetivas, mas sim intersubjetivas. Sentir-se ofendido só é justificado quando o ato ofensivo mira algo que essa pessoa pode incorporar e de fato incorpora à compreensão de seu prestígio. Se eu me ofendo com uma afronta ao prestígio social de um grupo do qual eu não sou um membro, nem mesmo intimamente associado, então, cometo um erro (MCTERNAN, 2021, p.201).²⁵ Nesses termos, a ofensa está direta ou indiretamente associada com a compreensão que os indivíduos tem de si e de quais compromissos, vínculos, afetos e projetos dão forma à sua concepção de boa vida. A principal vantagem da concepção de reputação como dignidade é justamente sua sensibilidade a esse ponto. A partir dela, não se concebe a dignidade como conceito abstrato que explica toda e qualquer violação moral, mas se pensa a dignidade como a pretensão de ser tratado de acordo com as formas de respeito sob as quais a identidade do sujeito foi constituída (POST, 1986, p.710 e POST, 1997, p.475-476).

Por outro lado, apesar de não ser subjetiva, a ofensa definida em termos de interação social ainda é um fenômeno muito cotidiano, no sentido de que ocorre a todo momento e varia muito a depender das regras de deferência e postura de cada contexto e dos agentes envolvidos (MCTERNAN, 2021, p.199). Isso dificulta usá-la para elaborar um princípio que justifica a restrição da liberdade de expressão. Em razão disso, estabelecido o sentido normativo do princípio do dano por referência às regras de deferência e postura, há de se analisar sua compatibilidade com o liberalismo.

Uma solução à manifestação rotineira da ofensa é pensar a sociedade como se ela por si só fosse uma grande forma de interação social. Essa é a ideia que subjaz a imagem da sociedade comunitarista, pressuposta pela dimensão coletiva da concepção de reputação como dignidade. Segundo ela, regras de deferência e postura dão os contornos normativos e substância à sociedade que as compartilha como normas sociais. Isso, pois tais regras constituem as pretensões especiais que os membros de uma comunidade têm em relação aos demais membros. Portanto, é por meio da socialização com base nelas e

²⁵ Isso não exclui a possibilidade de estarmos falando de outro sentimento diferente da ofensa, como a raiva ou a indignação. De acordo com a definição, a ofensa é sentimento que revela o desejo de que dada interação social seja de outra forma; já os sentimentos de raiva e indignação são respostas à violação de normas morais, que vinculam a todos.

de sua afirmação nas interações sociais que uma comunidade adquire sua forma característica e sua identidade. E, por isso, a preservação da identidade da comunidade é considerada como um bem público (POST, 1986, p. 713).

A sociedade comunitarista pode ser pensada de formas mais ou menos plurais. Para os fins da argumentação, assume-se o sentido menos plural. Nessa interpretação, o fato de a sociedade ser uma grande interação social significa que todos cidadãos compartilham uma ideia de prestígio social, e que o fazem porque possuem algum compromisso ético fundamental comum. Apesar da diversidade de posições e papéis sociais entre si, os cidadãos conseguiriam ter uma ideia comum de ofensa, pois, em última instância, suas personalidades são constituídas pelos mesmos valores e tradições. Com isso, não só são limitados os papéis que os cidadãos podem ocupar, mas também os tipos de interações nas quais eles podem se engajar. Exclui-se, assim, práticas de contestação dos valores da comunidade. Logo, essa solução pode ser compatível com alguma defesa da liberdade de expressão— como indicam alguns aspectos do que chamei de função informativa da liberdade de expressão—, mas não com a concepção de liberdade de expressão da democracia participativa.

Até o momento, ambos parecem incompatíveis. De um lado, parecem incompatíveis porque a ofensa, mesmo em seu sentido normativo, ainda é fenômeno muito frequente e fortemente depende das particularidades dos contextos. A consequência seria: a partir de razões particulares a pertencimentos específicos, seriam justificadas uma série de restrições à liberdade de expressão. Por outro lado, a sociedade comunitarista, especifica melhor quais regras de deferência e postura são importantes para a definição de ofensa, mas à custa da pluralidade de interações e, conseqüentemente, de identidades e valores dos cidadãos. A solução passa pela consideração dos *insights* que a dimensão individual da reputação como dignidade oferece, mas os desvinculando de sua dimensão coletiva, que dá substância à sociedade comunitarista.

O primeiro passo em busca dessa alternativa é frisar que o liberalismo nos termos apresentados se propõe enquanto uma concepção filosófica para uma democracia constitucional (RAWLS, 1999, p. xi). A partir desse ponto, podemos aqui retomar que no presente trabalho a liberdade é definida como uma forma de estruturação das instituições estatais a partir da atribuição de direitos e deveres por um sistema público de regras (RAWLS, 1999, p.177). Posta nesses termos, discutir a liberdade de expressão não só permite estabelecer limites ao agir estatal, mas também delimitar os papéis desempenhados pelos cidadãos e pelo Estado. Em outras palavras, a reflexão sobre o uso

político da liberdade de expressão nos revela algo mais geral sobre o liberalismo: trata-se de uma concepção filosófica cuja razão de ser é propor como as instituições básicas de uma sociedade devem ser organizadas para que elas se conformem com a liberdade e igualdade dos cidadãos (RAWLS, 2005, p. 368-369).

Assim sendo, se o princípio da ofensa for incompatível com o liberalismo, ele organiza as instituições básicas da sociedade de forma diferente daquela exigida pela liberdade e igualdade dos cidadãos democráticos. Os problemas conceituais que isso pode trazer são evidenciados pela tentativa de compatibilizar a liberdade de expressão da democracia participativa com a sociedade comunitarista.

Se a democracia for considerada uma forma de comunidade ética, a contradição que se põe é a seguinte (POST, 1997, p.482): defende-se que a lógica interna do autogoverno democrático impõe ao Estado o dever de, no que diz respeito à discussão pública, suspender as regras de civilidade afirmadas por uma ideia de bem-comum. Ou seja, cabe ao Estado ser neutro, agindo como se o sentido de identidade nacional estivesse sempre em aberto. Entretanto, segundo a ideia de que a democracia é uma comunidade, essas normas se fazem necessárias para que uma democracia saudável exista e persista. Sendo assim, os discursos que contrariam essas normas são ofensivos, e, portanto, devem ser proibidos e punidos.

Há, portanto, um dilema: ou, o autogoverno democrático exige a suspensão de regras de civilidade na discussão pública, permitindo a contestação e debate dos aspectos mais básicos da vida social. Se assim for, a secularidade radical da esfera pública estará garantida, pois o teor do debate público não depende de nada além da ação comum daqueles que nele se engajam. Consequentemente, a opinião pública assim forjada tem maior chance de condizer com a vontade do “povo”, mesmo que reveladora das intenções antidemocráticas da coletividade. Ou, o autogoverno exige o compromisso com certas regras de civilidade sem as quais a discussão pública não serve ao propósito de autodeterminação democrática, mas, com isso, inviabiliza o potencial contestatório da esfera pública ao excluir determinadas contribuições à opinião pública.

Seria então a concepção da função legitimadora da liberdade de expressão incompatível com a democracia? Ou, seria a democracia incompatível com o pluralismo? Tais dúvidas se assemelham àquelas que (1) a caracterização da esfera pública e (2) a exposição da função legitimadora da liberdade de expressão trouxeram, sendo, respectivamente: por que indivíduos que divergem profundamente entre si conceberiam seu dissenso na esfera pública como a busca por uma solução comum? A concepção de

liberdade de expressão da democracia participativa não seria excessivamente permissiva com o dissenso? A combinação de ambas indagações nos oferece ainda mais uma dúvida assemelhada: sob uma sociedade plural, como é possível que os participantes da formação da opinião pública se vejam como parceiros do autogoverno?

Todas essas questões atestam a necessidade de compatibilizar igualdade e liberdade. Logo, o ajuste entre a liberdade de expressão e o princípio da ofensa é apenas uma instância mais específica desse desafio mais amplo.

O segundo passo a ser dado começa pela reinterpretação, e não negação dos pressupostos de interação social que subjazem o princípio da ofensa. Vimos que para responder o que é considerado expressão protegida pela liberdade de expressão temos de identificar qual o valor que justifica a proteção da expressão. Isso significa dar concretude a ideias e princípios abstratos por meio da identificação de formas de vida social potenciais ou existentes nas quais aquilo que consideramos desejável pode ser realizado. Nessa perspectiva, os valores aos quais apelamos para justificar a proteção da livre expressão (democracia, mercado livre de ideias, autonomia, etc) têm sua concretização em formas particulares de interação social, e não na expressão pura e simples (POST, 1995, p.1271-2). Logo, quando queremos pensar o que proteger com a liberdade de expressão, estamos pensando qual o valor das práticas sociais de nossa sociedade e qual a importância de garantias individuais de livre discurso para preservá-las (POST, 1995, p.1273). Voltando ao problema de compatibilizar o princípio da ofensa com a concepção de liberdade de expressão da democracia participativa, temos que compreender qual o valor da cidadania democrática e da justificação dos arranjos sociais.

Uma vez identificada a importância dessas ideias, abre-se espaço para um refinamento do princípio da ofensa, o qual: será aplicável *se e apenas se* a observância de regras de civilidade for essencial à cooperação justificável entre cidadãos livres e iguais (POST, 1997, p. 483). Posto nesses termos, o princípio da ofensa não mais autoriza uma série de restrições à liberdade de expressão. Da mesma forma, as formas de interação que lhe dão conteúdo não negam a pluralidade, mas sim a afirmam.

O propósito inicial desta e das duas seções anteriores foi apresentar critérios para a decidibilidade de controvérsias jurídicas que envolvam a liberdade de expressão e a reputação. Nesse momento, a vagueza das condições de aplicabilidade do princípio da ofensa é inevitável. Falta ainda vinculá-los a uma concepção filosófica de justificação pública mais robusta: razão pública.

Apresentada a razão pública, torna-se possível apontar uma distinção fundamental para evitar contradição, qual seja: a distinção entre *neutralidade de justificação* e *neutralidade de resultados* do uso do poder político coercitivo. Essa distinção é central para que a noção de regras de civilidade seja melhor detalhada, uma vez que com ela é possível distinguir regras de civilidade razoáveis e não razoáveis.

Pretende-se defender que os princípios do dano, do dano público e da ofensa compõem o primeiro grupo. Meu foco prioritário será o princípio da ofensa, já que a razoabilidade dos princípios do dano e do dano público já foi parcialmente apontada. Além disso, vimos que o princípio da ofensa justifica a tutela dos direitos da personalidade em geral; não obstante, quando eu tratar dessa reputação no restante do texto, vou pressupor apenas a proteção do direito à honra. Por fim, vimos que o princípio da ofensa apenas se torna relevante para pensar o direito de criticar autoridades quando a interpretação não-democrática do princípio do dano público é descartada. Por isso, inevitavelmente, também retomarei a interpretação democrática do princípio do dano público, oportunamente.

4. A ideia de razão pública

Até agora, a fim de fornecer critérios para a adjudicação de conflitos (aparentes ou não) entre o uso político do direito à liberdade de expressão e a reputação de autoridades públicas foram apresentadas três concepções de reputação: reputação como propriedade; reputação como status social e reputação como dignidade.

O segundo passo foi apresentar três critérios/princípios a partir dos quais o ajuste entre as concepções de reputação e a liberdade de expressão poderia ser justificado. Esses foram: o princípio do dano, o princípio do dano público e o princípio da ofensa. Entretanto, sua simples enunciação não é suficiente, sendo necessária uma fundamentação mais rigorosa, para lhes dar mais conteúdo e para estabelecer sua pertinência.

Essa necessidade é especialmente sentida em relação ao princípio da ofensa, cuja compatibilidade com uma defesa liberal da liberdade de expressão ainda não é clara. É de especial importância sanar as dúvidas em relação ao princípio da ofensa em razão de seu vínculo com a reputação como dignidade. Vê-se que proteger a reputação de autoridades é política de legitimidade duvidosa se a reputação que se toma como referência é a reputação como status social. A confirmação de sua ilegitimidade, claro,

depende também de maior fundamentação. Entretanto, quando a referência é a reputação como dignidade, a proteção da reputação de autoridades em face de críticas ácidas e veementes aparenta ser mais justificável.

Por isso, é fundamental esclarecer se o princípio da ofensa é pertinente e, em caso positivo, como ele pode ser compatibilizado com uma concepção generosa de liberdade de expressão, como a da democracia participativa. Anteriormente, adiantei que a pertinência do princípio da ofensa se afirma se ele se limitar à dimensão individual da reputação como dignidade. Para tanto, cabe reinterpretar essa dimensão sob a exigência de justificação pública, característica de uma democracia constitucional plural. É com isso em mente que a razão pública é considerada.

Assim, os próximos passos são: primeiro, a razão pública é brevemente situada na obra de John Rawls, com o fim de indicar os seus propósitos teóricos. Segundo, detalha-se o que é a razão pública. Terceiro, introduz-se a ideia de bens primários, para, em seguida, retomar as justificativas fornecidas aos princípios do dano, do dano público e da ofensa, com o fim de apresentá-las à luz da razão pública. Quarto, apresenta-se e se responde as críticas que David Enoch faz às teorias da razão pública, dentre as quais a de Rawls. A resposta a Enoch será especialmente importante, pois permitirá concluir em que medida situar os princípios destacados nos marcos da razão pública ainda é compatível com o objetivo de usá-los para a adjudicação em contextos não-ideais. Por último, sustenta-se a prioridade da liberdade a partir da concepção de cidadão da justiça como equidade, com o fim de defender a concepção de liberdade de expressão da democracia participativa e indicar de forma clara sua relação com os princípios destacados.

4.1 Prolegômenos rawlsianos

A ideia de razão pública é elaborada por Rawls em *O Liberalismo Político*. Nessa obra, Rawls sintetiza ajustes e acréscimos ao projeto teórico por ele iniciado com a publicação de *Justice as Fairness* (1958), e cujo marco foi a publicação de *Uma Teoria da Justiça* (originalmente, publicada em 1971). De forma bem sintética, o projeto em questão consiste em: fornecer uma concepção filosófica de justiça para uma democracia constitucional (RAWLS, 1999, p.xi-xii). Portanto, sem um resgate dos objetivos e estrutura geral dos dois livros de Rawls, não é possível entender satisfatoriamente o que se entende por razão pública. Partirei da hipótese de que a exigência de estabilidade da

concepção de justiça é uma das principais razões que leva o autor ao liberalismo político.

²⁶ Para sustentar tal afirmação, cabe resgatar brevemente os pressupostos e objetivos de *Uma Teoria da Justiça*.

É evidente que as instituições sociais têm profundo impacto na vida dos cidadãos. Por isso, naturalmente, “[u]ma questão que se apresenta para os que estão sujeitos a esses efeitos é se essas instituições são [moralmente] defensáveis e, caso não o sejam, como deveriam ser reformadas.” (VITA, 2017, p. 97). Os juízos sobre essas questões são “[...] proposições que se apresentam como julgamentos avaliativos que podemos – essa posição está longe de ser consensual na ciência política – sujeitar a um exame racional.” (VITA, 2017, p. 95-96). Em outras palavras, baseiam-se, pelo menos em parte, em princípios gerais.

Entretanto, há tanta discordância sobre quais princípios são defensáveis quanto sobre quais políticas públicas devem continuar ou serem implementadas. Esse é o espaço em que a teoria política normativa se faz necessária, isto é, sua tarefa “consiste essencialmente em explicitar e justificar racionalmente alguns desses princípios e confrontá-los com princípios distintos e suas possíveis implicações institucionais.” (VITA, 2017, p. 97). Portanto, “a teoria política normativa tem vocação para ser orientada por problemas e para o exame da dimensão normativa de questões públicas controversas do mundo contemporâneo.” (VITA, 2017, p. 101).

Em *Uma Teoria da Justiça*, Rawls objetiva propor teoria dessa espécie partindo da tradição do contrato social. Assim, ele vai definir como *a questão filosófica da obra*:

[...] elaborar a partir da ideia de contrato social, representada por Locke, Rousseau e Kant, uma teoria da justiça não mais passível a objeções comumente tidas como fatais a ela, e que se prove superior à tradição do utilitarismo, cuja predominância é de longa data. A *Teoria* almeja apresentar as características estruturais dessa teoria da justiça, de forma a torna-la a melhor aproximação de nossos juízos ponderados de justiça e, assim, fornecer o fundamento moral mais apropriado a uma democracia constitucional (RAWLS, 2005, xxxvii, traduzido).

A essa teoria Rawls dá o nome de Justiça como Equidade. Ele a defende, pois compreende que é a concepção de justiça que melhor satisfaz a pretensão de validade de

²⁶ Nesse momento, uma ressalva se faz importante. As razões teóricas pelas quais Rawls elaborou uma teoria sobre o liberalismo político e em que medida a justiça como equidade, sua concepção de justiça, sofre reformulações sob a forma de uma concepção política de justiça são pontos controversos. Não pretendo no presente trabalho me aprofundar nos debates exegeticos acerca desses tópicos. Entretanto, para explicar a ideia de razão pública, acabarei, inevitavelmente, tomando partido nas disputas citadas. Por agora, o importante é que a exposição seja uma das interpretações possíveis, já que foge do escopo do trabalho defender que ela é a melhor disponível.

uma teoria da justiça: se adequar aos juízos ponderados de justiça em equilíbrio refletido.²⁷ Para esclarecer:

Juízos ponderados são simplesmente aqueles formulados sob condições favoráveis ao exercício do senso de justiça [...] E uma vez que consideremos o senso de justiça como uma capacidade mental [...] os juízos relevantes são aqueles fornecidos sob condições geralmente favoráveis à deliberação e ao julgamento (RAWLS, 1999, p.42, traduzido).

Entretanto, deve-se levar em conta a possibilidade de que até mesmo os juízos ponderados são sujeitos a distorções, de forma que uma teoria da justiça não pode apenas ser uma descrição dos juízos ponderados de justiça. Aqui é que o equilíbrio refletido entra. Trata-se de um procedimento normativo, por meio do qual nossas crenças morais específicas são compatibilizadas com os princípios gerais necessários para sustentá-las, explicitando as razões que temos para endossá-las conscientemente (PETRONI, 2012, p. 91). Nesse processo, ora a teoria da justiça se ajusta, para apresentar os princípios que subjazem os juízos ponderados, ora os juízos ponderados se ajustam para serem coerentes com os princípios que pressupõem (RAWLS, 1999, p.19). Para Rawls, a melhor concepção de justiça é aquela que se adequa aos juízos ponderados em equilíbrio refletido (RAWLS, 1999, p.42).

Na *Teoria*, Rawls delimita sua investigação de duas formas: 1) ele compreende a justiça como uma virtude de instituições sociais— por isso, é uma teoria *política* normativa. Ele especifica isso ainda mais, ao frisar que está preocupado com um problema específico de justiça: a estrutura básica da sociedade, isto é:

[...] a forma pela qual as principais instituições sociais distribuem direitos e liberdades fundamentais e determinam a divisão das vantagens da cooperação social. Por principais instituições, eu entendo a constituição política e os princípios dos arranjos sociais e econômicos (RAWLS, 1999, p. 6).

²⁷ A tradução de “*reflexive equilibrium*” pelo termo “equilíbrio reflexivo” é mais corrente na academia brasileira; no entanto, fui alertado por Lucas Miotto que ela não faz jus à noção de Rawls. Reproduzo aqui o comentário em defesa do termo “equilíbrio refletido”. “Reflexivo” em português é adjetivo que quer dizer obtido por pensamento cuidadoso. Isso capta um sentido do termo usado por Rawls, mas não capta o duplo sentido que “*reflexive*” tem em inglês, já que: “*reflexive*” em inglês também denota algo refletido, no sentido ótico do termo - como no espelho. Isso é interessante pois para Rawls os nossos juízos teóricos são o reflexo das nossas intuições e das nossas teorias. Em português, o melhor termo para capturar esse duplo sentido de “*reflexive equilibrium*”, portanto, seria “Equilíbrio Refletido”. “Refletido” em português tem a mesma ambiguidade que no inglês e por isso melhor capta a intenção de Rawls ao usá-lo. Agradeço ao Lucas pelo comentário instrutivo e, assim, endosso sua sugestão de tradução.

A segunda forma pela qual Rawls delimita sua investigação é 2) priorizando o exame dos princípios de justiça que regulariam uma sociedade idealizada, a qual ele chama de sociedade bem-ordenada. Trata-se de uma sociedade na qual “(1) todos aceitam e sabem que outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e na qual (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem e são geralmente conhecidas por satisfazerem esses princípios” (RAWLS, 1999, p. 4, traduzido).

Retomados esses conceitos, pode-se tratar da estabilidade. Rawls (1999, p. 465) divide seu argumento em defesa da justiça como equidade em duas partes: a primeira é o argumento a favor dos dois princípios de justiça a partir da posição original (PO), a versão do contrato social de Rawls. Nela, os representantes dos cidadãos são caracterizados como pessoas morais, graças às circunstâncias e aos limites de escolha ali estipulados: em especial, o véu da ignorância, a motivação e a racionalidade das partes. Dessa forma, os contratantes têm apenas conhecimento das informações gerais necessárias para decidir quais princípios de justiça são os mais adequados aos interesses dos cidadãos livres e iguais em cujo nome atuam. Consequentemente, ao menos que se prove que as propensões psicológicas particulares das partes são moralmente relevantes para a escolha de princípios de justiça, o conhecimento delas seria excluído da PO. Não obstante, essas propensões são importantes para determinar se a concepção de justiça pode ser honrada pelo senso de justiça dos cidadãos. Por isso, a segunda parte do argumento pergunta se o reconhecimento público e a regulação efetiva de uma concepção de justiça numa sociedade bem-ordenada tende a gerar propensões psicológicas que irão solapar suas instituições.

A segunda parte destacada enfatiza fortemente a estabilidade. Vemos que uma sociedade bem-ordenada possui uma concepção pública de justiça, isto é, publicamente reconhecida pelos cidadãos e efetivamente regulando o sistema público de regras que constitui a estrutura básica da sociedade (RAWLS, 1999, p.47-48). Essa sociedade perdura ao longo do tempo quando sua concepção pública de justiça é estável, ou seja: “[...] quando as instituições são justas (como definido pela concepção), aqueles que fazem parte desses arranjos adquirem o senso de justiça correspondente e o desejo de fazerem sua parte na manutenção dos arranjos em questão” (RAWLS, 1999, p.398, traduzido).

