

## O conceito de “Liberdade de expressão”<sup>1</sup>

Peterson Roberto da Silva<sup>2</sup>

**Resumo:** Com vistas a conceituar a liberdade de expressão uma análise da história do conceito é feita a partir da modernidade, evidenciando como a tolerância em Locke transforma-se em liberdade de consciência e imprensa e chega a um conceito familiar em Mill. São discutidas “atualizações contemporâneas” ao conceito, desenvolvimentos teóricos que não alteram profundamente o conceito como enquadrado por Mill, mas constituem mudanças específicas. São comparadas ideias de autores como Meiklejohn, Emerson, Haiman, Baker, Sunstein, Bollinger e Fish. A análise possibilita a construção de um conceito de liberdade de expressão que reconhece a natureza política e contextual do mesmo, providenciando subsídios teóricos para o debate público sobre o tema.

**Palavras-chave:** Liberdade de expressão, Liberdade, Teoria política.

---

## The concept of “Freedom of expression”

**Abstract:** The history of the concept of freedom of expression in modernity is analyzed, aiming at formalizing its concept. I demonstrate how a concept of tolerance in Locke becomes freedom of conscience and press, and in Mill transforms into a familiar concept. I discuss “contemporary updates”, theoretical developments which do not deeply alter the concept as defined by Mill, but do constitute specific changes. Ideas from authors such as Meiklejohn, Emerson, Haiman, Baker, Sunstein, Bollinger and Fish are compared. The study enables us to build a concept of freedom of expression which recognizes its political and contextual nature, providing theoretical subsidies for the public debate on the theme.

**Keywords:** Freedom of expression, liberty, Political theory.

---

<sup>1</sup>  Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

<sup>2</sup> Doutorando Sociologia Política no departamento de Sociologia Política CFH / UFSC.. E-mail: [peter-son.235@gmail.com](mailto:peter-son.235@gmail.com).

## Introdução

Embora a ideia de liberdade de expressão seja usada com frequência no discurso público, não há necessariamente um consenso sobre seu significado. Ao mesmo tempo em que o humorista Danilo Gentili utiliza a distinção entre expressão e ação para se defender de acusações de racismo, há quem sinta que a busca pela punição, por exemplo, de Rachel Sheherazade, por motivo de discurso de ódio, não seria razoável. Dilma Rousseff orgulhou-se de não reprimir manifestações contrárias ao seu governo, mesmo nos poucos protestos que, não contentes com a oposição dentro do âmbito constitucional, urgiam uma intervenção militar; ao mesmo tempo, há quem gostaria de ver os apologistas da ditadura punidos, e há quem questione se o mesmo não se aplicaria a Marilena Chauí, que discursou certa feita quanto ao seu ódio à classe média. Outro subtema importante é o da regulação da mídia – uma proposta de restrição parcial à liberdade de imprensa com o objetivo de beneficiar o processo democrático que não é percebida como frutífera por todos, alguns inclusive enxergando nisso um ataque frontal ao conceito de liberdade de expressão<sup>3</sup>.

Para que seja possível esboçar um julgamento de cada caso é preciso pensar o próprio conceito de liberdade de expressão, tanto para situar em cada debate cada debatedor (por exemplo, as categorias e definições que fundamentam e movimentam uma determinada argumentação) quanto para alimentar o debate público que cristaliza — e pode eventualmente tentar uma consolidação em forma de lei — uma definição compartilhada e operacional que sirva como critério do julgamento de cada contenda. Como veremos, o conceito de liberdade de expressão está intimamente ligado, quem sabe inerente e inextricavelmente, a esse debate. Neste artigo busco recuperar a discussão intelectual sobre o tema, buscando conceituar a liberdade de expressão.

---

<sup>3</sup> Quanto a todas as notícias dispostas nos últimos dois parágrafos, ver: “Danilo Gentili desabafa e solta declaração esclarecedora sobre acusação de racismo”, disponível em <<http://tinyurl.com/pabffoq>>; “Caso