Estabelecidos os princípios da concepção de justiça correta e descritas as instituições necessárias para concretizá-la, o problema da estabilidade se põe: “[...] como devemos efetivamente motivar pessoas racionais, para que elas aceitem e sustentem essas instituições e a concepção de justiça que as informa?” (FREEMAN, 2007a, p. 146,

traduzido) Para responder, Rawls subdivide o problema da estabilidade em duas questões: primeiro, dadas as propensões humanas naturais, como as pessoas vêm a se importar com a justiça? Segundo, por que elas devem se importar a ponto de subordinar a busca de seus fins às exigências da justiça? (FREEMAN, 2007a, p. 146). A primeira questão diz respeito ao desenvolvimento do senso de justiça a partir de princípios gerais de psicologia moral. A segunda questão diz respeito à congruência do justo com o bem.

Posteriormente, Rawls vai reconhecer que os argumentos apresentados em *Uma Teoria da Justiça* em defesa da estabilidade da justiça como equidade são autoderrotáveis, pois negligenciam o fato do pluralismo razoável. “O [fato do] pluralismo razoável é uma tese sobre a operação da razão humana sob condições de liberdade” (LISTER, 2015, p. 700). De acordo com essa tese, a diversidade de doutrinas abrangentes religiosas, filosóficas e morais razoáveis²⁸ é uma marca da cultura política democrática, e não uma contingência histórica que logo passará (RAWLS, 2005, p. 36).

A afirmação do fato do pluralismo tem uma implicação fundamental: sob uma cultura democrática, o consenso duradouro em relação a doutrinas abrangentes religiosas, filosóficas, morais apenas é possível pelo uso da força pelo Estado (RAWLS, 2005, p. 37). A esse segundo fato, Rawls dá o nome de fato da opressão. Posto esses fatos, o problema com o argumento da estabilidade da primeira obra de Rawls se põe no argumento da congruência. Nele, sustenta-se que a justiça é um bem e que é um bem que deve possuir prioridade sob os demais. Entretanto, para fazê-lo, parte-se de uma doutrina ética kantiana,²⁹ negligenciando que a congruência do justo com o bem deve ser posta também para quem não compartilha da crença kantiana de que a autonomia é um bem. O autor descreve tal erro nos seguintes termos:

²⁸ Rawls define que uma doutrina é abrangente “[...] quando ela inclui concepções sobre aquilo que é valioso na vida humana, tal como ideais de virtude pessoal e caráter, que devem informar grande parte de nossa conduta não-política (no limite, devem informar nossa vida como um todo). [...] Uma doutrina é plenamente abrangente quando cobre todos os valores e virtudes reconhecidas em dado esquema de pensamento especificamente articulado; enquanto uma doutrina é parcialmente abrangente quando comporta alguns (mas não todos) valores e virtudes não-políticos e é articulada de forma relativamente relaxada.” Ver: RAWLS, John. *Political Liberalism* (expanded edition). Columbia University Press: Nova York, 2005, p. 175. A qualidade de razoável é própria das doutrinas abrangentes que, em síntese, não rejeitam os elementos essenciais de uma polis constitucional democrática. Nesse sentido: Ibid, p. 488. Antes de iniciar a incursão no pensamento de Rawls, preferi me referir às doutrinas abrangentes e às concepções de boa vida a que elas dão sentido, respectivamente, pelas expressões “cosmovisões” e “concepções de bem”. A partir de agora, darei preferência ao uso de “doutrina abrangente”.

²⁹ Certamente, essa síntese está bastante aquém da complexidade do argumento da congruência desenvolvido em *Uma Teoria da Justiça*. Entretanto, para os fins do presente trabalho, acredito que ela é suficiente. Para uma melhor compreensão de como a justiça como equidade se relaciona com a compreensão kantiana de autonomia, ver: RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, §§ 40, 85 e 86 e FREEMAN, Samuel. *Congruence and the Good of Justice*. In: *Justice and the social contract. Essays on Rawlsian Political Philosophy*. New York: Oxford, 2007a.

Uma vez que na *Teoria* os princípios da justiça como equidade requerem um regime democrático constitucional, e uma vez que o fato do pluralismo razoável é o resultado de longo prazo da cultura de uma sociedade no contexto dessas instituições livres (p.xvi), o argumento da *Teoria* se baseia numa premissa cuja realização os princípios [de justiça] descartam. Essa é a premissa de que na sociedade bem-ordenada da justiça como equidade, os cidadãos sustentam a mesma doutrina abrangente, e essa inclui aspectos do liberalismo abrangente de Kant, ao qual os princípios da justiça como equidade podem pertencer. Mas, dado o fato do pluralismo razoável, essa doutrina abrangente não é sustentada pelos cidadãos em geral, tal como uma doutrina religiosa específica não o é, ou como uma forma de utilitarismo não o é (RAWLS, 2005, xl, traduzido).

A justiça como equidade é uma concepção de justiça liberal; portanto, almeja que os cidadãos adiram a ela de forma livre e voluntária. Logo, corrigir a inconsistência no argumento da estabilidade é uma das tarefas principais de *O Liberalismo Político*. Sem essa correção, a justiça como equidade se depara com a infeliz circunstância em que seus princípios se apresentam como a melhor explicação dos juízos ponderados em equilíbrio reflexivo, mas suas exigências são muito onerosas para os planos de vida dos cidadãos.

Nesse sentido, o problema enfrentado na segunda obra de Rawls é: elaborar uma concepção política de justiça política para um regime constitucional democrático que uma pluralidade de doutrinas abrangentes razoáveis, liberais ou não-liberais, possam livremente endossar (RAWLS, 2005, p. xxxviii). Ao proceder nesses termos, entretanto, Rawls não apenas reformula sua concepção de justiça, mas propõe uma nova forma de fazer filosofia política: o liberalismo político. Para compreender o que caracteriza essa abordagem, a que Rawls clama ser resultado da aplicação da tolerância à filosofia, duas ideias são centrais: consenso sobreposto e razão pública. Nosso foco é a última, sendo a primeira explorada apenas na medida em que for necessário para entendê-la.

4.2 Pluralismo e democracia

Um último passo preliminar se faz necessário: discutir as causas do pluralismo razoável. Como dito, para Rawls, uma teoria da justiça tem como pretensão se adequar aos juízos ponderados de justiça em equilíbrio refletido. Quando investigamos os alicerces de teorias dessa espécie, vemos que: “As várias concepções de justiça são o produto de diferentes noções de sociedade sob o pano de fundo de visões opostas sobre

as necessidades naturais e oportunidades da vida humana” (RAWLS, 1999, p. 9, traduzido). Dito isso, vê-se que uma concepção de justiça deve explicitar uma concepção de cooperação social (sociedade) e de cidadão (pessoa), destacando quais faculdades morais são necessárias para ser um membro plenamente cooperativo da sociedade (RAWLS, 1985, p. 231-233). Sem as ideias de sociedade e pessoa, concepções de justo e bem não têm lugar. Sem concepções de justo e bem não é possível compreender se a adesão a uma teoria da justiça por uma sociedade seria capaz de promover o bem de seus membros e da sociedade como um todo (RAWLS, 2005, p.109).

Lembremos também que as teorias da justiça competem por fornecer a melhor explicação e justificação dos compromissos normativos de uma democracia constitucional. Dessa forma, um pré-requisito mínimo para que uma teoria sirva a esse propósito é a consideração das condições sociais e históricas que informam tais compromissos normativos. Segundo Rawls (1985, p.225), as condições históricas e sociais do Estado Democrático moderno têm suas origens nas guerras religiosas que se seguem à Reforma Protestante e no desenvolvimento subsequente do princípio da tolerância, tal como na consolidação do constitucionalismo como ideal e no crescimento de economias industriais de mercado.

Nesses termos, cabe à teoria ser capaz de explicar que, numa democracia moderna, o desenvolvimento adequado das faculdades morais necessárias à cooperação leva ao pluralismo. Em outras palavras, numa democracia, é possível que cidadãos igualmente dotados das faculdades morais necessárias à cooperação social, ainda diverjam, por exemplo, sobre qual doutrina abrangente deve dar sentido às suas vidas. A esse tipo de discordância Rawls dá o nome de desacordo razoável. Rawls traz à tona os limites das capacidades de juízo (*burdens of judgement*) justamente para apontar as causas que levam à persistência desse tipo de divergência. Nas palavras do autor:

[...] como que o desacordo razoável pode surgir? [...] Digamos que o desacordo razoável é o desacordo entre pessoas razoáveis: isto é, entre pessoas que realizaram suas duas faculdades morais em um nível suficiente para serem cidadãos livres e iguais em um regime constitucional, e que possuem um desejo permanente de honrar termos equitativos de cooperação e de serem membros plenamente cooperativos da sociedade. Dadas as suas faculdades morais, eles compartilham uma razão humana comum, faculdades de pensamento e julgamento: podem inferir, avaliar evidências e sopesar considerações concorrentes.

A ideia de desacordo razoável envolve uma explicação das fontes, ou causas, de desacordo entre pessoas razoáveis assim definidas. A essas fontes eu chamo de limites das capacidades de juízo (RAWLS, 2005, p. 55, traduzido)

É fundamental que “[a] explicação desses ônus seja plenamente compatível com, e não impugne, a razoabilidade daqueles que discordam” (RAWLS, 2005, p. 55, traduzido). Nesse sentido, define-se os limites da capacidade de juízo como: [...] os vários percalços envolvidos no exercício correto (e consciencioso) de nossas faculdades de razão e juízo ao longo do curso ordinário de nossa vida política” (RAWLS, 2005, p.56, traduzido).

Podemos dividir dois grupos de teorias da justiça: um grupo é formado pelas teorias que concedem a possibilidade de uma pluralidade de concepções de bem opostas e incomensuráveis; o outro é formado por teorias segundo as quais há apenas uma concepção de bem que deve ser reconhecida por todas as pessoas racionais (RAWLS, 1982, p.160). Ao postular que o elo entre os membros da sociedade se funda no compartilhamento de um compromisso ético fundamental, a interpretação antipluralista do que chamei de sociedade comunitarista se enquadra no segundo grupo. Ao reconhecer os limites da capacidade do juízo explicitamente, Rawls não deixa dúvidas que se filia ao primeiro grupo.

Logo, uma importante consequência desses limites é que nem todas as pessoas razoáveis sustentam a mesma doutrina abrangente. Além disso, para serem razoáveis, elas devem reconhecer que todas as pessoas, inclusive elas, estão sujeitas a esses limites (RAWLS, 2005, p. 60). Isso não quer dizer que cabe a elas duvidarem da consistência de suas crenças, mas sim que, dado o fato do pluralismo razoável, falta na cultura pública de uma democracia um fundamento de justificação público compartilhado aplicável a doutrinas abrangentes (RAWLS, 2005, p. 61).

Conseqüentemente, aqueles que insistem em fundamentar suas opiniões quanto a decisões políticas fundamentais em suas doutrinas abrangentes, ou nas concepções de boa vida que desenvolveram a partir delas, parecem apenas impor aquilo que preferem. Claro, se eles fundamentam suas opiniões dessa forma, é porque acreditam que assim alcançam a verdade; mas, na ausência de padrão compartilhado para determinar a veracidade do que professam, a impressão de arbitrariedade é inevitável (RAWLS, 2005, p. 61). O fato da opressão, mencionado anteriormente, volta aqui.

Mas, o fato da opressão não seria inevitável? Buscamos uma concepção política de justiça que uma pluralidade de doutrinas abrangentes razoáveis, liberais ou não-liberais, possam livremente endossar por razões morais, e não estratégicas. Assim, pretendemos elaborar uma concepção de justiça autossustentada (*free-standing*), isto é,

que não é apresentada como, nem como uma derivação de uma doutrina abrangente. Por ser autossustentada, a concepção política é capaz de se ajustar às doutrinas abrangentes razoáveis que persistem na sociedade bem-ordenada por ela regulada. Em outras palavras, a concepção política pode ser o foco de um consenso sobreposto (RAWLS, 2005, p.12-15). Ao fim, temos uma concepção de justiça e uma constituição que todos podem aceitar a partir de suas próprias razões morais, isto é, do interior de suas doutrinas abrangentes do bem. Porém, a concepção de justiça ainda deve ser interpretada e aplicada para especificar as disposições constitucionais, fazer leis e desenhar instituições e políticas públicas de uma sociedade bem-ordenada. Se cada um se valer de sua doutrina abrangente para interpretar e aplicar os princípios abstratos de justiça, o desacordo abundaria e, de forma mais fundamental, o fato da opressão seria inevitável (FREEMAN, 2007a, p.198-199). Para contornar esse estado de coisas é que a razão pública se faz pertinente.

Antes de detalharmos a razão pública, um pequeno adendo há de ser feito para que não percamos de vista nosso objetivo. As formas de justificação do liberalismo político rawlsiano apresentam um paralelismo em relação aos problemas que o sentido normativo do princípio da ofensa apresentou. Na seção anterior, vimos que duas questões levantavam dúvidas sobre a legitimidade do sentido normativo de ofensa: 1) por depender fortemente de contextos e papéis sociais, o sentido normativo de ofensa, ainda é fenômeno muito frequente e fortemente dependente das particularidades de quem se ofende; 2) pressupor que todos cidadãos compartilham uma ideia de prestígio social, porque possuem algum compromisso ético fundamental comum, resolve o problema anterior, mas à custa do pluralismo. A primeira questão pode ser enfrentada situando o sentido normativo do princípio da ofensa à concepção de pessoa/cidadão que serve de base a uma concepção política *freestanding* (justificação pública). A segunda questão, suscitada pelas implicações antipluralistas da solução comunitarista, pode ser evitada se a concepção de justiça proposta for elegível como o foco de um consenso sobreposto (justificação não pública). Uma vez que o princípio do dano é enunciado normativo cuja razão de ser é orientar juízes, e que a razão pública é fundamental para a aplicação e interpretação da concepção política, tento caracterizá-la no que se segue.

4.3 A Razão Pública em foco

Numa sociedade democrática, a razão pública é a razão de cidadãos iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem poder político coercitivo uns sobre os outros ao

promulgarem leis e emendarem sua Constituição (RAWLS, 2005, p. 214). Cabe detalhar o que cada um desses termos implica.

O primeiro ponto é que os limites da razão pública não se aplicam a todas as questões políticas, mas apenas àquelas que envolvem elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica (RAWLS, 2005, p. 214). As primeiras questões versam sobre:

- a. Princípios fundamentais que especificam a estrutura geral de governo e do processo político: os poderes do Legislativo, Executivo e Judiciário; o escopo do governo da maioria; e
- b. Direitos básicos iguais e liberdades cidadãs que as maiorias legislativas devem respeitar: tais como o direito de votar e participar na política, liberdade de consciência, liberdade de pensamento e associação, tal como as proteções do Estado de Direito (RAWLS, 2005, p. 227, traduzido)

A liberdade de expressão e seus limites é questão dessa natureza. Chama também a atenção que Rawls não aponta os princípios que versam sobre desigualdades sociais e econômicas como elementos constitucionais essenciais. Entretanto, isso não significa que esses não sejam importantes, mas apenas que ocupam um papel distinto na teoria proposta (RAWLS, 2005, p. 229). Não cabe aqui discutir se essa opção é correta, mas destaca-la apenas.

Feito isso, as questões de justiça básica dizem respeito às instituições de justiça econômica e social de fundo apropriadas aos cidadãos concebidos como livres e iguais (RAWLS, 2005, p. 229). De forma bastante resumida, os princípios políticos de justiça básica buscam garantir a todos os cidadãos os meios adequados para fazer uso efetivo de suas liberdades (RAWLS, 2005, p. 450). Para se referir aos dois grupos de questões conjuntamente, utiliza-se o termo “questões políticas fundamentais”. Da mesma forma, as decisões que delas tratam são chamadas de “decisões políticas fundamentais”.

O segundo ponto é que a ideia de razão pública não se aplica a todas as discussões políticas de questões fundamentais, mas apenas às discussões dessas questões no fórum político público. Esse é composto: pelo discurso de juízes em suas decisões, especialmente de juízes de cortes constitucionais; pelos discursos de autoridades governamentais, especialmente de chefes do Executivo e legisladores; e pelo discurso de candidatos a cargos públicos e de seus chefes de campanha, especialmente em sua oratória pública, isto é, em seus discursos em plataformas partidárias ou em declarações políticas gerais (RAWLS, 2005, p.443).

E quanto aos cidadãos? A razão pública é aplicável quando os cidadãos se engajam na advocacia política no fórum público, isto é, quando militam a favor de partidos políticos e de candidatos em suas campanhas políticas. Da mesma forma, os cidadãos são vinculados à razão pública quando seus votos decidem controvérsias envolvendo elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica (RAWLS, 2005, p.215). Os limites da razão pública, entretanto, não se aplicam às discussões políticas naquilo que Rawls chama de cultura de fundo. Trata-se da cultura da sociedade civil, e, para o que interessa ao presente trabalho, da esfera pública. A razão pública ali não se aplica, pois, numa democracia, a cultura da sociedade civil não é orientada por qualquer ideia ou princípio único, quer político ou religioso (RAWLS, 2005, p. 443). Podemos, então, reafirmar a ideia de secularidade radical, proposta por Taylor. A interação da sociedade civil com a razão pública é apenas indireta, pois se limita ao fato de que as diversas associações e instituições civis se coordenam sob um arcabouço jurídico que garante a liberdade de pensamento e expressão, além do direito de associação.

Há de se distinguir a ideia de razão pública do *ideal* da razão pública. O último se concretiza quando juízes, legisladores, chefes do Executivo, e outras autoridades governamentais, tal como candidatos a cargos dessa espécie, agem de acordo e atuam a partir da *ideia* de razão pública. Ou seja, estão dispostos a explicar aos cidadãos suas razões a favor de decisões políticas fundamentais sob os termos da concepção política de justiça que entendem ser os mais razoáveis (RAWLS, 2005, p.444). De forma mais clara, o uso do poder político em questões políticas fundamentais é justificado quando satisfaz o que Rawls denomina “critério de reciprocidade” — isto é, quando autoridades governamentais plausivelmente acreditam que os termos possam ser razoavelmente aceites por cidadãos livres e iguais (RAWLS, 2005, xlii).

Novamente no que diz respeito aos cidadãos, sua contribuição para a concretização do ideal de razão pública é possível se eles se imaginarem como legisladores e se perguntarem quais leis, justificadas por quais razões compatíveis com o critério de reciprocidade, achariam as mais razoáveis de se promulgar. O ideal de razão pública está presente na consciência cidadã quando a disposição de se verem como legisladores ideais os leva a repudiar autoridades ou candidatos a cargos públicos que violam as exigências de reciprocidade da razão pública (RAWLS, 2005, p. 444-445).

A ideia de razão pública está sendo tomada como referência por ser elaborada com vistas a especificar no nível mais fundamental os valores morais e políticos que devem determinar a relação de um governo constitucional democrático com os seus cidadãos e

as relações entre os cidadãos (RAWLS, 2005, p.442). Ao falarmos dos fóruns aos quais a ideia de razão pública é aplicável e sobre o ideal de razão pública, a relação entre governo e cidadãos foi enfatizada. Falta detalhar melhor a relação entre os cidadãos democráticos, porque a depender de como definirmos os deveres entre cidadãos também será possível justificar os limites à contestação no momento da discussão de questões políticas fundamentais.

4.3.1 Razão Pública e a relação cidadã

O relacionamento entre cidadãos democráticos possui duas características:

Primeiro, é uma relação entre pessoas na estrutura básica da sociedade na qual elas nasceram e na qual elas normalmente conduzem uma vida completa.
Segundo, numa democracia, o poder político, o qual sempre é poder coercitivo, é o poder do público, isto é, de cidadãos livres e iguais enquanto corpo coletivo (RAWLS, 2005, p.216, traduzido)

Esse relacionamento também é fortemente marcado pelo fato de que a diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, encontrada em sociedades democráticas é um traço permanente da cultura política, e não uma mera condição histórica que logo terá fim.

Definidos esses pressupostos, pergunta-se: quando se pode dizer que cidadãos exerceram adequadamente, por meio do voto, seu poder político coercitivo uns sobre os outros? Ou, quais princípios e ideais justificam o voto sobre questões políticas fundamentais a cidadãos concebidos como livres e iguais?

A resposta passa pelo desenvolvimento das características da relação entre cidadãos democráticos. Quanto à primeira característica dessa relação, vemos que as oportunidades e expectativas de vida de cada pessoa são profundamente influenciadas pela posição social na qual elas nascem, e, portanto, parte significativa de como sua vida será foge de seu âmbito de escolha. Dessa forma, sua posição na estrutura política, social e econômica, definida pelas instituições fundamentais de sua sociedade é determinante, não só de suas expectativas, mas também de seus desejos e ambições (RAWLS, 2005, p.269). Nesse cenário, pode-se dizer que parte significativa da vida está condicionada à sorte, mas a sorte aqui é determinada por instituições que estão em certa medida sob o controle humano. Consequentemente, podemos nos perguntar, enquanto membros da sociedade, se as condições que governam a boa ou má sorte que nossas instituições criam são moralmente aceitáveis (NAGEL, 2002, p.78).

Tomando a primeira característica e suas implicações como pontos de partida, ressalta-se, novamente, que as razões fornecidas quando questões políticas fundamentais estão em jogo devem levar em conta os limites da capacidade do juízo. Dito isso, quanto à segunda característica, cabe enfatizar que, numa democracia, cidadãos concebidos como livres e iguais possuem uma parcela igual do poder político coercitivo da sociedade. Considerando os limites da capacidade do juízo, não há razões que justifiquem que qualquer cidadão ou grupo de cidadãos tenham o direito de usar o poder coercitivo do Estado para decidir questões políticas fundamentais com base em suas doutrinas abrangentes (RAWLS, 2005, p. 62). Assim proceder implicaria usurpar a parcela de poder de seus concidadãos.

Em síntese, a resposta do liberalismo político é a seguinte: nosso exercício do poder político é apropriado, e, portanto, justificável, apenas quando é exercido de acordo com uma constituição cujos elementos essenciais pode-se razoavelmente esperar que todos os cidadãos podem aceitar à luz de princípios e ideais aceitáveis a eles como livres e iguais. Esse é o princípio liberal de legitimidade (RAWLS, 2005, p. 217). Proponho os princípios do dano, dano público e ofensa como exigências de uma constituição liberal que protege a liberdade de expressão e a reputação. Ao fazê-lo, tento aplicar a categoria proposta por Rawls ao problema desse trabalho.

A exigência do princípio liberal de legitimidade, por sua vez, impõe aos cidadãos o dever moral— não jurídico— de serem capazes de explicar uns aos outros como os princípios e políticas que advogam em face de questões políticas fundamentais satisfazem o critério da reciprocidade da razão pública. Esse é o dever de civilidade (RAWLS, 2005, p.217). A ênfase no caráter moral e não jurídico do dever de civilidade é bastante relevante para a discussão sobre a liberdade de expressão e ofensa. Por isso, ela merece uma justificação mais pormenorizada.

Para fazê-lo, retoma-se brevemente o papel que os princípios aplicáveis aos indivíduos exercem no argumento em defesa da justiça como equidade. Os princípios dos deveres naturais e obrigações aplicáveis aos indivíduos são uma parte essencial de uma concepção do justo: eles definem nossos laços institucionais e como nos vinculamos uns aos outros. Sem a definição desses aspectos, a justiça como equidade, a concepção de justiça rawlsiana, está incompleta (RAWLS, 1999, p.293).

Um princípio para a conduta dos indivíduos é um princípio do justo quando está de acordo com os princípios que as partes da posição original reconheceriam como aplicáveis aos indivíduos (RAWLS, 1999, p. 95). Entretanto, as partes só escolherão os

princípios aplicáveis aos indivíduos após escolherem aqueles aplicáveis à estrutura básica da sociedade (RAWLS, 1999, p. 93). Essa é a única opção para que uma concepção coerente seja obtida ao final, já que a estrutura básica sob a qual os cidadãos cooperam para satisfazer seus desejos define quais desejos eles terão no futuro. Rawls separa tais princípios em dois grupos: obrigações e deveres naturais.

As obrigações podem ser compreendidas pelo princípio da equidade, que estabelece o dever de cumprir com as regras de dada instituição quando: a) a instituição é justa de acordo com os princípios para a estrutura básica; b) o indivíduo voluntariamente se compromete a cumprir com as regras ou aceitou ou gozou dos benefícios que o arranjo estabelecido permite. Portanto, c) as obrigações assim adquiridas resultam de atos voluntários, d) têm seu conteúdo definido pelas regras da instituição relevante e e) são devidas às pessoas específicas que cooperam com o obrigado para manter o arranjo mutuamente benéfico (RAWLS, 1999, p. 96-97). Quando falamos dos deveres das autoridades públicas, o princípio da equidade se faz pertinente. Para o presente trabalho, fundamentais aqui são: 1) o dever das autoridades eleitas democraticamente de se informar e considerar a opinião pública na tomada de suas decisões e 2) o dever de magistrados justificarem as restrições às contribuições à opinião pública a partir da razão pública.

E o dever de civildade? Ele é um dever natural. Logo, tem como características: a) ser aplicável independentemente de atos voluntários; b) não ter conexão necessária com instituições e práticas sociais específicas; c) obrigar as pessoas independentemente de suas relações institucionais, pois é devido às pessoas morais (RAWLS, 1999, p.98-99). Aqui, parto das considerações de *Uma Teoria da Justiça*. Quando as comparamos com a apresentação do dever de civildade de *O Liberalismo Político* surge uma tensão, pois na última obra o dever em questão está situado numa relação institucional específica: a cidadania democrática. Para resolvê-la nos limites de uma concepção de justiça, basta lembrar que a escolha dos princípios aplicáveis aos indivíduos se dá apenas após a escolha dos princípios de justiça para a estrutura básica. Consequentemente: a definição de pessoa moral que Rawls tem em mente em *Uma Teoria da Justiça* já equivale a de cidadão livre e igual. Além disso, o dever de civildade é definido como o dever de fornecer razões pautadas numa concepção de justiça mutuamente aceitável que leva o bem de todos em questão (RAWLS, 1999, p. 297). Assim definido, o dever de civildade não faz parte de uma concepção de justiça, mas sim está em função dela. Se uma concepção de justiça define o escopo jurídico da liberdade de expressão com base na civildade, essa integra a concepção de justiça. Consequentemente: seus princípios apenas seriam aceitos por

indivíduos cujas doutrinas abrangentes ou concepções de bem implicam virtudes de justificação.

Essas considerações sobre o dever de civilidade dão razão à radicalidade do ideal de autodeterminação democrática que subjaz a concepção de liberdade de expressão aqui defendida. Assim, numa democracia, deve ser reconhecido aos cidadãos a liberdade de expressão o direito de negar *discursivamente* os princípios de justiça que satisfazem os critérios da razão pública. Desde que sua negação discursiva não implique a inobservância dos referidos princípios, não há objeções que justifiquem sua proibição pelo Direito. Críticas dessa última espécie são argumentativamente frágeis, pois negam aquilo que pressupõem ao se projetarem na esfera pública. Entretanto, numa democracia, não cabe ao Estado ensinar coercitivamente aos cidadãos como argumentar. De forma mais direta: a razão pública é fundamental para definir o escopo jurídico do direito à liberdade de expressão; porém, isso não implica, necessariamente, que o exercício de tal direito deve ser condicionado às virtudes que seus garantidores tiveram de exibir na sua definição legal.³⁰

4.3.2 O conteúdo da razão pública

Uma ressalva se faz importante para continuarmos a detalhar a ideia de razão pública: ao se falar da razão pública em Rawls, as menções à democracia devem ser tomadas com cautela, pois o autor tem em vista uma democracia *constitucional bem-ordenada*. Posteriormente, ele associa uma democracia constitucional bem-ordenada com a democracia deliberativa (RAWLS, 2005, p.448). Isso levanta questões sobre a aplicabilidade da razão pública em sociedades não-ideais, como a nossa. Partindo dessa tensão, David Enoch desenvolve críticas à razão pública, as quais pretendo apresentar e responder na seção seguinte. Nesse momento, vale a pena retomar o que caracteriza uma sociedade bem-ordenada e depois conectar o referido conceito com a democracia deliberativa.

³⁰ Não obstante, o dever de civilidade é um dever moral importante na relação entre cidadãos democráticos. De fato, parte da caracterização das partes na posição original envolve sua motivação mutuamente desinteressada, isto é, elas não se preocupam com a promoção ou o prejuízo dos interesses daqueles que não representam. Se assim não fosse, o fato do pluralismo seria negligenciado. Apesar disso, elas reconhecem a importância do respeito mútuo, para o qual o dever de civilidade contribui. “[...] respeitar a outrem como pessoa moral é tentar entender seus fins e interesses a partir de seu ponto de vista e apresentá-lo razões que o permitem compreender as restrições à sua conduta” (RAWLS, 1999, p. 297, traduzido). Da perspectiva racional das partes, essa atitude é desejável, pois a confiança no plano de vida daqueles que representam não resiste à indiferença e desprezo dos demais. Logo, todos se beneficiam ao viverem em uma sociedade onde o respeito mútuo é garantido.

A sociedade bem-ordenada é aquela na qual: “(1) todos aceitam e sabem que outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e na qual (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem e são geralmente conhecidas por satisfazer esses princípios (RAWLS, 1999, p. 4)”. Portanto, uma sociedade bem-ordenada possui uma concepção pública de justiça, isto é, publicamente reconhecida pelos cidadãos e efetivamente regulando o sistema público de regras que constitui a estrutura básica da sociedade (RAWLS, 1999, p.47-48).

A cautela necessária aqui é a de não aplicar automaticamente a razão pública às controvérsias de nossa sociedade, pois ela é inicialmente pensada para uma sociedade bem-ordenada— o que não quer dizer que ela não se aplica a nossa sociedade. Se ainda não está claro, o contraste entre nossa sociedade e uma sociedade bem-ordenada pode ser pontuado pela seguinte divisão do trabalho teórico, introduzida em *Uma Teoria da Justiça*:

A primeira parte ou parte ideal pressupõe o cumprimento estrito [das exigências da justiça] e elabora os princípios os princípios que caracterizam uma sociedade bem-ordenada sob circunstâncias favoráveis. Ela desenvolve uma concepção de uma estrutura básica perfeitamente justa e os deveres e obrigações correspondentes de pessoas sob os constrangimentos fixos da vida humana. Minha principal preocupação é com essa parte da teoria. A teoria não-ideal, a segunda parte, é elaborada após uma concepção ideal de justiça ter sido escolhida; apenas assim as partes se perguntam quais princípios adotar sob condições menos felizes (RAWLS, 1999, p. 216, traduzido).

As referências a uma sociedade bem-ordenada em *O Liberalismo Político* dão a entender que a divisão destacada é ali também aplicável. Sob essa chave de leitura, numa sociedade bem-ordenada, a pergunta “como exercer o Poder Político de forma justificável perante os cidadãos?” tem como resposta: “Adotando-se um modelo de Estado Constitucional Democrático, [no qual] os sentidos normativos devem ser construídos discursivamente por meio de uma *argumentação pública* cujo objetivo é uma justificação intersubjetiva [...] das normas de convivência social” (CAMILLOTO, 2019, p.12, destaque adicionado).

Percebe-se, então, que Rawls toma como elementos essenciais da democracia deliberativa o conhecimento e desejo geral dos cidadãos de seguirem a razão pública e de realiza-la em sua conduta política (RAWLS, 2005, p.448). Mas como, diante do pluralismo, é possível dizer que os valores políticos concretizados em um regime constitucional bem-ordenado são valores louváveis e não facilmente derrotáveis quando

questões políticas fundamentais estão em jogo? A resposta a essas perguntas nos leva ao último ponto sobre a razão pública: seu conteúdo.

O conteúdo da razão pública é dado por uma concepção política de justiça. Uma concepção política de justiça possui três traços característicos (RAWLS, 2005, p.11-12):

- 1) *Objeto*: trata-se de uma concepção moral, mas uma concepção moral que se volta exclusivamente à estrutura básica de uma democracia constitucional moderna;
- 2) *Modo de apresentação*: uma concepção política de justiça é autossustentada (*free-standing*), isto é, não é apresentada como, nem como derivada de uma doutrina abrangente que se aplica à estrutura básica da sociedade, como se essa estrutura fosse apenas mais um objeto ao qual essa doutrina se aplica. Por ser autossustentada, a concepção política é capaz de se ajustar às doutrinas abrangentes razoáveis que persistem na sociedade bem-ordenada por ela regulada.
- 3) *Conteúdo*: Se uma concepção política é uma teoria moral, mas, ao mesmo tempo, não é derivada de doutrinas abrangentes, qual seu conteúdo? A resposta é: princípios substantivos de justiça e diretrizes de investigação.
 - a. **Princípios de justiça (valores da justiça política)**: Os princípios aqui são liberais. Ou seja,
 - i. estabelecem certos direitos, liberdades e oportunidades fundamentais;
 - ii. garantem a proteção prioritária desses direitos, liberdades e oportunidades em face de apelos ao bem-estar coletivo e do perfeccionismo;
 - iii. garantem meios adequados para viabilizar o uso efetivos das liberdades e oportunidades (RAWLS, 2005, p.223);
 - b. **Diretrizes de investigação (valores da razão pública)**: princípios de raciocínio e regras de evidência, a partir dos quais os cidadãos devem decidir se os princípios substantivos são devidamente aplicados e identificar as leis e políticas que melhor os satisfazem (RAWLS, 2005, p.224).

As instituições políticas de um regime constitucional, as tradições públicas de sua interpretação, textos e documentos históricos que são de amplo conhecimento constituem a cultura política pública de uma sociedade democrática. Uma concepção política de

justiça é elaborada a partir desse fundo de ideias e princípios básicos implicitamente reconhecidos (RAWLS, 2005, p. 13-14). A pretensão de teoria dessa espécie é apresentar essas ideias e princípios de forma suficientemente clara e atraente a ponto de fornecer uma concepção congênita às convicções mais firmes dos cidadãos de uma democracia. Portanto, para que uma concepção política de justiça seja aceitável, ela deve estar em concordância com nossas convicções ponderadas, em todos os níveis de generalidade, após a devida reflexão. Ou seja, deve estar em equilíbrio refletido (RAWLS, 1985, p.228).

A forma pela qual essas bases profundas de acordo inscritas na cultura política pública são organizadas em uma visão coerente é pela ideia da sociedade como um sistema de cooperação equitativa entre cidadãos livres e iguais (RAWLS, 1985, p.229). Como dissemos na seção anterior, a ideia de cooperação e a concepção de cidadão são basilares a uma teoria da justiça. Nesse momento, é possível dar um passo a mais e dizer que a compatibilidade de uma concepção política de justiça com o pluralismo depende de como essas ideias são desenvolvidas.

Consequentemente, essas ideias são necessárias—mas não suficientes— para dizer que valores políticos concretizados em um regime constitucional bem-ordenado são valores louváveis e não facilmente derrotáveis quando questões políticas fundamentais estão em jogo. Dito isso, tentarei demonstrar como a justiça como equidade desenvolve essas ideias de forma a respeitar o pluralismo.

O ponto de partida é retomar que numa sociedade bem-ordenada há um entendimento público sobre quais reivindicações são apropriadas aos cidadãos fazerem quando questões de justiça surgem. Da mesma forma, esse entendimento é acompanhado de uma compreensão sobre o que pode embasar essas reivindicações (RAWLS, 1982, p.161). Diante da inevitabilidade do pluralismo em uma sociedade bem-ordenada, como esse entendimento público é possível? Para responder, desenvolve-se as ideias de cooperação, cidadão e bens-primários.

Os cidadãos são compreendidos como pessoas morais livres e iguais capazes de contribuir e cumprirem as exigências da cooperação social que beneficia a todos. A cooperação social, por sua vez, tem como marcas: “(a) uma regulação por normas e procedimentos publicamente reconhecidos pelos cidadãos, (b) o reconhecimento dos termos equitativos que possam ser aceitos pelos cidadãos e (c) uma noção de vantagem racional ou do bem de cada cidadão” (CAMILLOTO, 2019, p.11).

Isso posto, um cidadão será plenamente cooperativo quando for movido pelo interesse de última ordem (*highest-order interest*) de realizar e exercer as duas faculdades

da personalidade moral (RAWLS, 1982, p.165). Essas duas faculdades são: a capacidade de propor, cumprir e agir de acordo com termos equitativos de cooperação (razoável) e a capacidade de deliberar de acordo com, revisar e racionalmente perseguir uma concepção de bem (racional). Além disso, pessoas morais possuem um interesse de ordem superior (*higher-order interest*) de promover suas concepções de bem determinadas.

Na posição original, os cidadãos são representados como pessoas morais dotadas das faculdades do racional e do razoável e com uma concepção de bem indeterminada em suas especificidades. Bens primários são condições sociais de fundo e meios que permitem a obtenção de uma ampla gama de fins, geralmente necessários para formar e racionalmente perseguir uma concepção de bem (RAWLS, 1982, p.169). Assim, para garantir os interesses de última ordem e de ordem superior de seus representados, as partes deliberam movidas pela faculdade do racional sobre quais princípios de justiça garantem mais bens primários aos cidadãos (RAWLS, 1982, p.165). Já as exigências do razoável são representadas pelas circunstâncias e limites da escolha na posição original, de forma que os princípios escolhidos são razoáveis/equitativos.

A justiça como equidade é concepção política razoável justamente por, partindo das ideias de cidadão, cooperação e princípios de raciocínio prático (o racional e o razoável) implícitas na cultura política pública, estabelecer um procedimento, a posição original, a partir do qual se estabelece quais princípios de justiça são razoáveis. Uma vez que a concepção de cidadão livre e igual é elaborada a partir das ideias da cultura política pública, os bens primários que dela decorrem fornecem um entendimento público sobre quais tipos de reivindicações são apropriados aos cidadãos fazerem quando questões de justiça surgem. Uma vez que são escolhidos por sua capacidade de garantir bens-primários, os dois princípios de justiça rawlsianos são capazes de dar conteúdo à razão pública.

Destaca-se também que as partes na posição original, ao escolherem princípios substantivos, também devem adotar orientações e critérios de razão pública que permitam aplicar e constatar a observância desses princípios, sob pena do fato da opressão ser inevitável. Assim, o argumento para os valores da razão pública é o mesmo que o argumento para os valores políticos: a posição original (RAWLS, 2005, p. 225).

Para resumir: uma sociedade bem-ordenada pela justiça como equidade tem sua unidade e o compromisso de seus cidadãos pautados em um acordo quanto àquilo que é justo para pessoas morais livres e iguais, e não pelo compartilhamento de uma concepção de bem. Essa unidade vai ser mais ou menos firme a depender de se as doutrinas

abrangentes que tendem a ser influentes numa sociedade democrática razoavelmente justa podem ser coerentes com a concepção pública de justiça e, assim, convergirem em aceita-la para reger sua vida comum (RAWLS, 1985, p. 246-247). Ser elegível ao conteúdo da razão pública é um pré-requisito para o consenso sobreposto, mas não é uma garantia de que ele ocorrerá. Quanto ao último, Rawls confessa não ter um argumento capaz de assegurar sua ocorrência, limitando-se a conjecturar as condições de sua ocorrência. Para os fins do presente trabalho, é relevante mencionar que, por ser liberal, uma concepção política de justiça garante as liberdades de expressão, pensamento, consciência, diminuindo as chances de que abundem conflitos entre as doutrinas abrangentes e as exigências do político. Com isso, a possibilidade do consenso sobreposto se fortalece (RAWLS, 2005, p.157).

4.3.3 A prioridade do justo sobre o bem

Por fim, falarei sobre a prioridade do justo sobre o bem. O interesse de última ordem de desenvolver e exercer adequadamente as faculdades da personalidade moral implica o desejo dos indivíduos de conformar a promoção de seu bem às razões que todos podem aceitar enquanto pessoas morais livres e iguais. A sociedade bem-ordenada toma a perspectiva de cidadãos assim concebidos como referência. Logo, em uma sociedade liberal, doutrinas abrangentes do bem são admissíveis apenas se sua realização for compatível com a concepção política de justiça. Seguindo essa ideia, buscarei determinar ao fim do texto quando o exercício da liberdade de expressão deve ser contido para proteger a reputação, apontando que a última pode ser pensada como parte da concepção de cidadão.

Da prioridade do justo sobre o bem, conclui-se que a forma de neutralidade que importa ao princípio liberal de legitimidade é uma *neutralidade de justificação*, e não uma *neutralidade de resultados*. Se a última fosse adotada, só seriam justificadas as políticas que não privilegiassem nenhuma doutrina específica do bem (VITA, 2009, p.76-77). A prioridade do justo sobre o bem do liberalismo político, entretanto, não exige uma neutralidade que se aplica indiscriminadamente à avaliação dos resultados políticos. Na verdade, o que se exige é:

[...] que as divergências com respeito aos elementos constitucionais essenciais e às questões de justiça básica possam ser debatidas [e justificadas], no fórum público, com base em valores políticos que pessoas razoáveis, independentemente da concepção do bem que cada uma julgue ser verdadeira, reconheceriam como o fundamento de pretensões morais (VITA, 2009, p.79).

Como dito, o sentido normativo de ofensa depende fortemente de contextos e papéis sociais. Não obstante, tal sentido pode legitimar restrições à liberdade de expressão, desde que justificado em valores políticos que pessoas razoáveis reconheceriam como válidas independentemente da concepção do bem que cada uma julga ser verdadeira. Ao final do texto, pretendo conectar a ideia de ofensa com a faculdade do racional que caracteriza a concepção de cidadãos proposta por Rawls.

Ainda sobre a diferença entre neutralidade de justificação e neutralidade de resultados, é fundamental ver que:

Em confronto com aqueles que insistem em que a coerção coletiva seja colocada a serviço de suas doutrinas do bem, concepções éticas fortes e identidades coletivas, a tolerância liberal não pode e não deve ser defendida de forma neutra. [Ou seja,] A tolerância liberal é uma moralidade política a ser defendida contra aqueles que querem restringir a liberdade de outros com base em suas próprias convicções [abrangentes] de valor moral (VITA, 2009, p.81).

Quando elaborado sob esses marcos, o princípio da ofensa não resulta da pressuposição de que todos cidadãos compartilham algum compromisso ético fundamental. Não há qualquer pressuposição dessa espécie, pois a ofensa é pensada à luz de uma concepção de cidadão que integra uma concepção política autossustentada. Ou seja, quer-se defender uma versão do princípio da ofensa que permita uma aplicação da concepção política de justiça sem maiores abalos à possibilidade de um consenso sobreposto.

Dessa forma, o princípio da ofensa só será consistente se for correto adotar a razão pública como a referência de justificação pública. Nesse sentido, a próxima seção é dedicada a apresentar e responder as críticas de David Enoch a essa forma de fazer teoria política normativa. Em seguida, na seção subsequente, falarei sobre a prioridade da liberdade e o que isso significa quando investigamos as condições que legitimam a limitação da liberdade de expressão para proteger a reputação.

4.4 Críticas à razão pública

Ao escrever *Against Public Reason* (2015), David Enoch pretende contribuir para a literatura crítica à razão pública, tendo como proposta desenvolver objeções mais gerais a concepções de razão pública. Com isso em vista, não foca em uma versão específica de razão pública, mas busca identificar os traços gerais e comuns aos projetos teóricos de razão pública.³¹

Sua crítica é desenvolvida adotando os seguintes passos: primeiro, o autor apresenta as intuições que levam as pessoas a defender concepções de razão pública e caracteriza seu alvo. Segundo, sustenta que todas as concepções de razão pública implicam alguma forma de idealização e avalia criticamente o tipo de idealização próprio a teorias dessa espécie. Terceiro, critica as teorias da razão pública por não compreenderem detalhadamente a relação entre razões para agir e crenças. Quarto, e último, critica aquilo que vê como o papel que os teóricos da razão pública atribuem à filosofia política.

Muitas das críticas que o autor profere são bastante incisivas, demandando algumas concessões e esclarecimentos quanto à consistência do liberalismo político. Nesta seção, meu foco prioritário será na segunda crítica, de forma que as demais serão consideradas apenas na medida em que tiverem intersecção com aquela. Coloquemos, então, as ideias do autor em sua devida ordem. Para Enoch, há duas intuições que tornam as teorias da razão pública atraentes. A primeira é compreensível a partir do seguinte exemplo, extraído de David Estlund:

Suponha que o Catolicismo é a verdadeira religião, e que o Papa possui uma conexão direta com Deus. Mesmo assim, se você não é um devoto (ou é um devoto de outra religião), cremos ser profundamente objetável que as diretivas do Papa tenham autoridade sobre você *simplesmente em virtude* da veracidade do Catolicismo e das excelentes credenciais epistêmicas do Papa. Certamente, o pensamento de que você pode ser politicamente subordinado às diretivas do Papa— apoiadas pelo poder coercitivo do Estado— parece inaceitável. A razão, parece, é que, se por um lado as diretivas dele são em um sentido justificáveis, elas não são justificáveis *para você*, não católico (ENOCH, 2015, p. 114, traduzido).

³¹ Assim, Enoch não se dirige apenas a Rawls, mas também a Jonathan Quong, Charles Lamore, Gerald Gaus, Thomas Nagel, para citar alguns nomes a quem ele faz referência.

A intuição aqui é: a exigência de obediência não é legítima se não for fundada em razões que a justificam *a quem deve obedecer*. Nesses termos, há uma distinção entre a justificação com base em razões que independem daqueles a quem se aplicam e a justificação com base nas razões as quais os agentes têm acesso. Partindo da última forma de justificação, sugere a intuição, condições de transparência epistêmica são necessárias para que a obediência seja compatível com a liberdade (ENOCH, 2015, p. 114). No cerne dessa intuição, portanto, está a necessidade de reconciliar autoridade e liberdade (autonomia).

Se a primeira intuição se conecta com a liberdade, a segunda intuição se conecta à igualdade. Ainda nos termos do exemplo, quando o Estado aplica as diretivas do Papa ao não católico, segundo o teórico da razão pública, ele dá maior peso político às crenças dos católicos. Logo, além de tratar aquele de forma incompatível com sua liberdade, também trata suas crenças e desejos como algo que merece menos resguardo político.

Quando juntamos as duas intuições, o resultado é uma base da qual decorre a necessidade de justificar o poder coercitivo, qual seja: a autoridade e os princípios que lhes justificam devem ser justificáveis a todos que lhes estão sujeitos. Ou seja, a exigência é de que todos devem ser tratados como livres e iguais (ENOCH, 2015, p.115). De forma sintética, a tese do autor é a seguinte: as teorias da razão pública acabam contradizendo as intuições das quais partem em razão do uso de idealizações.

Para chegar a essa conclusão, o primeiro passo dado por Enoch é analisar quais idealizações são utilizadas e qual o propósito para qual foram utilizadas. O propósito para recorrer a idealizações é ajustar as pretensões da teoria com a realidade. Por um lado, as teorias da razão pública, como dito, exigem que a autoridade e seus princípios sejam justificáveis a todos a eles subordinados. Por outro lado, isso cria um problema, já que os cidadãos de um Estado democrático contemporâneo variam muito entre si. Para resolver esse impasse, recorre-se a idealizações (ENOCH, 2015, p. 117-118).

De acordo com Enoch (2015, p.118), duas idealizações são recorrentes entre os teóricos da razão pública: a primeira é a restrição do escopo daqueles a quem a justificação pública é devida como condição necessária de legitimidade. Assim, o que é necessário à legitimidade não é “justificabilidade” a todos, mas, digamos, a todos os cidadãos razoáveis. A segunda idealização é o recurso a situações hipotéticas ou ideais, de forma que aqueles para quem a justificação é dada não são pessoas como nós, mas alguma concepção ideal de pessoa/cidadão. Ao que parece, então, o importante não é

tanto que as pessoas vejam dado princípio como justificável, mas sim que elas o veriam ou o endossariam se elas raciocinassem devidamente.

Em seguida, o autor define o seguinte teste, para avaliar quando idealizações são um recurso filosófico legítimo: a idealização é legítima quando consistente com o projeto teórico inicial (ENOCH, 2015, p. 118-120). Por exemplo, se você está no deserto em busca de água e alguém lhe informa que, se as condições x estivessem preenchidas, onde você está seria um oásis, a resposta não faz nenhuma diferença para sua situação. Água hipotética não serve ao propósito de matar a sua sede agora (ENOCH, 2015, p. 119). Situação diferente seria se você estivesse bêbado e prestes a fazer algo que seu amigo tem certeza que você, se estivesse sóbrio, se arrependeria profundamente. Nessa situação, se ele obstrui a sua ação, o seu consentimento hipotético pode ser uma justificativa plausível (ENOCH, 2015, p. 128).

Aplicar o teste às idealizações das teorias da razão pública, significa perguntar: são elas compatíveis com as motivações iniciais, representadas nas intuições anteriormente pontuadas? Assim, a primeira questão que se põe diz respeito à restrição dos destinatários da justificação às pessoas razoáveis (ou a outra qualificação dessa natureza). Em seguida, a questão que se põe é se a idealização dos cidadãos condiz ou não com as intuições que os teóricos da razão pública visam a corroborar.

Quanto à restrição do escopo de justificação aos razoáveis, o primeiro incômodo de Enoch é com a própria definição de razoável. Para ele, se, por um lado, é óbvio que nazistas e psicopatas são irrazoáveis, por outro lado, não é claro que pessoas como John Stuart Mill, Karl Marx, Joseph Raz, e ele próprio (Enoch) também o são (ENOCH, 2015, p. 120-121). O problema, segundo ele, é que as últimas são razoáveis num sentido não técnico, enquanto não são num sentido técnico, definido pela consciência da existência dos limites da capacidade do juízo e pelo respeito ao que eles implicam. Compreendo que as dúvidas quanto à pertinência da definição rawlsiana de razoabilidade podem ser superadas pela demonstração de que a diferenciação entre razoáveis e irrazoáveis remete a valores caros a uma sociedade democrática. A possibilidade de fazê-lo passa por frisar que, para Rawls (2005, p. 443), a razão pública não se aplica a toda discussão política e a todas as instâncias em que essa ocorre. A razão pública não se aplica às discussões políticas na cultura de fundo, sendo aplicável apenas às discussões no fórum político público, constituído pelas instituições decisórias do Estado, e às discussões cidadãos no fórum político. Além disso, as exigências da razão pública são aplicáveis apenas às questões constitucionais essenciais e aos problemas de justiça básica. A consequência

disso é que as contribuições de filósofos e teóricos políticos como os citados ainda podem ser apreciadas onde normalmente o são: nas universidades, em movimentos sociais, associações acadêmicas, na justificação de políticas públicas que não as questões políticas fundamentais. Ou seja, o sentido não-técnico de razoável ainda pode ser mantido nessas circunstâncias, sendo, inclusive, fundamental para a sociedade civil de uma sociedade democrática que assim seja. Mas ainda falta responder: o que há de especial no fórum político público quando decisões políticas fundamentais estão em jogo? Por que nessas ocasiões os limites da capacidade do juízo devem ser reconhecidos, afetando os tipos de argumentação moralmente aceitáveis? A resposta passa pela compreensão de cidadania democrática que implica a razão pública como dever de civilidade. Dessa forma, a pertinência da razão pública depende da consistência da ideia de cidadania que a fundamenta (WEITHMAN, 2016, p.122). Tentarei esboçar essa relação após expor as críticas de Enoch.

Nesse momento, vale a pena retomar a primeira intuição a favor da razão pública: reconciliar autoridade e liberdade. Diante dessa intuição, Enoch faz a seguinte provocação: se ao coagirmos alguém com base em um princípio que ela não endossa, nem endossaria após devida reflexão, deixamos de a tratar como igual, então poderíamos dizer o mesmo acerca da coerção dos irrazoáveis com base em princípios razoáveis (ENOCH, 2015, p. 123). Como, então, justificar a exclusão dos irrazoáveis do âmbito de justificação? Importante destacar, como Enoch faz, que o termo irrazoável está sendo utilizado no seu sentido político, o que inclui tanto nazistas e psicopatas, quanto militantes e teóricos que rejeitam a razoabilidade quando questões políticas fundamentais estão sendo discutidas nos fóruns políticos.

Enoch (2015, p.123-124) rejeita que argumentos de reciprocidade são aptos a fundamentar a exclusão dos irrazoáveis do âmbito de justificação. Como ele mesmo indica que essa rejeição não é tão profunda, prossigo ao próximo argumento. Chegamos, então, à crítica mais interessante do autor. Ela começa por considerar que a razão pela qual os irrazoáveis são excluídos do âmbito de justificação pode ser de ordem metodológica.

Pode-se, então, justificar a exclusão dos irrazoáveis pontuando que inicialmente o objetivo é elaborar uma teoria ideal que, aos moldes da sociedade bem-ordenada rawlsiana, pressupõe cumprimento estrito (ENOCH, 2015, p. 124). Por cumprimento estrito, entende-se o estado de coisas em que todos os cidadãos e autoridades agem de acordo com a justiça e fazem sua parte na manutenção de instituições justas (RAWLS,

1999, p.8). Dessa forma, desenvolve Enoch, a contribuição da razão pública está atrelada a alguma espécie de sociedade ideal. Segundo esse raciocínio, mesmo assumindo uma comunidade política em que todos são razoáveis, os limites da capacidade do juízo se fazem presentes; logo, sendo as instituições livres, o pluralismo razoável será inevitável. Nesse estado de coisas, pergunta-se: como devemos proceder nessa sociedade, dado tal pluralismo? A razão pública seria a resposta. Por sua vez, os irrazoáveis não seriam relevantes para a formulação de tal resposta, pois não seriam parte dessa sociedade (ENOCH, 2015, p.124).

O problema com essa abordagem é o seguinte:

Mesmo que Rawls esteja correto que algum tipo de justificabilidade seja uma condição necessária à legitimidade numa comunidade cujos cidadãos são todos razoáveis, certamente, não se segue que numa comunidade onde alguns são irrazoáveis, a condição análoga necessária à legitimidade é a justificabilidade apenas aos razoáveis (nem mesmo se segue que, se você justificou algo a todos os indivíduos razoáveis sob condições de cumprimento estrito, que esse algo é também justificável- mesmo só para eles- em condições de obediência parcial). [...] Então, [...] a teoria ideal [...] não pode ao fim do dia vindicar excluir os irrazoáveis, pelo menos não quando voltamos a falar (como os teóricos da razão pública parecem estar falando) sobre o mundo real (ENOCH, 2015, p. 125, traduzido).

O alerta aqui não é para que abandonemos o empreendimento da teoria ideal, mas sim que é necessário cautela na transição da teoria ideal para teoria não-ideal. A conclusão, então, é: se a única razão para excluir os não razoáveis é o recurso à teoria ideal, a justificabilidade apenas aos razoáveis não pode ser mantida no mundo real, onde nem todos são razoáveis (ENOCH, 2015, p.126). Fazer isso implicaria renunciar o esforço de fornecer razões aos cidadãos *do mundo real*, para conciliar sua liberdade com a autoridade política. Ao meu ver, essa é a melhor crítica de Enoch.

Como destacado no início da seção, a tese central de Enoch é a de que: as teorias da razão pública contradizem as intuições a seu favor em razão das idealizações a que recorrem para elaborar seu apelo intuitivo. Vimos, então, que, para sustenta-la, primeiro, o autor define o seguinte teste: uma idealização é legítima quando consistente com o projeto teórico inicial (ENOCH, 2015, p. 118-120). Depois, analisa as duas idealizações mais recorrentes nas teorias da razão pública: (1) a restrição dos destinatários da justificabilidade às pessoas razoáveis (ou a outra qualificação dessa natureza); (2) a idealização dos cidadãos a quem a justificabilidade é devida. A crítica acima destacada indica que a rejeição da primeira idealização acabará passando pela segunda, isto é, na medida

em que a razão para excluir os irrazoáveis é o recurso à teoria ideal, o escopo de justificação é definido pela idealização dos cidadãos. No que se segue, apresenta-se os demais argumentos contrários à idealização dos cidadãos.

Antes, cabe um comentário: é errado dizer que numa sociedade bem-ordenada não há irrazoabilidade e irracionalidade. Para Rawls (2005, p.441n3 e 488-489), por mais que os cidadãos razoáveis sejam maioria e governem efetivamente, restarão doutrinas irrazoáveis. Entretanto, Enoch está correto ao dizer que no liberalismo político rawlsiano a justificação se limita ao razoáveis, e que eles são definidos inicialmente tendo em vista uma sociedade bem-ordenada. Numa sociedade bem-ordenada, os irrazoáveis devem ter sua participação política e demais liberdades plenamente garantidas, o que, sendo o caso, ameniza a eventual ilegitimidade pontuada. Entretanto, isso ocorre como decorrência do dever de respeitar a Constituição justa que regula a sociedade em questão, o que indica a limitação do escopo de justificação aos razoáveis (RAWLS, 1999, p.192). Feitas essas ressalvas, devemos nos perguntar se a limitação da justificação aos razoáveis é de fato um defeito, principalmente tendo em vista uma sociedade não-ordenada. Para tanto, precisamos elaborar uma compreensão de cidadania democrática.

Sob a forma na qual Enoch apresenta as pretensões do liberalismo político, a resposta positiva ganha força: temos um defeito a ser remediado. Segundo ele, os liberais da razão pública têm por objetivo justificar a coerção de forma compatível com o status de cidadãos livres e iguais. Ao definir o problema enfrentado em termos de coerção, o autor ganha razão ao problematizar a idealização dos cidadãos. À primeira vista, uma teoria política normativa da coerção deve refletir quais prescrições são efetivas e justificadas, tendo em vista certas falhas comuns ou frequentes no caráter humano. Apenas assim a teoria pode servir para o aqui e agora. Nesses termos, uma teoria normativa da coerção compreende a ideia de cidadãos livres e iguais de forma a considerar as falhas de caráter que tornam a coerção necessária no mundo real.

Podemos amenizar a impressão de que há um erro na limitação do escopo de justificação aos razoáveis quando explicitamos para que serve a idealização do cumprimento estrito. Pressupor o cumprimento estrito é movimento interessante por dois motivos: “[p]rimeiro, ao menos que saibamos aquilo que é desejável quando há cumprimento estrito, podemos adotar uma direção de reforma das circunstâncias não-ideias que desnecessariamente nos afasta do objetivo último do cumprimento estrito.” (STEMPLOWSKA, 2008, p.332, traduzido). Segundo, o pressuposto do cumprimento estrito nos permite comparar o nível de cumprimento que alcançamos com o estado de

coisas que devemos alcançar. Sem uma noção desse estado de coisas, podemos ser muito permissivos com quem não está cumprindo com sua parte, deixando de exigir tudo aquilo que é devido, por desconhecermos aquilo que é devido (STEMPLOWSKA, 2008, p.332-333). Ou seja, sem a idealização de cumprimento estrito, há o risco de que nossa intenção de responder às falhas do caráter humano nos leve a uma concepção de cidadania excessivamente conformista.

A réplica imediata ao parágrafo anterior seria: não é sempre óbvio se o descumprimento daquilo que dada teoria exige é decorrência dos defeitos humanos ou da própria teoria, que é excessivamente rigorosa. Além disso, não é evidente se é possível estipular obrigações morais a partir de ideais.³² Isso é uma dificuldade, pois a justificativa do cumprimento estrito apenas revela o papel de orientação que um ideal de cidadania pode fornecer, ao passo que, para Rawls, a razão pública é um dever moral de civilidade (WEITHMAN, 2016, p.131).

Quanto à razão pública, Enoch insiste, o problema está na teoria. Para demonstrar isso por outra via, o autor ataca o recurso a situações hipotéticas— uma forma de idealização. Segundo Enoch (2015, p.127), esse recurso é usado para sustentar que a legitimidade não exige justificção dos princípios aos membros da comunidade, mas sim, que tais princípios devem ser justificáveis aos cidadãos em dadas condições hipotéticas. A desconfiança aqui é conhecida: não é claro como a suposta justificção em uma situação hipotética é capaz de reconciliar autoridade e liberdade, no aqui e agora (ENOCH, 2015, p.127). Em outras palavras, a crítica questiona se há de fato uma conexão moralmente relevante entre a concepção de cidadania representada na situação hipotética e a prática política real.

Nesse sentido, Enoch (2015, p. 128) pergunta: sob que condições o fato de que alguém aceitaria algo como justificável em uma situação hipotética especialmente definida provê a diferença normativa necessária? A solução rawlsiana seria:

[...] a ideia de uma posição inicial de igualdade é apenas um modelo de representação daquilo que, segundo nossos juízos ponderados em equilíbrio [refletido], podem justificar uma reivindicação de justiça. Podemos dizer que se é verdade que um contrato hipotético ‘não vale o papel no qual foi escrito’, um contrato ‘efetivo’ [...], realizado por homens e mulheres sujeitos às arbitrariedades morais do mundo social, não valeria os termos que fossem decididos” (PETRONI, 2012, p.92, ênfase adicionada).

³² Para uma exposição de argumentos que consubstanciam essa dificuldade, ver: FULLER, Lon L. The morality of law. 2 ed. New Haven; London: Yale University Press, 1969, p.9-13.

Essa resposta ainda pode ser objetada, pois: 1) não é claro como se decide quais intuições fornecem os pontos fixos, dentre eles a concepção de cidadão/pessoa, representados no modelo da posição original; 2) mesmo que o primeiro ponto seja solucionável, a posição original fornece justificção apenas a quem aceita as restrições aos argumentos sobre justiça nela representadas. O último ponto revela, então, a desconfiança de que o liberalismo preze por justificções interpessoais, mas, em última instância, recorra a justificções impessoais (VAN SCHOELANDT, 2015, p.1037-1041). Se essa crítica estiver correta, a posição de Enoch se fortalece ainda mais, pois ele também defende justificções impessoais quando questões políticas fundamentais estão em jogo.

Cabe agora detalhar a distinção entre justificção interpessoal e justificção impessoal. A primeira define que, para justificar um princípio ou instituição, é necessário considerar as crenças e valores dos cidadãos em sua pluralidade. No liberalismo político rawlsiano, isso significa: a concepção política deve ser autossustentada e o foco de um consenso sobreposto entre as doutrinas abrangentes razoáveis de uma sociedade bem-ordenada. Já a justificção impessoal recorre apenas às razões verdadeiras que se aplicam aos sujeitos. Dessa forma, tal modalidade de justificção não se preocupa se os indivíduos podem compreender e aceitar as razões relevantes (VAN SCHOELANDT, 2015, p. 1033).

Para que a preferência de Enoch por justificções impessoais fique clara, é necessário resgatar um exemplo que o autor utiliza. Imaginemos que no presente momento você acredite que a autonomia é valiosa. Suponhamos que ao saber disso eu te convide a conceber um mundo no qual você acredita erroneamente que a autonomia não possui valor. Se eu te perguntasse agora se seria correto adotarmos uma política que promovesse a autonomia dos cidadãos do mundo hipotético, qual seria sua resposta? Seria em defesa da política, porque a sua razão para promover tal política é que a autonomia é valiosa, e não que você acredita que ela seja valiosa (ENOCH, 2015, p.131).

O exemplo serve ao propósito de demonstrar que, se alguém justifica o uso do poder político com base em sua doutrina abrangente, tal pessoa não o faz para atribuir maior peso a suas crenças em relação às dos demais (ENOCH, 2015, p.131). Quem age assim não atribui qualquer peso às suas crenças, mas sim atribui peso a valores que considera verdadeiros. Assim, um liberal que defenda uma concepção de autonomia que implica a proibição de certas formas de vida tradicionais não quer que suas crenças sejam

privilegiadas na comunidade, mas sim que sua comunidade viva melhor. Enoch, então, conclui, não há que se falar em violação à igualdade nesses casos.

Quanto à liberdade, a exposição é mais complexa, mas a preferência de Enoch pela justificação impessoal também é perceptível. Lembremos: uma das intuições que parece favorecer a razão pública é a de que a exigência de obediência não é legítima se não for fundada em razões que a justificam *a quem deve obedecer*. Por isso, condições de transparência epistêmica são necessárias para que a obediência seja compatível com a liberdade (ENOCH, 2015, p. 114). Para Enoch (2015, p.138), a intuição por si só não trata de condições necessárias de legitimidade, nem mesmo detalha a necessidade de justificação. Essas questões mais teóricas apenas são desenvolvidas uma vez compreendida a intuição. A última é forte por dizer apenas que, tudo mais constante, uma organização política é melhor na medida em que sua justificação é acessível a quem lhe está sujeito, sem desconsiderar as crenças, princípios e razões com os quais cada cidadão se compromete. Ao acomodar teoricamente tal intuição, Enoch (2015, p.138) defende que a justificação interpessoal é apenas um dentre vários princípios de legitimação política, não possuindo prioridade léxica sobre os demais. Ele entende que essa opção é a melhor, pois permite que a falha em justificar os arranjos sociais para alguns não traga maiores problemas de legitimidade, se ganhos em outros valores políticos forem possíveis (ENOCH, 2015, p.138-139). Por exemplo, supondo que a autonomia é um valor, a incapacidade do Estado de justificar medidas que a promovem para cidadãos cuja religiosidade implica submissão a uma autoridade eclesial não é um problema se os ganhos em autonomia compensarem a perda em justificação. Da mesma forma, a exclusão dos irrazoáveis do escopo da justificação não é problemática se houver ganhos substantivos como retorno. Mas, como determinar qual equilíbrio entre princípios de legitimidade é o mais correto? E, de forma mais fundamental, como estabelecer quais são os princípios de legitimidade a serem equilibrados? Ao deixar claro que a justificação interpessoal é apenas mais um princípio, Enoch dá a entender que a resposta correta a essas questões depende de uma justificação impessoal.

Essa opção, entretanto, não parece adequada quando pensamos nas especificidades da relação cidadã própria a uma democracia. A primeira dificuldade que a posição de Enoch traz é prática: a quem caberia realizar a justificação impessoal? Aos cidadãos? Ao filósofo político no interior de seu gabinete? Ou, a um órgão colegiado de filósofos? As duas últimas opções seriam decorrência da compreensão de que à filosofia política cabe determinar a verdade sobre a justiça e o bem-comum, e de que sua habilidade

de o fazer a autoriza a moldar ou mesmo controlar o resultado da política pela persuasão e até mesmo pela força (RAWLS, 2007, p.3).

Uma compreensão alternativa do papel da filosofia política esposada pela razão pública parece mais condizente com a democracia. Segundo essa, a filosofia política é parte da cultura de fundo (sociedade civil) de uma sociedade democrática, que desempenha um papel de fortalecer os fundamentos do pensamento e atitude democráticos por meio da elaboração de princípios e ideais (RAWLS, 2007, p.7). Nesses termos, a filosofia política não reclama acesso privilegiado a verdades fundamentais sobre a justiça e o bem-comum (RAWLS, 2007, p.1). Pelo contrário, seus méritos decorrem do fato de que tais conceitos constituem perspectivas políticas cuja estrutura argumentativa a filosofia tem por função explicitar e sistematizar por meio de concepções dessas ideias políticas básicas (RAWLS 2007, p. 7). Assim, a filosofia política tem por destinatários os cidadãos de uma democracia constitucional (RAWLS, 2007, p.1). A filosofia se destina aos cidadãos principalmente por introduzi-los a certas concepções de liberdade, igualdade e aos ideais de pessoa e sociedade política. Isso posto, a razão pública será conceito pertinente se a cultura geral de uma sociedade a avalia como merecedora de estudo e reflexão, pela pertinência das concepções básicas de cidadão e sociedade política que implica e do conteúdo que dá aos ideais de liberdade, igualdade e justiça (RAWLS, 2007, p.3).

Ao argumento do parágrafo anterior, duas réplicas são possíveis: primeiro, apesar de mais condizente com um regime democrático, ainda não está claro qual o ganho que a filosofia política nos termos apresentados traz à política democrática. Segundo, ainda é necessário responder se a razão pública consegue satisfazer o que ela pretende.

Quanto à primeira, a resposta passa pela constatação de divergências políticas profundas de tal natureza que sua solução se mostra um problema político urgente. Nesses casos, as concepções desenvolvidas pela filosofia política exercem uma função prática importante, qual seja: estabelecer se em meio ao desacordo há fundamentos comuns subjacentes às posições antagônicas no debate público. Ao fazê-lo, as possibilidades de acordo são elucidadas, tal como se facilita o diagnóstico do que as obstrui. E, mesmo que não haja fundamentos comuns, a filosofia pode estabelecer por meio de suas concepções e ideais como as diferenças políticas podem ser circunscritas, de forma que a cooperação social respeitosa seja possível (RAWLS, 2001, p.1-2). Enoch (2015, p.135) desdenha desse papel, dizendo que, para os teóricos da razão pública, o papel do filósofo político não é se preocupar com qual posição política é mais defensável em uma controvérsia

política, mas sim compreender como lidar com o desacordo. Para o autor, a consequência disso seria: um distanciamento entre a filosofia e a forma como as pessoas engajadas politicamente vivem seus desacordos. Para elas, ele vai dizer, o que importa não é se seu desacordo é razoável, mas sim qual a melhor solução para seu debate. Entretanto, Enoch perde de vista que uma organização social em que cada um apenas afirma categoricamente o que compreende ser correto tende ao rompimento ou à imposição autocrática. Assim, quem se preocupa com a democracia não deseja apenas afirmar uma teoria moral substantiva, mas busca dialogar com seus pares na busca de soluções concretas consensuais. No fim das contas, a filosofia de Enoch é que parece se distanciar da vivência das pessoas politicamente engajadas *numa democracia*. Para essas pessoas, a contribuição prática da filosofia política pode ser bastante relevante. Para que as exigências deliberativas de uma democracia fiquem mais claras, passo à objeção sobre a capacidade da razão pública satisfazer suas pretensões.

Como dito quando falamos da razão pública e da relação cidadã no tópico 4.3.1, para Rawls, ser um cidadão é ter um relacionamento com os demais e com as instituições sociais marcado por duas características:

Primeiro, é uma relação entre pessoas na estrutura básica da sociedade na qual elas nasceram e na qual elas normalmente conduzem uma vida completa.
Segundo, numa democracia, o poder político, o qual sempre é poder coercitivo, é o poder do público, isto é, de cidadãos livres e iguais enquanto corpo coletivo (RAWLS, 2005, p.216, traduzido)

A relação política da cidadania, portanto, é uma relação no interior de uma estrutura institucional que distribui bens-primários. Vimos no início da seção 4 que a forma com que a estrutura básica distribui bens-primários possui um efeito profundo na vida dos cidadãos. Esse efeito é de tamanha profundidade, que não se limita à distribuição dos meios disponíveis para a satisfação dos desejos de cada um, mas inclui também a determinação do que cada um vai desejar (RAWLS, 1999, p. 229). Em outras palavras, a estrutura básica possui um efeito profundo e inescapável na capacidade de cada cidadão desenvolver e exercer suas faculdades morais. As disposições constitucionais essenciais e as leis que versam sobre justiça básica determinam como os bens primários serão distribuídos. Logo, possuem um efeito profundo na capacidade de cada um desenvolver e exercer suas faculdades morais. Numa democracia, as disposições constitucionais essenciais e as leis que versam sobre justiça básica são produto do exercício do poder político coercitivo, que os cidadãos enquanto corpo coletivo são titulares (RAWLS, 2005,

p.214). Nesses termos, os cidadãos são compreendidos como livres e iguais, isto é, como igualmente titulares de fração do poder político coercitivo da sociedade. Conclui-se, então, que, quando os cidadãos exercem o poder político coercitivo para decidir questões constitucionais essenciais e de justiça básica, eles exercem o poder que cabe a cada, para produzir um efeito profundo e inescapável na capacidade de cada um desenvolver e exercer suas faculdades morais (WEITHMAN, 2016, p. 123-125).

Quando o poder coercitivo dos cidadãos livres e iguais é exercido sobre os próprios cidadãos, eles devem ser capazes de aceitar enquanto livres e iguais a forma com que tal poder é exercido. Exercer tal poder de forma que alguns cidadãos livres e iguais não possam aceita-lo implica negar-lhes o status de livres e iguais codetentores do poder coercitivo (WEITHMAN, 2016, p.125). Ao preferir justificações impessoais a justificações interpessoais, Enoch tem o ônus de sustentar que o poder coercitivo que cidadãos livres e iguais compartilham pode ser exercido à revelia do que eles enquanto livres e iguais aceitam ou aceitariam. O exemplo do Papa com que ele inicia sua crítica não captura esse elemento fundamental, qual seja: *numa democracia, quem é sujeitado ao poder coercitivo é também titular desse poder*. Mas, Enoch poderia replicar, tampouco a razão pública cumpre com essa exigência de justificação do exercício do poder a seus titulares, já que exclui do âmbito de justificação os irrazoáveis. Essa réplica indica que as suspeitas de que a cidadania democrática é definida arbitrariamente ainda precisam ser afastadas.

Voltamos, então, à relação teoria ideal/não-ideal no que diz respeito à razão pública. Para começar, suponhamos que a razão pública apenas sirva como teoria ideal. Se assim fosse, e adotássemos a teoria de Enoch como alternativa, um ponto de partida seria a pergunta que fizemos anteriormente e uma das respostas ali aventadas. A pergunta foi: a quem caberia a justificação impessoal da autoridade política? Uma resposta cogitada foi: cabe aos cidadãos. Se essa for a resposta sob condições não-ideais, a incompatibilidade da teoria de nosso interlocutor com a democracia pareceria contornada. Entretanto, ela não seria uma alternativa capaz de sanar a suposta incapacidade da razão pública em face de condições não-ideais de deliberação. Isso, pois tal teoria só faz sentido como teoria ideal. A concepção de cidadania que Enoch indica é a de cidadãos capazes de sopesar ou mesmo estabelecer prioridades entre diferentes princípios de legitimidade por referência àquilo que são verdades morais independentes deles. A razoabilidade dos cidadãos aqui seria sinônima da capacidade de descobrir essas verdades morais. Os vieses e carência de conhecimento e tempo que nos afligem evidenciam que isso apenas pode

ser parte de uma teoria ideal. Além disso, o pluralismo de doutrinas abrangentes também é elemento que precisa ser devidamente acomodado, quer como um obstáculo a ser superado, hipótese em que não existiria um pluralismo razoável, quer como algo que precisa ser compatibilizado com uma objetividade moral realista.³³ Mas, voltando propriamente à razão pública, sua relevância para circunstâncias não-ideais pode ser afirmada tendo em vista a distinção entre o *ideal* da razão pública e a *ideia* de razão pública.

Rawls fala tanto do ideal da razão pública quanto da ideia de razão pública. O primeiro apenas se concretiza quando a sociedade é bem-ordenada aos moldes da democracia deliberativa. Portanto, sua realização exige a adoção de um modelo de Estado Constitucional Democrático, “[no qual] os sentidos normativos devem ser construídos discursivamente por meio de uma *argumentação pública cujo objetivo é uma justificação intersubjetiva* [...] das normas de convivência social” (CAMILLOTO, 2019, p.12, destaque adicionado). Nessa sociedade, não só o uso do poder coercitivo é justificado aos razoáveis, mas também a concepção pública de justiça consagrada na Constituição e a promulgação e validade de leis que estão de acordo com os princípios ali estabelecidos.³⁴ Percebe-se, então, que Rawls toma como elementos essenciais da democracia deliberativa o conhecimento e desejo geral de autoridades e cidadãos de seguirem a razão pública e de realiza-la em sua conduta política (RAWLS, 2005, p.448). Ao reconhecermos alguém como livre e igual, a reconhecemos como concidadã, e, portanto, como alguém a quem devemos razões acessíveis. Logo, a razão pública viabiliza o ideal de uma sociedade democrática cujos termos básicos de cooperação se crê razoavelmente que cidadãos concebidos como livres e iguais podem razoavelmente aceitar (critério de reciprocidade) (RAWLS, 2005, xlii).

³³ Nem toda teoria metaética que sustenta a objetividade moral é realista, vide o construtivismo, teoria segunda a qual, em linhas gerais: “[...] se há verdades normativas, elas não são estabelecidas por fatos normativos independentes daquilo que agentes racionais acordariam sob determinadas condições de escolha. O apelo dessa visão reside na promessa de explicar como verdades normativas são objetivas e independentes de nossos juízos concretos, mas ao mesmo tempo vinculantes e autoritativas para nós.” Ver: Bagnoli, Carla, "Constructivism in Metaethics", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/constructivism-metaethics/>>.

³⁴ Enoch parece circunscrever a justificação da coerção àquilo que Rawls chama de justiça política. Rawls, por sua vez, entende a coerção de forma mais ampla, já que compreende a totalidade da estrutura básica como coercitiva (justiça política e distributiva). A necessidade de justificar a estrutura básica se dá justamente pela inescapabilidade de sua coerção. Assim, quando se fala da justificação dos termos de cooperação social, sob marcos rawlsianos, estamos falando de justificação da coerção.

Entretanto, o ideal da razão pública é apenas realizável numa sociedade bem-ordenada. Voltamos, assim, à crítica mais poderosa de Enoch: dado que não vivemos em tal sociedade, qual a relevância da razão pública para o aqui e agora? Enquanto ideal, a razão pública traz uma forma de cidadania e organização política que realiza plenamente valores constitutivos de uma sociedade democrática. Assim, apresenta ideais liberais de forma coerente e, com isso, demonstra que uma sociedade democrática justa e estável pelas razões corretas é um ideal atraente (RAWLS, 2005, p.lix). Essa condição lhe permite ser um norte para realizarmos reformas com vistas a tornar nossa política mais deliberativa³⁵ e para avaliarmos qual a qualidade de nossas relações cívicas. Enoch, entretanto, não nega que a teoria ideal tenha esse papel, mas nega que ela nos imponha deveres como o dever de civilidade. Afinal, a *ideia* de razão pública é ou não aplicável sob a forma de um dever a nós, cidadãos de sociedades democráticas não-ideais? Sua concepção de cidadão se aplica a nós?

Apesar de não vivermos numa sociedade bem-ordenada, vivemos sob uma cultura política pública a partir da qual podemos extrair concepções e ideais democráticos. Dentre eles, vale destacar o ideal de autogoverno cidadão. Se partimos dessa ideia, concordamos com Rawls no sentido de que, numa democracia, cidadãos devem ser concebidos como livres e iguais, isto é, como codetentores de uma parcela igual do poder político coercitivo da sociedade. Arrisco dizer que, por mais rudimentar que seja uma democracia, se ela é merecedora do nome, os cidadãos são assim concebidos em alguma medida. Também faz sentido supor que estamos sob o fato do pluralismo— mesmo que não seja o pluralismo razoável. Disso se segue que a razão pública proposta por Rawls é pertinente aos casos não-ideais? A resposta positiva vai depender de se concordamos com o sentido que Rawls dá à ideia de cidadãos livre e iguais e à correspondente noção de autogoverno. Segundo Paul Weithman (2016, p.146-147), quando Rawls diz que os cidadãos são codetentores do poder coercitivo, ele não afirma apenas que não há poder político mais fundamental do que aquele exercido pelos cidadãos. Rawls vai além, pois dá um sentido forte a essa ideia de poder final, explicitado na sua discussão sobre autonomia política:

Como os termos equitativos de cooperação devem ser determinados? Eles devem ser simplesmente decretados por uma autoridade distinta das pessoas que cooperam, digamos, pela Lei de Deus? Ou esses termos devem ser aceitos por essas pessoas como equitativos em razão de seu conhecimento de uma ordem moral independente? Ou esses termos devem ser estabelecidos por um

³⁵ Ver, por exemplo, as reformas sugeridas em: RAWLS, John. Political liberalism. Columbia University Press, 2005, Introduction to the paperback edition, p.lvi-lviii.

compromisso entre essas pessoas [cidadãos livres e iguais] à luz do que consideram sua vantagem recíproca?
A justiça como equidade [...] adota uma forma da última resposta (RAWLS, 2005, p. 97, traduzido)

Segundo esse sentido forte, restrito à dimensão política: os cidadãos não apenas devem ser considerados os detentores do poder coercitivo, como também devem se autocompreender como os geradores dos padrões de correção do uso desse poder (WEITHMAN, 2016, p.147). Sob essa perspectiva, quem nega essa ideia e suas implicações seria irrazoável. É por isso que, considerado o fato do pluralismo, a razão pública prescreveria a independência dos argumentos relativos a questões políticas fundamentais em face de doutrinas abrangentes. Weithman (2016, p.148) nega que essa ideia de cidadania se aplique à sociedade não-ideal onde vive—Estados Unidos—, pois entende que ela apenas conseguiria se afirmar se igrejas, líderes e organizações religiosas desempenhassem um papel menos proeminente na vida pública. Assim, limita-se a compreender a razão pública como um ideal. Consequentemente, vai dizer que, a menos que saibamos como alguém responderia a instituições plenamente justas e a outros que estão dispostos a cumprir com suas exigências, não podemos saber se tal pessoa é razoável ou não (WEITHMAN, 2021).

O problema fundamental com essa visão é que ela impede que identifiquemos a imoralidade específica daquelas formas de justificação que constituem violações básicas aos princípios de uma ordem democrática. Por exemplo, uma organização política que veda que os cidadãos possam criticar as autoridades e apresenta como justificativa que os cidadãos devem ser subservientes a quem detém o poder não apenas se distancia de uma sociedade bem-ordenada. Essa sociedade vai além, ao considerar os cidadãos como simples objetos do arbítrio estatal, os agentes estatais se valem do poder coercitivo cidadão para impedir que os cidadãos se autogovernem. A razão pública nos fornece o vocabulário normativo para identificar o que há de errado com essas circunstâncias, e o faz de forma sistemática sob a forma de uma concepção política de justiça.

Para ser objetivo, a pergunta foi: a *ideia* de razão pública é ou não aplicável sob a forma de um dever a nós, cidadãos de sociedades democráticas não-ideais? A resposta que defendo é que sim, pois a ideia de razão pública e o dever de civilidade se estabelecem a partir de uma ideia de cidadania basilar aos regimes democráticos: a soberania popular. Por soberania popular, entendo que os cidadãos não apenas são os detentores do poder coercitivo, como também são os geradores dos padrões de correção do uso desse poder

(WEITHMAN, 2016, p.147). Há duas razões pelas quais Rawls afirma essa ideia de cidadania: primeiro, a definição de cidadão não pode estar atrelada às doutrinas abrangentes com as quais os cidadãos se comprometem. Se assim, fosse a eles não seria possível revisar suas concepções de bem sem perder direitos ou a condição de cidadão (RAWLS, 1985, p.241). Uma vez que se atribui aos cidadãos a capacidade de elaborar, revisar e perseguir uma concepção de bem (faculdade moral racional), a definição de cidadãos independe de doutrinas abrangentes. Segundo, se a condição de cidadão está atrelada a uma doutrina abrangente, isso significa que as instituições lhe atribuem lugar privilegiado ou a endossam publicamente. Como dito, a forma como as principais instituições sociais e econômicas —estrutura básica— distribuem direitos, deveres e os limites da cooperação social não influenciam apenas os meios disponíveis para a consecução dos desejos de cada um, mas quais desejos cada um possui (RAWLS, 1999, p.229). Conjugadas, essas considerações implicam que o endosso público de uma doutrina abrangente afeta quais doutrinas os cidadãos querem adotar. O problema é que, com isso, os cidadãos deixam de viver sob arranjos sociais que os deixam livres para decidir quais concepções de bem adotarão e perseguirão. E, quando isso ocorre, a ideia de bem está tão atrelada às instituições que os cidadãos perdem a capacidade de avaliar criticamente a justiça dos termos sob os quais são governados (WEITHMAN, 2016, p.185).

Nesse sentido, compreendo que a soberania popular é exigência política necessária ao respeito das pessoas enquanto tais e de suas faculdades morais. Por isso, é capaz de impor deveres, como o de civilidade. Sigo Rawls (2005, p. 225) e compreendo que as razões que podem justificar arranjos sociais a cidadãos livres e iguais podem ser determinadas pelo modelo de representação da posição original. Para tanto, pergunta-se quais tipos de razões as partes ali situadas podem aceitar. Não obstante, para não recairmos novamente nas dificuldades que a idealização de cidadãos traz em condições não-ideais, é fundamental ter em vista que defendo que o dever de civilidade tem por alvo as violações básicas aos princípios de uma ordem democrática. A vantagem aqui é que a idealização se justifica, já que é mecanismo necessário para capturar esse mínimo de normatividade democrática, sob pena de não termos mais uma noção de dever-ser sendo empregada. Um exemplo da serventia da posição original nesse sentido é indicado por Rawls (1999, p.129), quando o autor destaca que as condições da posição original são capazes de explicar a irracionalidade da discriminação racial e de gênero. Algo parecido também é desenvolvido no argumento que estabelece a incompatibilidade das formas de

egoísmo com as exigências formais do conceito do justo (RAWLS, 1999, p.112-118 ou TJ§23).

Em síntese, a definição de cidadãos/pessoas é ainda estipulada a partir dos valores políticos na cultura política pública, independentemente de doutrinas abrangentes. Sob condições não-ideais, a razão pública destaca e explica certas práticas institucionais que são frontalmente contrárias ao respeito mínimo à condição de cidadão livre e igual, e, que, por isso, são vedadas por um dever: o dever de civilidade. Mas, uma vez que a razão pública é também um ideal, nem todas suas exigências são definidas em termos de dever moral. Por fim, não ignoro que a ideia de “violações básicas aos princípios democráticos” é ela mesma controversa, mas acredito que o debate quanto a esses temas pode levar a acordos razoáveis com base em razões morais, mesmo em condições não-ideais. A possibilidade de mudança das condições da posição original com vistas ao ajuste em equilíbrio refletido é a forma metodológica de acomodar essa possibilidade.

Estamos aqui em condições de reafirmar a compreensão de que violar a razão pública é violar a igualdade. Esquemáticamente, o argumento é o seguinte: a soberania popular é exigência política necessária ao respeito das pessoas enquanto tais e de suas faculdades morais. Por soberania popular, entendo que os cidadãos são livres e iguais, isto é, não apenas são iguais detentores do poder coercitivo, como também são iguais geradores dos padrões de correção do uso desse poder. Logo, conceber os cidadãos como iguais detentores do poder coercitivo e iguais geradores dos padrões de correção é necessário ao respeito das pessoas enquanto tais e de suas faculdades morais. Em outras palavras, é um dever moral. Quando o poder coercitivo cidadão é exercido de forma que alguns cidadãos livres e iguais não podem aceita-lo, lhes é negado o status de livres e iguais. Portanto, é uma violação moral, na medida em que equivale a lhes negar a condição de igual detentor do poder coercitivo e gerador dos padrões de correção desse poder. A razão pública explica essa violação ao afirmar que é um dever de civilidade justificar o uso do poder coercitivo de cidadãos livres e iguais de forma que cidadãos livres e iguais podem razoavelmente aceitar. Logo, violar o dever de civilidade é negar a certos cidadãos o status de livre e igual. Em outras palavras, é violar sua igualdade política.

Uma forma alternativa de chegar à conclusão da pertinência do dever de civilidade a sociedade não-ideais é pela afirmação de que a cooperação com base em respeito mútuo é algo por si só valiosa. A cooperação nesses termos se estabelece quando os cidadãos exercem conjuntamente o poder político coercitivo com seus pares. Isso significa dizer

que os cidadãos se comprometem com os procedimentos de tomada de decisão democráticos e com os direitos de participação constitucionalmente definidos. Não obstante, divergem quanto ao conteúdo desses direitos, seus limites e em que medida eles bastam para que um arranjo político seja democrático (RAWLS, 2005, p. 159). Sob essa chave, o dever de civilidade estabelece as obrigações discursivas que viabilizam esse acordo quanto aos procedimentos e liberdades políticas entre os cidadãos. A consideração dos irrazoáveis nos permite compreender em que medida essa ideia de cooperação se aproxima e em que medida se diferencia da ideia de soberania popular do parágrafo anterior.

Defino os irrazoáveis como aqueles que não se autocompreendem e não compreendem os demais politicamente como os geradores dos padrões de correção do poder coercitivo cidadão. Em razão disso, não veem as razões que lhes seriam aceitáveis enquanto livres e iguais como razões morais justificatórias. Para que a cooperação com respeito mútuo seja possível, compreendo que eles devem ser incluídos no âmbito de justificação, no sentido de que os princípios que definem as disposições constitucionais sejam aptos a fundamentar regras de disputa política claras e inclusivas. E, dado o fato do pluralismo, compreendo que apenas uma constituição com princípios liberais é capaz de cumprir com essa condição (RAWLS, 2005, p.161). Sob uma constituição liberal, a relutância dos irrazoáveis em se compreender como livres e iguais não é indicativa de ilegitimidade, pois lhes são garantidos todos os direitos cidadãos, o que lhes fornecem razões prudenciais não coativas para se comprometer com as instituições. Se tais condições estão disponíveis, a justificação aos irrazoáveis é estabelecida, dentro dos limites possíveis. Essa garantia é importante, na medida em que é condição necessária para que os irrazoáveis se comprometam com o exercício conjunto do poder político coercitivo com seus pares, mesmo que neguem em seus discursos que esses sejam seus pares e que o ideal de uma sociedade bem-ordenada seja valioso.

A medida da irrazoabilidade dos indivíduos pode, assim, ser medida conforme sua disposição de aceitar as razões prudenciais fornecidas pelos princípios de justiça política liberal. Em outras palavras, quando um ambiente social é composto por doutrinas abrangentes flexíveis o suficiente para apreciar e integrar os princípios de justiça política liberal, a estabilidade da ordem constitucional tende a ser maior. Nesse caso, faz sentido conjecturar que um mero *modus vivendi* possa progredir para um compromisso genuíno com os princípios de justiça política, transformando o mero pluralismo em pluralismo razoável (RAWLS, 2005, p.159-160). Vale notar também que a cooperação com respeito

mútuo é possível mesmo quando a soberania popular não é plenamente aceita pelo corpo cidadão. Se a cooperação com respeito mútuo é concretizada, temos no máximo aquilo que Rawls (2005, p.158-164) chamou de consenso constitucional.

O que é fundamental é que a cooperação com respeito mútuo seja possível, mesmo em condições não-ideais. Se eu estiver correto, a razão pública serve ao propósito de mostrar as condições discursivas mínimas sem as quais a aplicação dos princípios de justiça política liberal não viabiliza a cooperação com respeito mútuo. Nesse sentido, se afirma como um dever de civilidade. Disso podemos dizer que, mesmo que Enoch esteja correto em dizer que a justificação pública não é necessária à legitimidade, a busca por tal justificação promove respeito mútuo e laços de amizade cívica (VAN SCHOELANDT, 2015, p.1042). Esse argumento responde à suposta incapacidade da razão pública de conciliar autoridade e liberdade em condições não-ideais, tendo em vista a exclusão dos irrazoáveis. De forma esquemática o argumento nos diz: a cooperação com respeito mútuo é um bem. Logo, garantir a cooperação com respeito mútuo é um dever. Em condições não-ideais, a cooperação com respeito mútuo exige considerar os irrazoáveis. Portanto, considerar os irrazoáveis é um dever em condições não-ideais. A razão pública apenas se justifica porque estipula condições discursivas que viabilizam a cooperação com respeito mútuo. Por isso, a razão pública impõe um dever: o dever de civilidade. Dado que em condições não-ideais a cooperação com respeito mútuo implica considerar os irrazoáveis, sob essas condições, o dever de civilidade exige a inclusão dos irrazoáveis no âmbito de justificação da razão pública.

Entendo que os dois argumentos— soberania popular e cooperação com respeito mútuo—possuem uma relativa independência, pois, a ideia de cooperação com respeito mútuo pode ser apresentada e endossada sem o compromisso com a ideia de soberania popular em sua integralidade. Consequentemente, quando falamos do papel da razão pública na garantia da cooperação respeitosa, seu conteúdo e exigências são mais atenuados, pois não estão vinculados à uma concepção normativa de cidadania (RAWLS, 2005, p.162n). Entretanto, priorizo o argumento que parte da concepção de cidadãos livres e iguais, pois compreendo que

Em um sistema constitucional com *judicial review*, ou controle de constitucionalidade exercido por outro órgão, será necessário aos juízes, ou às autoridades em questão, elaborar uma concepção política de justiça à luz da qual, na sua leitura, a constituição deve ser interpretada e casos importantes decididos. Apenas assim os dispositivos do Legislativo podem ser declarados constitucionais ou inconstitucionais; e apenas assim [as autoridades que

interpretam a Constituição] possuem um fundamento razoável para sua interpretação dos valores e normas que a Constituição ostensivamente incorpora (RAWLS, 2005, p.165-166, traduzido).

Portanto, as réplicas a Enoch podem ser sintetizadas na adesão à concepção de pessoa defendida por Rawls, inclusive para lidar com casos não-ideais a partir da razão pública. Nesse sentido, subscrevo à interpretação de Samuel Freeman, para quem:

[...] uma das principais contribuições de Rawls para a teoria liberal e constitucional é a ideia de que as liberdades e procedimentos historicamente associados com a democracia constitucional, e com diferentes versões de liberalismo, dependem de uma concepção de pessoa enquanto cidadão livre e igual. Aplicada à interpretação constitucional e ao *judicial review*, [essa ideia] significa que uma concepção de pessoa, e das características que são mais centrais para que pessoas sejam cidadãos livres e iguais, é essencial à interpretação numa democracia (FREEMAN, 2007a, p.211, traduzido)

Na próxima seção, proponho como podemos enfrentar tensões entre a liberdade de expressão e a reputação a partir da concepção de pessoa/cidadão elaborada por Rawls. Reconheço que a justiça como equidade não é elaborada para justificar constituições existentes, nem mesmo é acompanhada de métodos de interpretação constitucional que permitem aos juristas aplicá-la (FREEMAN, 2007a, p. 210). Entretanto, em razão de sua concepção de pessoa, a justiça como equidade pode ser usada por juristas para “[...] orientar suas reflexões, complementar seu conhecimento e assistir seus julgamentos.” (RAWLS, 2005, p. 368, traduzido). Com isso em vista, justifico a concepção de liberdade de expressão da democracia participativa e indico suas relações com os princípios do dano, dano público e ofensa.

5. A prioridade do uso político da liberdade de expressão

Como dito, a função legitimadora do uso político da liberdade de expressão não implica a impossibilidade de regulação da discussão pública, o que significaria a impossibilidade de a reputação ser devidamente considerada. A exigência, na verdade, é a de que: qualquer regulação da discussão pública, deve ser realizada e operacionalizada de forma a não comprometer a função democrática da última (POST, 1993, p. 1121). Dessa forma, é possível compreender que: (1) a liberdade de expressão não é absoluta, como a maioria dos juristas brasileiros repetem quando falam do tema; (2) o ponto

anterior não significa que tal liberdade pode ser restringida toda vez que outro direito é afetado— apenas afetado, e não necessariamente violado (GASPAR, 2019, p.31).

Da mesma forma, é necessário notar que os direitos da personalidade, protegidos pelo princípio da ofensa, são protegidos nos seguintes termos pelo art.5º, X, da Constituição brasileira: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.³⁶ Disso se segue que o reconhecimento de sua inviolabilidade não importa na proibição de quaisquer regulações/restrições a tais direitos: afinal, proíbe-se sua violação, mas não sua restrição (GASPAR, 2019, p.34). Essa consideração é central para definir o escopo da liberdade de expressão, na medida em que seu exercício frequentemente afeta, mas não necessariamente viola os direitos da personalidade, o que apenas ocorre quando o exercício é abusivo e, portanto, ilegal.

O conteúdo e o alcance dos limites e das restrições que o ordenamento jurídico reconhece como válidos à liberdade de expressão dependem de se essa mesma liberdade possui caráter preferencial ou não-preferencial no interior do ordenamento jurídico (GASPAR, 2019, p.33). “No fundo, trata-se de determinar quanto apreciamos a liberdade de expressão, e saber qual preço estamos dispostos a pagar por sua vigência” (LEDESMA, 2004, p.266-267). No presente trabalho, defendo que nosso apreço pela liberdade de expressão está vinculado ao que compreendemos por cidadania democrática. Assim, ao fim, a proteção do referido direito depende da sua relação com as faculdades morais dos cidadãos. Tendo por preferencial a concepção de cidadania rawlsiana, sustento que, no contexto das discussões sobre as qualidades daqueles que ocupam posições na estrutura do Estado e de suas políticas, a liberdade de expressão deve ocupar posição preferencial quando em conflito com outros direitos.

A ideia de posição preferencial é uma alternativa à ideia de que direitos fundamentais, necessariamente, estão em conflito, cabendo ao intérprete o esforço de ajustá-los da melhor forma em face das particularidades de cada caso. As vantagens da abordagem aqui proposta podem ser compreendidas pela crítica de Rawls ao

³⁶ Cabe aqui um comentário: “[...] as indenizações por dano moral e material, ao lado do direito de resposta previsto no inciso V do mesmo dispositivo constitucional, são as sanções constitucionalmente previstas em caso de violação do direito à honra [e dos demais direitos da personalidade]. Repare-se que a Constituição não prevê a sanção penal. [Então] não seria inconstitucional a tipificação de crimes contra a honra? Esses debates, porém, passam ao largo da atenção dos penalistas e até dos constitucionalistas brasileiros”. Ver: MELLO, Rodrigo Gaspar. Liberdade de expressão, honra e censura judicial: uma defesa da incorporação da doutrina da malícia real ao direito brasileiro. Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019, p.35 e 36n.

intuicionismo e pela sua releitura a partir da razão pública. O intuicionismo é a concepção de justiça segunda a qual, uma vez alcançado certo nível de generalidade, há uma pluralidade de princípios que fornecem orientações conflitantes, e não há quaisquer critérios construtivos de ordem superior para harmonizá-los. Cabe, então, ao intérprete ajustá-los por recurso à intuição (RAWLS, 1999, p.30). Entretanto, a atribuição de pesos a princípios conflitantes é uma parte essencial, e não de menor importância numa teoria da justiça, visto que sua razão de ser é estabelecer princípios pelos quais as reivindicações conflitantes dos cidadãos podem ser ajustadas num empreendimento social cooperativo. Sob uma sociedade plural, e dadas as diferentes posições que os cidadãos ocupam, é errado pressupor que os juízos intuitivos sobre a prioridade dos princípios de justiça convergirão. Por isso, se não conseguimos explicar como esses pesos devem ser atribuídos por critérios razoáveis, os meios de discussão chegam a um fim. Por ser incapaz de fornecer tais critérios, o intuicionismo é uma concepção de justiça pela metade (RAWLS, 1999, p. 37). A solução de Rawls é fornecer uma regra de prioridade entre os princípios de justiça. Essa solução se credencia pela capacidade de prover um entendimento público sobre quais tipos de reivindicações são apropriados em questões de justiça. Em outras palavras, a prioridade da liberdade se justifica por ser elegível enquanto conteúdo da razão pública.

Partindo dessa solução, busco defender a partir da justiça como equidade que a garantia do uso político da liberdade de expressão deve ter precedência sobre o apreço que os cidadãos têm por suas autoridades. Em um primeiro momento, pretendo explicar o que fundamenta essa precedência, para em seguida indicar quando ela não mais se aplica. No desenvolvimento desse último ponto, os princípios do dano, do dano público e da ofensa são devidamente fundamentados.

5.1 A prioridade da liberdade de expressão em detalhe

Anteriormente, eu disse que, dadas as características da posição original, assume-se que as partes podem melhor representar os cidadãos como pessoas morais livres e iguais ao decidirem entre princípios de justiça de acordo com a capacidade desses de prover bens-primários. Mas, para escolher entre as concepções de justiça apresentadas, as partes precisam antes ranquear os bens primários, de acordo com sua importância para seus representados. Assim, as partes se referem aos interesses de última ordem dos cidadãos como pessoas morais, e ao fato de que não sabem as especificidades das

concepções de bem de quem representam. Ao fim, os interesses de última ordem de desenvolver e exercer as duas faculdades morais, conjuntamente com as condições normais da vida social humana, não apenas definem os bens primários, mas também especificam sua importância relativa (RAWLS, 1982, p.165-166). Em outras palavras, as razões que subjazem a escolha dos princípios de justiça também orientam na definição de qual peso deve ser atribuído a cada princípio (RAWLS, 1999, p. 37).

Diante de uma lista de concepções de justiça composta pela justiça como equidade, utilitarismo médio, alguma combinação entre utilitarismo médio e a justiça como equidade, utilitarismo clássico, perfeccionismo e intuicionismo, as partes da posição original escolheriam, defende Rawls, a primeira concepção. Essa concepção se caracteriza por dois princípios em ordem lexical:

- a. Cada pessoa possui um direito igual a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com um esquema similar de liberdades a todos.³⁷
- b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. Primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e segundo, devem ser para o maior benefício dos membros menos privilegiados da sociedade (RAWLS, 2005, p.291, traduzido).

O primeiro princípio (das liberdades básicas iguais) possui prioridade em relação ao segundo, e a primeira parte do segundo princípio (igualdade equitativa de oportunidades) possui prioridade sobre a última (princípio da diferença). Ou seja, apenas quando o primeiro princípio é satisfeito, passa-se para a primeira parte do segundo, e, apenas quando satisfeita a igualdade equitativa, considera-se a última parte do segundo princípio.

Para defender a prioridade da liberdade, é necessário demonstrar que os bens primários assegurados pelo primeiro princípio são os mais importantes para que cidadãos livres e iguais possam desenvolver e exercer suas faculdades morais, tal como perseguir suas concepções de bem. O *insight* inicial é de que há certos direitos e liberdades que são mais importantes que outros, e que são necessários para caracterizar cidadãos livres e iguais. Isso significa que:

³⁷ Essa não é a formulação presente em *Uma Teoria da Justiça*, segunda a qual: Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas iguais compatível com um sistema similar de liberdades a todos. Após as críticas de H.L.A Hart e Brian Barry à essa primeira formulação, Rawls revisa o enunciado do primeiro princípio, colocando-o nos termos acima citados. Não conseguirei explorar as referidas críticas satisfatoriamente, mas as considero importantes, razão pela qual parto da versão corrigida do primeiro princípio.

Nenhuma prioridade é atribuída à liberdade como tal, como se o exercício de algo chamado “liberdade” tivesse um valor proeminente e fosse o fim principal, ou mesmo o único fim, da justiça política e social. Para que fique claro, há *uma presunção geral contra a imposição de restrições à conduta, jurídicas ou de outra ordem, sem razões suficientes*. Mas essa presunção não cria nenhuma prioridade especial a qualquer liberdade em particular (RAWLS, 2005, p.292, destaque adicionado).

Esse ponto de partida, entretanto, não é o que distingue a abordagem da liberdade feita por Rawls.³⁸ O que a distingue são as respostas às perguntas: “como devemos distinguir liberdades básicas e liberdades não-básicas ?” e “como devemos solucionar conflitos entre as liberdades básicas?” (FREEMAN, 2007b, p.46). Nesses pontos, é que a concepção de cidadão entra em jogo.

Para Rawls, uma liberdade é básica quando é uma condição social *essencial* para o desenvolvimento adequado e exercício pleno das duas faculdades morais ao longo de uma vida (FREEMAN, 2007b, p. 55). Em busca das liberdades que são dessa forma básicas, Rawls (2005, p.291) propõe uma lista de liberdades que fariam parte do primeiro princípio e explicita sua conexão com as faculdades morais. A lista é bastante geral, uma vez que: na posição original, basta que a forma e conteúdo geral das liberdades básicas sejam esboçados e o fundamento de sua prioridade compreendido. A especificação ulterior das liberdades é deixada à aplicação do primeiro princípio nos estágios constitucional, legislativo e judiciário (RAWLS, 2005, p.298).

Das liberdades listadas, nos importa aqui a liberdade de expressão política. A liberdade de expressão política tem sua prioridade justificada, uma vez que sem ela não é possível aos cidadãos exercerem seu senso de justiça para avaliar a estrutura básica de sua sociedade de acordo com os princípios de justiça que seriam escolhidos na posição original (RAWLS, 2005, p.332). Sem a liberdade de expressão política, não há como garantir a liberdade política igual. Uma sociedade sem liberdade política igual, não se autogoverna, pois, seus destinos não são definidos pelas razões do corpo cidadão, mas apenas por quem detém o privilégio de decidir. Logo, sem a liberdade de expressão política, não há autogoverno democrático.

Para Rawls, garantir a liberdade política igual implica assegurar seu valor equitativo. Sob a justiça como equidade, as liberdades básicas são iguais para todos os cidadãos. Mas, a serventia ou o valor das liberdades não é o mesmo para todos. Pensemos,

³⁸ Para um argumento em defesa de distinção semelhante entre a liberdade amplamente concebida e liberdades básicas, ver: DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. London: Gerald Duckworth & Co. Ltd, 2005 (terceira impressão), publicado inicialmente em 1977, p.266-279.

por exemplo, na admissibilidade de desigualdades que beneficiam os menos favorecidos. Nessas condições, o valor das liberdades não é igual, havendo um grupo que possui mais meios materiais para usufruir das liberdades básicas. Porém, a situação é equitativa, pois o menor valor das liberdades dos menos avantajados é compensado pelo arranjo distributivo que garante a eles a maior fração de bens-primários possível (RAWLS, 2005, p. 326). Entretanto, o primeiro princípio de justiça exige que o valor das liberdades políticas deve ser suficientemente igual entre os cidadãos, independentemente de sua posição social ou econômica, de forma que cidadãos igualmente dotados e motivados tenham iguais condições de assumir cargos públicos e influenciar o resultado de decisões políticas (RAWLS, 2005, p. 327). Reforça-se, novamente, o elo entre liberdades políticas e o autogoverno democrático. A essa condição Rawls dá o nome de valor equitativo das liberdades políticas.

O valor equitativo das liberdades políticas pode ser justificado instrumentalmente: sem o valor equitativo, as limitações do número de vagas nas instituições políticas tornam a serventia das liberdades políticas mais suscetível às diferenças de posições sociais, de renda e de riqueza. E de forma mais direta: sem sua garantia, o estabelecimento e manutenção de instituições justas é improvável (RAWLS, 2005, p. 327-328). Entretanto, para que a conexão entre senso de justiça e autogoverno democrático fique clara, pensemos nos efeitos não instrumentais da igualdade política:

[...] os argumentos em defesa do autogoverno não são apenas instrumentais. A liberdade política igual, quando garantido seu valor equitativo, tende a ter um efeito profundo na qualidade moral da vida cívica. [...] A máxima medieval ‘o que toca a todos diz respeito a todos’ parece ser levada a sério e declarada como a intenção pública [...] Fazer parte da vida política não torna o indivíduo mestre de si próprio, mas lhe dá uma voz igual ao lado de outros na resolução de como as condições sociais básicas devem ser dispostas. Tampouco, responde à ambição de mandar em terceiros, uma vez que se exige agora de cada um a moderação de suas pretensões àquilo que todos reconhecem como justo. O desejo público de consultar e levar em conta as crenças e interesses de todos assenta as bases da amizade cívica e modela o *ethos* da cultura política (RAWLS, 1999, p. 205, traduzido)

Podemos aplicar essa ideia como justificativa à liberdade de expressão política: uma sociedade política é democrática quando: os cidadãos estão justificados em experienciar seu Estado como uma verdadeira forma de autodeterminação (POST, 2000, p. 2368). Quando pensamos na relação entre os governantes eleitos e os cidadãos, isso parece de difícil concretização, já que é esperado que os cidadãos discordarão de várias

das escolhas de seus governantes. A experiência da autoria deve, portanto, ser anterior à tomada de decisões específicas por aqueles que governam. Dessa forma, é uma condição necessária para a concretização dessa experiência que o Estado seja estruturado de forma a subordinar as ações dos governantes à vontade do povo. Mas, quem é o povo? Como definir “povo” de forma a preservar a ideia de autodeterminação em uma sociedade plural?

Garantindo que a esfera pública seja livre de restrições governamentais quanto à pertinência das visões expostas. Ter de explicar e justificar suas visões a outros faz com que o cidadão apele a princípios que outros possam aceitar. Com isso, torna-se necessário levar em conta interesses que não só os seus e ser guiado por alguma concepção de justiça e de bem-comum, indo além dos meros interesses pessoais (RAWLS, 1999, p.206). É por respeito a essa faculdade moral que a decisão sobre quais perspectivas devem ser defendidas cabe única e exclusivamente aos cidadãos participantes do debate público. Nesse sentido, quando o Estado impõe regras de civilidade à discussão pública, se elas não forem razoáveis, a autodeterminação democrática é obstaculizada. Apesar das liberdades de expressão e de pensamento serem distintas, o último ponto nos revela uma intersecção importante entre elas: a democracia exige tanto a liberdade de buscar e receber, quanto de difundir informações e ideias políticas de toda natureza. Ou seja, não só a expressão de ideias deve ser protegida, mas o ambiente plural no qual a formação livre do pensamento é potencializada. Pelo exposto, é possível vislumbrar que as funções informativa e legitimadora da liberdade de expressão nem sempre se distinguem claramente.

O resultado provisório desse processo dialógico pode ser chamado de opinião pública. É à opinião assim formada que um governo democrático responde. Em síntese, a esperança é a de que o uso da liberdade de expressão ao fim levará à uma cidadania mais capaz e, conseqüentemente, a uma pólis mais justa. Nesses termos, aqueles que contribuem para a formação da opinião pública compreendem cada um dos encontros físicos ou mediados midiaticamente que compõem a esfera pública como parte de uma única discussão, na qual parceiros do autogoverno discutem os destinos de sua vida comum. Essa esperança, entretanto, pode ser frustrada numa sociedade não bem-ordenada, que não garante o valor equitativo das liberdades políticas, nem mesmo a justiça distributiva. Tendo isso em vista, dissemos na introdução: a garantia institucional da liberdade é reconhecidamente preliminar a seus produtos, e, por isso, possui valor reduzido.

De fato, a expressão protegida não, necessariamente, trará bons resultados aos cidadãos ou à comunidade como um todo. Entretanto, também há de se frisar que, mesmo quando presentes, os bons resultados do uso da liberdade de expressão podem ser vistos como indesejados. Isso ocorre, uma vez que a liberdade de negar regras (não razoáveis) de civilidade assegura uma potência profundamente contestatória ao debate democrático. Percebe-se, então, que:

Para muitos, a consequência imediata dessa liberdade pode frequentemente parecer ser apenas tumulto verbal, discórdia, e até falas ofensivas. Esses são, porém, dentro de limites estabelecidos, [...] efeitos colaterais necessários de valores duradouros mais amplos os quais o processo do debate aberto nos permite alcançar. Que o ar pareça estar às vezes carregado de cacofonia verbal é, nesse sentido, não um sinal de fraqueza, mas de força. Não podemos perder de vista o fato de que, naquilo que em outras circunstâncias pareceria um exemplo insignificante e irritante de um abuso desagradável de um privilégio, esses valores sociais fundamentais estão fortemente implicados (ESTADOS UNIDOS, 1971, p.24-25, traduzido).

5.2 Casos não focais do exercício da liberdade e os limites à expressão

Apresento agora a resposta de Rawls à questão: “como devemos solucionar conflitos entre as liberdades básicas?”. O esquema de liberdades básicas iguais não tem por função maximizar o desenvolvimento e exercício dos poderes morais. Sua razão de ser e de sua prioridade é “[...] garantir igualmente a todos os cidadãos as condições sociais essenciais ao desenvolvimento e exercício pleno e informado desses poderes naquilo que eu chamarei de ‘os dois casos fundamentais’ (RAWLS, 2005, p. 332, traduzido).

O primeiro caso fundamental está relacionado com a capacidade de ter um senso de justiça, e versa sobre a aplicação dos princípios de justiça à estrutura básica e suas políticas. Aqui, a liberdade de pensamento e as liberdades políticas são relevantes. O segundo caso fundamental está relacionado com a capacidade de ter uma concepção de bem, e versa sobre a aplicação dos princípios da razão deliberativa na condução de nossas vidas (RAWLS, 2005, p.332). Em casos de conflitos e quando for necessário dar maior conteúdo às liberdades básicas, deve-se buscar o ajuste e definição de liberdades que permita o desenvolvimento adequado e exercício pleno e informado das faculdades morais nos dois casos fundamentais. O esquema de liberdades que satisfaz essa condição é chamado de “esquema plenamente adequado” (RAWLS, 2005, p. 333).

A ênfase no esquema plenamente adequado de liberdades implica que não é qualquer exercício abstrato de uma liberdade básica que possui prioridade sobre os demais bens sociais. É apenas quando uma liberdade básica está sendo exercida em seu ponto focal (*central range of application*) que ela possui prioridade. E por prioridade do ponto focal de uma liberdade básica, entende-se: ela só pode ser limitada para garantir o ponto focal de outra liberdade básica (FREEMAN, 2007b, p.69). Disso se segue que nem todo exercício de uma liberdade básica possui a mesma relevância para o desenvolvimento e exercício das faculdades morais. Partindo dessa ideia, podemos falar da significância de uma liberdade como sendo o grau em que ela está mais ou menos envolvida no desenvolvimento e exercício das faculdades morais em um ou nos dois casos fundamentais (RAWLS, 2005, p.335).

Podemos distinguir os seguintes tipos de liberdades a partir de seu grau de significância: liberdades básicas em seu ponto focal, liberdades básicas não-focais, liberdades não-básicas relativas ao segundo princípio de justiça e, por fim, atos permitidos pela presunção geral contra restrições à conduta (FREEMAN, 2007b, 79-84). O vínculo entre autogoverno, esfera pública e a liberdade de expressão política elaborado na seção anterior apresenta a instância focal de tal liberdade. A partir do argumento exposto, podemos compreender o que Rawls (2005, p.342) chama de pontos fixos do ponto focal da liberdade de expressão. Esses são três: não deve haver o crime de libelo sedicioso; não há restrições prévias à liberdade de imprensa, salvo em casos excepcionais; a advocacia de doutrinas revolucionárias e subversivas é plenamente protegida (RAWLS, 2005, p. 342).

O primeiro ponto fixo estabelece, então, que não deve haver a tipificação de crimes contra a honra de autoridades públicas. Entretanto, ao citar casos não-focais de liberdade de expressão, Rawls (2005, p.336) menciona a calúnia e a difamação, destacando que elas configuram ilícitos. Como explicar tal distinção? Duas categorias são relevantes: o contexto e a intenção do ato expressivo.

Segundo tese consolidada pelo STJ, a configuração dos crimes contra a honra exige a demonstração mínima do intento positivo e deliberado de ofender a honra alheia. A ideia de demonstração mínima pode levar a restrições indevidas da liberdade de expressão, sendo necessário precisar quando a honra está efetivamente sendo violada, e não apenas afetada. Quando cidadãos proferem críticas a medidas de autoridades ou mesmo ao seu caráter, não se deve dizer que a intenção de ofender a honra seja sua motivação primeira, pois:

É manifestamente impossível punir a intenção de levar aqueles que administram o governo ao maldizer e ao desprezo sem que se ataque o direito de discutir livremente os caracteres e medidas públicas: porque aqueles que se engajam em tais discussões devem esperar e desejar excitar esses sentimentos desfavoráveis, na medida em que tais sentimentos parecerem merecidos. Proibir, portanto, a intenção de excitar tais sentimentos desfavoráveis contra aqueles que administram o governo é equivalente à proibição da excitação desses sentimentos; e proibir a excitação deles é equivalente a proibir discussões que possuem essa tendência e efeito (MADISON, 2006, p.262, traduzido, destaques adicionados)

Ou seja, as críticas são protestos contra a forma com que a comunidade está sendo conduzida, e não simples ataques pessoais. Pode ser que ataques pessoais ocorram; mas, antes de concluir pela sua ocorrência, é importante ver se a intenção de quem emite ou publica tais discursos é contribuir para a opinião pública sobre como vivemos nossa vida comum. Se essa for a intenção, o fato da autoridade se ofender ou mesmo perder prestígio em razão da popularidade da crítica emitida não autoriza a interrupção do debate público. Contribui-se para a formação da opinião pública sobre como vivemos nossa vida comum quando a expressão se dá sob o contexto daquilo que, partindo de Charles Taylor, chamei de esfera pública:

Um espaço comum no qual os membros da sociedade se encontram por meio de uma série de mídias (impressas, eletrônicas) ou face a face para discutir assuntos de interesse comum, e para, assim, formarem uma opinião comum [common mind] sobre esses assuntos. Falo de um “espaço comum” porque, mesmo que as mídias sejam múltiplas, tal como as trocas que nelas ocorrem, considera-se que elas sejam a princípio intercomunicáveis. A discussão que podemos estar tendo na televisão nesse exato momento leva em conta o que foi dito no jornal impresso de manhã, que, por sua vez, informa sobre o debate no rádio ontem, e assim por diante (TAYLOR, 1995, p.259, traduzido, destaques adicionados).

Ou seja, para que uma expressão seja um ataque pessoal à honra, ela tem que: (1) ser feita em um espaço não público, o que, por definição, não é o caso da esfera pública, ou (2) feita com intenção outra que não contribuir para a formação da opinião pública, o que é de difícil averiguação, sendo isso determinável de forma muito pontual, como no caso da calúnia com o teste da malícia real e da incitação nos termos do teste Brandenburg. Nota-se que (1) implica (2). Todavia, há casos em que a manifestação na esfera pública é incompatível com sua função democrática, razão pela qual (2) se singulariza. Busco esclarecer esses pontos ao falar dos princípios do dano público e da ofensa.

A caracterização de uma sociedade bem-ordenada como uma forma de democracia deliberativa se deve à compreensão de que a discussão pública se apresenta em sua melhor forma quando cidadãos se concebem como livres e iguais, querem ser reconhecidos como tais pelos demais e vivem sob termos de cooperação que reafirmam essa condição. Quando uma ou mais dessas premissas não estão presentes, não temos uma sociedade bem-ordenada, e, conseqüentemente a deliberação pública sofrerá limitações.

No caso brasileiro, é possível dizer que nossa cultura política pública, por estar centrada num regime constitucional democrático, pelo menos, consagra alguma concepção do ideal de cidadãos livres e iguais. Isso posto, partindo da prioridade das liberdades para o exercício das faculdades morais de cidadãos assim concebidos, pelo menos, a liberdade formal de contribuir à opinião pública deve ser garantida.

A garantia da liberdade formal de contribuir à opinião pública exige a negação da reputação como *status* social. Sob essa ideia de reputação, as instituições existem porque seus ocupantes possuem qualidades que os tornam merecedores de maior respeito. Assim, quando os cidadãos não são deferentes àqueles que lhes seriam superiores, a ordem de precedência dos papéis sociais sob a qual as instituições se baseiam estaria fragilizada, e, conseqüentemente, as próprias instituições. Essa visão não é aceita por cidadãos democráticos, que, em seu pensamento, ação política e na discussão pública de questões políticas, não concebem a ordem social como uma ordem natural ou uma hierarquia institucional justificada por valores religiosos ou aristocráticos (RAWLS, 1985, p.231). Conseqüentemente, partindo desse dado da cultura política democrática, a constituição da esfera pública não deve depender de nada além da ação comum daqueles que se engajam na discussão pública (TAYLOR, 1995, p.267). Ou seja, cada cidadão deve ser livre para se expressar da forma que crê adequada ao significado e convicção que deseja expressar (POST, 2006, p. 29). De forma ainda mais direta: deve-se garantir uma esfera pública livre de restrições governamentais quanto à pertinência das visões expostas.

A nível conceitual, isso permite que o escopo da liberdade de expressão política seja parte de uma concepção política de justiça capaz de ser o foco de um consenso sobreposto entre doutrinas abrangentes razoáveis. Resolve-se, assim, um problema introduzido na apresentação do contexto da esfera pública: a função legitimadora da liberdade de expressão depende de que os participantes da formação da opinião pública se vejam como parceiros do autogoverno. Isso é compatível com o pluralismo, pois a ideia de autogoverno democrático é concebida como o governo de cidadãos livres e iguais que fazem o uso da sua razão pública para discutir sua vida comum. Nesses termos,

autogoverno democrático é ideal que está implícito na cultura política de uma ordem constitucional, sendo, então, independente de doutrinas abrangentes específicas.

Não obstante, pode haver discursos capazes de fragilizar a estabilidade das instituições democráticas. Por isso, dada a prioridade do justo sobre o bem, não se protege as expressões que não se justificam por razões que todos podem aceitar enquanto pessoas morais livres e iguais. Assim, se a condição desestabilizadora da expressão for confirmada a partir das diretrizes de investigação da razão pública, não há objeções à sua supressão, enquanto for factível dizer que a ameaça persiste. Seguir as diretivas da razão pública aqui é fundamental, pois defensores da derrubada do Estado pelo uso da força, quer à direita, quer à esquerda do espectro político, também fornecem razões para suas posições. Por isso, “[r]eprimir [indiscriminadamente] a advocacia subversiva é suprimir a discussão dessas razões, e fazê-lo significa restringir o uso público livre e informado de nossa razão quando julgamos a justiça da estrutura básica e de suas políticas” (RAWLS, 2005, p. 346, traduzido).

Ou seja, sob o ponto de vista de cidadãos livres e iguais, não há opiniões políticas que por seu conteúdo sempre representam ameaças à democracia, mas há circunstâncias cujo perigo é acessível a todos, e que, por isso, autorizam a repressão pontual. Novamente, o contexto e a intenção do ato expressivo são determinantes. Se assim não fosse, o Estado poderia restringir a expressão de ideias, pontos de vista e informações por desconfiar que seus cidadãos não conseguirão tomar decisões sábias ou desejáveis se expostos a essas expressões (STONE, 1983, p.213). A consequência seria: os cidadãos não mais seriam considerados agentes responsáveis, capazes de participarem do processo de autogoverno, sendo reduzidos a simples vítimas ou objetos da ação coletiva. Em outras palavras, se o princípio do dano público não for interpretado à luz da razão pública, as instituições não garantem plenamente a condição de cidadãos livres e iguais.

O teste Brandenburg elaborado pela Suprema Corte dos Estados Unidos ilustra com bastante delimitação como a advocacia subversiva pode implicar formas de exercício não-focal da liberdade de expressão. Segundo esse teste: a liberdade de expressão não permite que o Estado proíba a advocacia do uso da força ou da violação da lei, salvo se a defesa de tais atos é feita 1) com a intenção de incitar ou produzir ações ilícitas *iminentes* e 2) *se é provável que o resultado desejado seja obtido em face das circunstâncias* (ESTADOS UNIDOS, 1969, p.447). Expressões que se encaixam na exceção do teste Brandenburg não são contribuições à formação da opinião pública, pois permiti-las não viabiliza o debate entre ideias distintas, mas a violação de direitos e prejuízo às

instituições. Entretanto, vale frisar: a proibição aqui não é indiscriminada quanto aos pontos de vista que advogam a derrubada da ordem constitucional pelo uso da força, pois se singulariza aqueles cuja permissão implica *evidente* ameaça, por isso a importância dos requisitos de iminência e probabilidade.

Em síntese, uma teoria que atribui prioridade ao uso político da liberdade de expressão e a outras liberdades básicas compreende que a restrição ou supressão da expressão política na esfera pública equivale a uma suspensão temporária da democracia (RAWLS, 2005, p.354). Nesse sentido, tais medidas coativas apenas são legítimas quando duas condições são preenchidas: (1) há riscos de tipo especial envolvidos, isto é, riscos a outras liberdades básicas (integridade da pessoa, liberdade de pensamento, devido processo legal, etc.) e (2) não há outra forma de evitar ameaças às referidas liberdades senão pela restrição da liberdade de expressão, sendo essa condição aferível pelas diretrizes de investigação da razão pública (RAWLS, 2005, p.356). Nesses termos, o princípio do dano público se justifica democraticamente.

E o princípio da ofensa? Ele também se fundamenta na ideia de cidadãos livres e iguais. Nesse momento, restrinjo a ideia de ofensa à calúnia, injúria e difamação. Assim, novamente, temos de ter atenção ao contexto e à intenção dos atos expressivos. Esses ilícitos têm em comum a condição de não contribuírem para a formação da opinião pública, e de não serem compatíveis com a cooperação entre cidadãos livres e iguais. Entretanto, as razões pelas quais falham em fazê-lo são distintas.

A calúnia não é contribuição à formação da opinião pública no âmbito de discussão pública, porque quem calunia não postula uma tese controvertida sobre como devemos viver em comunidade, mas sim apenas deseja atacar a reputação de terceiro. Trata-se de expressão que, por vezes, se apresenta na esfera pública, mas com a finalidade de enganar terceiros e violar a honra. Cidadãos democráticos não agem para prejudicar seus parceiros de cooperação (regra de postura), nem mesmo demonstram desprezo pelos planos de vida deles (regra de deferência). Se assim não fosse e ficasse evidente, a reciprocidade necessária para uma cooperação equitativa e mutuamente benéfica a todos estaria profundamente abalada. Na medida em que a falsidade das alegações caluniadoras é verificável por recurso a métodos de investigação acessíveis a todos a despeito das profundas divergências que os dividem, a proibição da calúnia é justificada pela razão pública. Por esses motivos, a calúnia deve ser proibida pela legislação e ser tida como um limite na interpretação judicial da liberdade de expressão.

Quando esse tipo de verificação não for possível porque não se atribuiu a terceiro a descrição de fato criminoso específico marcado no tempo, mas apenas alegação genérica, prevalece a liberdade de expressão. Entretanto, a distinção entre fato e opinião nem sempre é evidente, e nem toda atribuição de fato falso é por si só reprovável. Diante disso, qual orientação a razão pública fornece? Partindo novamente da justiça como equidade, qual solução é exigida pela prioridade do uso político da liberdade de expressão?

Defende-se que algo como o teste da malícia real deve ser adotado quando da discussão de assuntos de interesse público na esfera pública. Nesses termos, a calúnia só se configura quando se atribui fato criminoso *cuja falsidade é sabida por quem fala, ou quando demonstrado que o agente sequer se importou em verificar a veracidade de sua fala* (ESTADOS UNIDOS, 1964, 254). Em outras palavras, a prioridade ou posição preferencial do uso político da liberdade de expressão exige que a calúnia apenas se configure com a confirmação de dolo ou dolo eventual por parte de quem fala. No que diz respeito à responsabilidade civil, a mera culpa não basta, pois é necessária atenção à clássica lição de Madison (2006, p.256), para quem: algum nível de abuso é inseparável do uso adequado de qualquer coisa; e em nenhuma instância isso é mais verdadeiro do que na expressão política crítica. Mas, por que ser, então, mais tolerante com os abusos da expressão política crítica? Em razão da contribuição do uso adequado da liberdade de expressão para o autogoverno democrático.

O teste da malícia real apenas operacionaliza processualmente a relevância da expressão política para a democracia. Assim, justifica um ônus probatório maior e até mesmo a atribuição do ônus a quem vai ao Judiciário com a pretensão de coibir sua divulgação/emissão. Não há maiores inovações aqui quando lembramos o caráter básico e focal da liberdade de expressão nesses casos, e comparamos as exigências processuais sugeridas com o que a presunção de inocência impõe. Afinal, a integridade física e o devido processo legal também são liberdades básicas sob o liberalismo político rawlsiano. Nesses termos, o teste da malícia real parte de um dado da cultura política democrática— a presunção de inocência — para sustentar medidas análogas quando a liberdade de expressão política está envolvida, visto a conexão comum das duas com a cidadania livre e igual. Assim, o teste da malícia real é compatível com a razão pública. Da mesma forma, não se tratando de liberdades básicas em seu uso focal, não cabe falar de prioridade normativa da liberdade, e, conseqüentemente, ônus probatórios mais rigorosos não se

impõem. No último caso, a responsabilidade civil se impõe com a mera demonstração de culpa.

Para explicar os problemas morais nos atos de difamar e injuriar vale a pena falarmos daquele que para Rawls é talvez o bem-primário mais importante: o autorrespeito.³⁹ Tal bem-primário inclui a convicção do indivíduo de que sua concepção de bem vale a pena ser perseguida e implica a confiança na sua habilidade de, dentro daquilo que lhe é praticável, alcançar seus objetivos (RAWLS, 1999, p.386). Sua definição pode, então, ser subdividida em duas partes: i) ter um plano de vida racional; ii) ter sua pessoa e atos apreciados e confirmados por outros que também são estimados, e cuja associação é valorizada. “É claro, então, porque o autorrespeito é um bem-primário. Sem ele, nada parece valer a pena, ou se alguma coisa possuísse valor para nós, nós não teríamos a vontade de persegui-las” (RAWLS, 1999, p.386, traduzido). A injúria prejudica a primeira dimensão do autorrespeito, enquanto a difamação a segunda.

Entretanto, para que isso fique claro, é preciso ter cautela quanto ao que o autorrespeito exige, o que só é possível com a distinção entre identidade pública e não-pública dos cidadãos. A ideia de cidadãos livres e iguais é parte de uma concepção política de justiça que pretende regular a estrutura básica de uma sociedade democrática quando elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica estão envolvidas. Dessa forma, a cidadania democrática é elaborada a partir de ideais implícitos à cultura política democrática, não estando vinculada a qualquer doutrina abrangente de bem. Nesses termos, constitui a identidade pública dos indivíduos (RAWLS, 1985, p.241). A condição de cidadão (identidade pública) se distingue da identidade não-pública, a qual consiste nas convicções e compromissos específicos que organizam e dão forma a como alguém vive sua vida. Sob esse ponto de vista, salvo se estivermos falando de alguém que adota o liberalismo para além da dimensão política de sua vida, parece impensável que o

³⁹ Comentadores criticam Rawls por não fazer a devida distinção entre autorrespeito e auto estima. Para compreender a distinção, ver: DARWALL, Stephen L. Two kinds of respect. *Ethics*, v. 88, n. 1, p. 36-49, 1977 e SACHS, David. How to distinguish self-respect from self-esteem. *Philosophy & Public Affairs*, p. 346-360, 1981. Diana Piroli interpreta que o §67 de Uma Teoria da Justiça se refere à autoestima e o §82 ao autorrespeito. Como me apoio no primeiro, o argumento por mim desenvolvido é sobre autoestima. Para essa interpretação e para uma introdução ao estado da arte do debate sobre as bases sociais do autorrespeito em Rawls, ver: SERRAS DE MINAS, Associação. “O Legado de John Rawls: Mesa III – Direitos Humanos, Cosmopolitismos e Auto Respeito”. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=psByC51IzM4&ab_channel=Associa%C3%A7%C3%A3oSerrasdeMinas

indivíduo se conceba separado de seus afetos e devoções, avaliando-os objetivamente em termos de seu bem racional (RAWLS, 1985, p.241-242).

Feita a distinção entre identidade pública e não-pública, podemos pensar a injúria e a difamação à luz da definição de ofensa trazida no capítulo 3, mas agora a conectando com a concepção de cidadania democrática. Tanto injúria quanto difamação são ilícitos que prejudicam a pessoa em sua identidade não-pública, e o fazem de forma severa, a ponto de justificarem sua proibição à luz da identidade pública (cidadãos livres e iguais). Por ofensa, defini: a afronta ao prestígio social, entendido como “[...] o prestígio que reputamos devido a nós, e que esperamos que seja respeitado, reconhecido ou expresso em nossas interações sociais (MCTERNAN, 2021, p.182, traduzido).” Assim, “[...] a pessoa que se ofende crê, julga ou percebe que seu prestígio social foi afrontado, quer por ter sido ignorado, diminuído, ou atacado pelo ato que lhe ofende” (MCTERNAN, 2021, p.185, traduzido). A ofensa, então, está intimamente associada à percepção que um indivíduo tem do seu prestígio social, sendo que essa percepção é consolidada pela forma com que outros o tratam e consideram em interações sociais específicas, em contextos específicos. Nesses termos, injúria e difamação são ofensivas, na medida em que violam, respectivamente, o autorrespeito e respeito que o indivíduo construiu dentro das interações sociais na qual foi socializado. Suas consequências para quem as sofre são: dúvidas quanto a se a concepção de bem desejada vale a pena ser perseguida— ou até mesmo dúvidas quanto a se a vida vale a pena ser vivida— e a perda da confiança na sua habilidade de, dentro daquilo que lhe é praticável, alcançar os objetivos em função de como seus pares lhe enxergam.

Todavia, uma concepção de justiça estável é aquela que possibilita a congruência entre as razões públicas que se aplicam a todos a partir do ponto de vista da justiça e as razões individuais objetivamente definidas para cada pessoa a partir do bem (FREEMAN, 2007a, p.151). Para tanto, as ideias de ofensa, especificadas na injúria e na difamação, devem ser compatíveis com o uso político da liberdade de expressão, sob pena das faculdades morais do racional e do razoável estarem em conflito, o que geraria instabilidade. O caminho para essa reconciliação passa pela ênfase de que não existem opiniões que por si só são injuriosas ou difamatórias. Para que esses adjetivos sejam cabíveis é necessário ver, novamente, o contexto da expressão e a intenção de quem fala.

Se o contexto for a esfera pública e a intenção for contribuir à formação da opinião pública, a proteção à expressão deve ser a mais generosa possível. Logo, opiniões ácidas e ríspidas sobre como devemos viver nossa vida em comunidade não são difamatórias ou

injuriosas. Se assim não fosse, os cidadãos não gozariam da liberdade de se expressar da forma que creem adequada ao significado e convicção que desejam expressar (POST, 2006, p. 29). Ou seja, condicionáramos a liberdade de expressão às boas maneiras, o que prejudicaria a manifestação de indignação política, e, conseqüentemente, se prejudicaria o autogoverno democrático. É fundamental aqui não definir a classe de manifestações permitidas de forma rígida. Para tanto, é necessário frisar que, por vezes, o contexto e a intenção de fala não são determináveis apenas considerando o meio de comunicação utilizado, exigindo averiguar quem se expressa e qual assunto se discute. Em razão disso, sendo a manifestação sobre autoridade pública no exercício de suas funções ou sobre a suas qualidades para exercê-la, presume-se que até mesmo manifestações que se limitam a xingamentos são ainda tentativas de contribuir à formação da opinião sobre como devemos viver nossa vida. Da mesma forma, tratando-se da interação entre particulares, presume-se que não há intenção de contribuir à formação da opinião pública porque não se utiliza da esfera pública com vistas à autodeterminação democrática.

Anteriormente, eu disse que para que uma opinião seja um ataque pessoal à honra, ela tem que: (1) ser feita em um espaço não público, o que, por definição, não é o caso da esfera pública, ou (2) feita com intenção outra que não contribuir para a formação da opinião pública, o que é de difícil averiguação, sendo isso determinável de forma muito pontual, como no caso da calúnia de acordo com o teste da malícia real e da incitação nos termos do teste Brandenburg. Diante do que foi dito no parágrafo anterior, é possível adicionar à segunda condição os seguintes termos: quando um cidadão se manifesta sobre autoridade pública, presume-se que ele possui a intenção de contribuir à formação da opinião pública. Nesse caso, não se fala de injúria ou difamação.

Isso posto, conclui-se que: há injúria com o xingamento face a face e em comunicações privadas (mediadas ou não por tecnologias). Quanto à difamação, tratando-se de ocasião entre particulares, quando o assunto tratado não possui qualquer vínculo entre a expressão emitida e a autodeterminação democrática, tem-se um caso ordinário de responsabilização civil. Nesse último caso, o meio de comunicação, mas, principalmente, o papel que o cidadão sobre quem se fala exerce na comunidade são determinantes para a proteção ou não do discurso.

Mas, as implicações da visão defendida nesse trabalho não seriam demasiadamente onerosas aos agentes públicos, que teriam de ouvir uma série de desaforos para bem exercer sua função? Dois comentários aqui são importantes para responder. Primeiro, a mediação pela esfera pública é fundamental, sendo que expressões

que nela não se incluem possuem uma proteção *prima facie* menos robusta, por não ser tão claro qual seu vínculo com a autodeterminação democrática. Além disso, e isso é fundamental, agentes públicos possuem inserção e influência midiática a nível local, regional e/ou nacional, o que lhes viabiliza responder às críticas. Por isso, quando buscam a via da censura pelo Judiciário, não apenas não respondem aos seus deveres institucionais numa democracia, mas se valem dos meios mais onerosos ao debate público, comprometendo a futura fiscalização de suas atividades.

Por fim, os princípios do dano, do dano público e da ofensa estabelecem as exceções à tese segunda a qual numa democracia, a esfera pública deve ser livre de restrições governamentais quanto à pertinência das visões expostas. Isso, pois, quem se engaja no debate sobre como devemos viver nossa vida em comum pressupõe que possui o status de cidadão livre e igual, e os princípios elencados se ajustam a essa condição, fundamentando-se na razão pública. A lição central que eles nos fornecem talvez seja bastante familiar, mas, como ela ainda está longe de ser um princípio primeiro no trato que damos à liberdade de expressão no Brasil, vale repeti-la: o fato de que uma ideia ou perspectiva desagrade uma autoridade não é razão para silenciá-la, diretamente ou por meio do Judiciário. Por isso, cabe atenção especial quando estamos falando de restrições ao conteúdo dos discursos. Os princípios elaborados buscam nos manter devidamente atentos.

6. Conclusão

O presente trabalho teve por objetivo responder à seguinte pergunta-problema: no contexto das discussões sobre as qualidades daqueles que ocupam posições na estrutura do Estado e de suas políticas, o respeito às autoridades é limite legítimo ao direito de contribuir para a formação da opinião pública? Tendo por preocupação avançar a discussão sobre liberdade de expressão para além da vedação à censura prévia, direcionei a pergunta ao Judiciário, órgão responsável pela averiguação dos excessos no exercício de tal liberdade e pela responsabilização de quem assim se excede. Nesse sentido, parti da premissa de que, quando a liberdade de expressão política está em jogo, a justificação das decisões judiciais numa sociedade plural exige que os magistrados vão além de suas predileções políticas. Para tanto, tornam-se necessárias formas de argumentação que vão além das diferenças que dividem os cidadãos numa sociedade plural e critérios que recorrem a tais formas de argumento.

Em razão dessa necessidade, o marco teórico adotado foi o liberalismo político, perspectiva político-filosófica que defende uma concepção de liberdade e agência a partir da qual se estabelece a exigência de que todos os aspectos da ordem social devam ser aceitáveis, ou possam ser aceitáveis, para cada um daqueles que estão a ela sujeitos (WALDRON, 2012, p. 104). Assim formulado, o liberalismo tem por pretensão apresentar as ideias e princípios implícitos na cultura política pública de uma sociedade democrática de forma suficientemente clara e atraente para explicar as convicções políticas mais arraigadas dos cidadãos de uma democracia (RAWLS, 1985, p.228). Dentre essas ideias, está a igualdade política formal como elemento basilar de uma democracia. Quando garantida a todos, o uso da força contra indivíduos livres e autônomos para fazê-los obedecer a leis das quais discordam razoavelmente é justificado, na medida em que a todos é garantida a oportunidade de participar como igual no processo político (BHAGWAT; WEINSTEIN, 2021, p.92). A oportunidade de participar como igual no processo político exige a garantia da liberdade de expressão. Portanto, sob o liberalismo político a liberdade de expressão é compreendida como um conceito moral que determina quais papéis cabem ao Estado e quais papéis cabem aos cidadãos numa democracia.

Disso se segue que a fundamentação da liberdade de expressão depende da compreensão de igualdade política subjacente ou, em termos mais recorrentes no trabalho, da ideia de cidadania democrática defendida. A concepção de cidadania adotada no presente trabalho foi a defendida por John Rawls. Essa foi escolhida por possuir uma série de credenciais, que foram destacadas, principalmente, nas respostas às objeções de David Enoch. Entretanto, para os fins de conclusão, cabe listar três virtudes dessa concepção de cidadania.

Primeiro, a explicação das faculdades morais de um cidadão livre e igual permite a consideração tanto da liberdade de expressão, quanto da reputação como normativamente relevantes. A capacidade de propor, cumprir e agir de acordo com termos equitativos de cooperação (o razoável) permite a análise do uso político da liberdade de expressão. A capacidade de deliberar de acordo com, revisar e racionalmente perseguir uma concepção de bem (o racional) permite a análise da reputação.

Segundo, a concepção de cidadão adotada nos fornece o modelo de argumentação almejado quando discutimos questões constitucionais essenciais, como os fundamentos e limites da liberdade de expressão. A concepção de cidadão livre e igual tem em vista o fato de que uma pluralidade de doutrinas abrangentes razoáveis é o resultado normal da

razão humana, sob as instituições livres de uma democracia (RAWLS, 2005, p. xvi). Soma-se a esse fato que, numa democracia, cidadãos concebidos como livres e iguais possuem uma parcela igual do poder político coercitivo da sociedade. A apreciação conjunta dessas considerações estabelece que não há razões que justifiquem que qualquer cidadão ou grupo de cidadãos use o poder coercitivo do Estado para decidir questões políticas fundamentais com base em suas doutrinas abrangentes (RAWLS, 2005, p. 62). Ou seja, nosso exercício do poder político é apropriado, e, portanto, justificável, apenas quando é exercido de acordo com uma constituição cujos elementos essenciais pode-se razoavelmente esperar que todos os cidadãos livres e iguais razoavelmente aceitariam (RAWLS, 2005, p. xlii e p.217).

Terceiro, a concepção de cidadão livre e igual pode ser interpretada de forma a elucidar quando o vínculo entre liberdade de expressão e democracia se afirma, e quando esse não se faz presente, autorizando a tutela da reputação. A democracia garante a participação política igual, e a participação nesses termos é necessária à legitimidade do uso da força. Por isso, defendi que qualquer regulação da discussão pública, deve ser realizada e operacionalizada de forma a não comprometer a função democrática da última (POST, 1993, p. 1121). Nesse sentido, afirmado o vínculo entre liberdade de expressão e democracia, a liberdade de expressão tem prioridade em face de outras considerações normativas. Esse vínculo é identificado a depender do grau em que a liberdade de expressão está envolvida no desenvolvimento e exercício da faculdade moral do senso de justiça (RAWLS, 2005, p.332). Para tanto, é fundamental analisar o contexto em que o cidadão se expressa e qual a sua intenção ao se expressar.

A liberdade de expressão é central para o desenvolvimento e exercício do senso de justiça quando da discussão de assuntos de interesse comum, com vista à formação de uma opinião comum sobre a qualidade da vida política e sobre aqueles que representam os cidadãos politicamente. Nessas ocasiões, os cidadãos têm de explicar e justificar suas visões a terceiros, o que faz com que recorram a princípios que outros possam aceitar. Com isso, torna-se necessário levar em conta interesses que não só os seus e se guiar por alguma concepção de justiça e de bem-comum, indo além dos meros interesses pessoais (RAWLS, 1999, p.206). Para tanto, cada cidadão deve ser livre para se expressar da forma que crê adequada ao significado e convicção que deseja expressar (POST, 2006, p. 29). Se levamos a sério a capacidade dos cidadãos de adotarem essa postura reflexiva e crítica, a discussão pública deve ser livre de restrições governamentais quanto à pertinência das

visões expostas, cabendo exclusivamente aos cidadãos decidir quais perspectivas são meritórias.

Entretanto, há ocasiões em que o exercício da liberdade de expressão não está paradigmaticamente relacionado com o exercício e desenvolvimento do senso de justiça. Na presente pesquisa, os princípios do dano, do dano público e da ofensa foram propostos como critérios normativos a partir dos quais é possível identificar essas ocasiões, tendo por especial atenção a tutela da reputação. O princípio do dano estabelece que o “único propósito pelo qual o poder pode ser justamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada contra sua vontade é o de prevenir danos a outros” (MILL, 2003, p.80-81). Ele está de acordo com a razão pública, pois, quando lido de forma a apenas definir áreas de não-interferência, estabelece condição que todos os envolvidos na discussão pública conseguem entender e aceitar. Dessa forma, o princípio do dano não transcende os pressupostos da discussão pública, tendo fundamento na própria ação comum dos cidadãos livres e iguais. Ele se mostra especialmente relevante quando temos em vista a forma de reputação que chamei de reputação como propriedade, isto é, a percepção do indivíduo como alguém dotado ou destituído de confiança para receber crédito. Lesar essa forma de reputação sem justificativa é destruir injustamente os resultados do trabalho de outrem, sendo a perda em questão uma perda de propriedade e, portanto, passível de mensuração pecuniária (POST, 1986, p.694). O princípio do dano público veda as condutas que, mesmo que não prejudiquem qualquer indivíduo identificável, devem ser proibidas, pois fragilizam as instituições públicas, em cujo vigor todos temos um interesse (FEINBERG, 2014, p. 70). Inicialmente, o princípio do dano público se volta à proteção da reputação como *status* social. Trata-se de forma de reputação na qual um indivíduo se identifica pessoalmente com as exigências normativas de um papel social hierarquicamente definido e recebe a consideração e estima que a sociedade atribui a esse papel (POST, 1986, p.700). Entretanto, essa ideia de reputação deve ser rejeitada como incompatível com a razão pública, dado que cidadãos democráticos não concebem a ordem social como uma ordem natural ou uma hierarquia institucional justificada por valores religiosos ou aristocráticos (RAWLS, 1985, p.231). Nesse sentido, o princípio do dano público deve ser lido de forma a singularizar os discursos cuja permissão implica *evidente* ameaça, sendo fundamentais padrões de iminência e probabilidade amplamente compartilhados. Por fim, o princípio da ofensa estabelece que impedir a ofensa indevida é uma razão a favor de uma legislação coercitiva (FEINBERG, 1985, p. 2). Ele é mobilizado para tutelar a reputação como dignidade. A

última consiste no interesse de cada um em ser tratado de acordo com as formas de respeito características às interações sociais definidoras de sua personalidade e nos interesses da sociedade em definir e manter os contornos de sua própria constituição social (POST, 1986, p.711). Para se ajustar à razão pública, a reputação como dignidade deve ser reinterpretada, de forma a relegar sua dimensão coletivista para as distintas doutrinas abrangentes. Quanto à sua dimensão individual, a calúnia, a injúria e difamação são diferentes formas de tutelá-la. Calúnia é ilícito cuja previsão protege a reputação como dignidade de forma compatível com a razão pública quando os critérios de sua aferição são publicamente acessíveis, e quando são ajustados à importância da expressão política pela adoção do teste da malícia real. Quanto à injúria e difamação, vale frisar que não existem opiniões que por si só são injuriosas ou difamatórias. Esses ilícitos apenas se fazem necessários para proteger o bem-primário do autorrespeito. Dessa forma, havendo manifestação sobre autoridade pública no exercício de suas funções ou sobre a suas qualidades para exercê-la, presume-se que não há injúria ou difamação.

7. Referências:

BHAGWAT, Ashutosh; WEINSTEIN, James. Freedom of Expression and Democracy. In: STONE, Adrienne; SCHAUER, Frederick (org.) **The Oxford Handbook of Freedom of Speech**. New York: Oxford University Press, 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

BRASIL. **Lei nº 7.170**, de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências (Revogada pela Lei nº 14.197, de 2021). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Justiça Federal da 1ª Região PJe - **Processo Judicial Eletrônico nº 1031439-94.2021.4.01.3400**, Queixa-crime ajuizada por Antônio Augusto Brandão de Aras, maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.429**, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça, 4.^a T. **REsp 60.033-2-MG**, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 9.8.1995.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência em teses, nº130**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>.

CAMILLOTO, BRUNO. **Direito & política: a República, o Judiciário e a politização**. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019.

CAMILLOTO, Bruno. Liberdade: a condição de possibilidade do pluralismo a partir do pensamento de Rawls. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 3, e31429, set./dez. 2019

CAMILLOTO, Bruno; URASHIMA, Pedro. Liberdade de expressão, democracia e cultura do cancelamento. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 7, n. 02, p. e317-e317, 2020.

CIPRIANI, Raquel. Reflexões sobre o papel e o lugar da inveja na estrutura da teoria da justiça como equidade. In: WERLE, Denilson Luis et.al (org.) **Justiça, Teoria Crítica e Democracia**, Nefiponline: UFSC, 441pgs, Florianópolis, 2017.

DAVIS, J. **People of the Mediterranean: an essay in comparative social anthropology**. London; New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2016.

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Londres: Gerald Duckworth & Co. Ltd, 2005 (terceira impressão), publicado inicialmente em 1977

DWORKIN, Ronald. Do we have a right to pornography? In: **A Matter of Principle**. London/Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1985, p. 335-373

ENOCH, David. Against public reason. **Oxford studies in political philosophy**, v. 1, n. 20, p. 112-142, 2015.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **NY Times vs Sullivan**, 1964. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep376254/>.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brandenburg vs Ohio**, 1969. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep395444/>.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Cohen vs California**, 1971. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep403015/>.

FEINBERG, Joel. **Offense to others**. Nova Iorque: Oxford University Press on Demand, 1988.

FEINBERG, Joel. **Rights, justice, and the bounds of liberty: Essays in social philosophy**. Princeton University Press, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. Coordenação de edição Marina Baird Ferreira, 8 ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FREEMAN, Samuel. **Justice and the social contract**. Essays on Rawlsian Political Philosophy. Nova Iorque: Oxford, 2007a, p.143-174.

FREEMAN, Samuel. **Rawls**. Nova Iorque: Routledge, 2007b.

GASTALDO, Édison. Goffman e as relações de poder na vida cotidiana. **Revista brasileira de ciências sociais**, v. 23, p. 149-153, 2008.

GOFFMAN, E. **Interaction ritual**: essays on face-to-face behavior. Nova York: Anchor Books, 1967.

GROSS, Clarissa. “Não faz sentido protegemos as pessoas da ofensa”, diz Clarissa Gross. [Entrevista concedida a] Alexandre Leoratti. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/liberdade-de-expressao-clarissa-gross-10052019>.

HAWES, J. **Lectures addresses to the young men of Hartford and New Haven**. Hartford, 1828. (Republicado por Nabu Press, 2011).

LOPES, J.R.L. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. In: STORCK, A. 2009. **Norma, moralidade e interpretação: temas de filosofia política e do direito**, Porto Alegre: Linus Editores, p. 43-80.

LEDESMA, H.F. **Los Límites de la Libertad de Expresión**. México: D.F: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de investigaciones jurídicas, 2004.

LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**: análise, crítica e contribuições. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 395-408, 2014.

LISTER, Andrew. Reasonable pluralism. In: Mandle, J., & Reidy, D. (Eds.). **The Cambridge Rawls Lexicon**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

MADISON, James. States’ Rights and Freedom of Expression; Report on the Virginia Resolutions, January 7, 1800. In: **Selected writings of James Madison**. KETCHAM, Ralph (ed.). Hackett Publishing Company, Inc, 2006.

MARTINS, Rafael Moro. Sergio Moro foi o Ministro da Justiça que mais abriu inquéritos para proteger um presidente nos últimos 25 anos. **The Intercept**, 2020. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/04/24/sergio-moro-foi-o-ministro-da-justica-que-mais-abriu-inqueritos-para-proteger-um-presidente-nos-ultimos-25-anos/>

MCTERNAN, Emily. Taking offense: An emotion reconsidered. **Philosophy & Public Affairs**, v. 49, n. 2, p. 179-208, 2021.

MELLO, Rodrigo Gaspar. **Liberdade de expressão, honra e censura judicial**: uma defesa da incorporação da doutrina da malícia real ao direito brasileiro. Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019.

MEAD, George Herbert. **Mind, Self, and Society**. Chicago: University of Chicago Press, 1934.

MILL, John Stuart. **On liberty**. David Bromwich e George Kateb (ed.). Vail-Ballou Press, Binghamton, Nova Iorque, 2003

- NAGEL, T. The writings of John Rawls. In: **Concealment and Exposure and Other Essays**, New York: Oxford University Press, 2002, p. 75-86.
- NAGEL, T. **Mortal Questions** (Canto Classics). Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- NUMMER, Fernanda Valli; CARDOSO, Luis Fernando Cardoso. Ritual de interação: ensaios sobre o comportamento face a face. **Horizontes Antropológicos**, v. 18, n. 38, p. 407-409, 2012.
- PETRONI, Lucas. **Liberalismo Político: Uma defesa**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Área de concentração: Ciência Política São Paulo, 2012.
- POST, Robert C. The social foundations of defamation law: Reputation and the Constitution. **Calif. L. Rev.**, v. 74, p. 691, 1986.
- POST, Robert C. The social foundations of privacy: Community and self in the common law tort. **Calif. L. Rev.**, v. 77, p. 957, 1989.
- POST, Robert C. The constitutional concept of public discourse: outrageous opinion, democratic deliberation, and *hustler magazine v. falwell*. **Harvard Law Review**, 1990.
- POST, Robert. Meiklejohn's mistake: Individual autonomy and the reform of public discourse. **U. Colo. L. Rev.**, v. 64, p. 1109, 1993.
- POST, Robert. Recuperating first amendment doctrine. **Stanford Law Review**, p. 1249-1281, 1995.
- POST, Robert C. Community and the First Amendment. **Ariz. St. LJ**, v. 29, p. 473, 1997.
- POST, Robert. Reconciling theory and doctrine in First Amendment jurisprudence. **Calif. L. Rev.**, v. 88, p. 2353, 2000.
- POST, Robert. Democracy and equality. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, v. 603, n. 1, p. 24-36, 2006.
- POST, Robert. Participatory democracy and free speech. **Va. L. Rev.**, v. 97, p. 477, 2011.
- RAWLS, John. Social Unity and Primary Goods. In: Sen, A., & Williams, B. (Eds.). **Utilitarianism and Beyond**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- RAWLS, John. Justice as Fairness: Political Not Metaphysical, **14PHIL. & PUB. Aff**, v. 223, p. 224-25, 1985.
- RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- RAWLS, John. **Political Liberalism Expanded edition**. New York: Columbia University Press, 2005.
- RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. KELLY, Erin (Ed.) Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001.
- RAWLS, John. **Lectures on the History of Political Philosophy**. FREEMAN, Samuel (ed.). Cambridge, MA: Harvard University Press, 2007.

ROSA, Leonardo. A Liberdade de Expressão e suas limitações materiais: uma leitura liberal-igualitária. Artigo não-publicado, 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo Comarca de São Bernardo do Campo. **Processo Digital nº: 1029863-77.2019.8.26.0564**. Juiz(a) de Direito: Dr(a). Mauricio Tini Garcia, 10 de março 2021.

SCHNEEWIND, Jerome B. **The invention of autonomy**: A history of modern moral philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

STEMPLOWSKA, Zofia. What's ideal about ideal theory? **Social Theory and Practice**, v. 34, n. 3, p. 319-340, 2008.

STONE, Geoffrey R. Content regulation and the First Amendment. **Wm. & Mary L. Rev.**, v. 25, p. 189, 1983.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Seção define que desacato continua a ser crime. **Superior Tribunal de Justiça- notícias**, 2017. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-05-29_08-39_Terceira-Secao-define-que-desacato-continua-a-ser-crime.aspx

TAYLOR, Charles. **Philosophical Arguments**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.

VAN SCHOELANDT, Chad. Justification, coercion, and the place of public reason. **Philosophical Studies**, v. 172, n. 4, p. 1031-1050, 2015.

VITA, Álvaro de. Sociedade democrática e tolerância liberal. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 84, p. 61-81, 2009.

VITA, Álvaro de. Teoria política normativa e justiça rawlsiana. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, p. 93-135, 2017.

WALDRON, Jeremy. Os fundamentos teóricos do liberalismo. **Leviathan** (São Paulo), n. 5, p. 102-132, 2012.

WEINSTEIN, James. Participatory democracy as the central value of American free speech doctrine. **Va. L. Rev.**, v. 97, p. 491, 2011.

WEITHMAN, Paul. **Rawls, political liberalism and reasonable faith**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

WEITHMAN, Paul. Diversidade e coerência na razão pública. **O Legado de John Rawls: Conferência de Encerramento-Serra de Minas Associação de Teoria do direito e da justiça**, 2021.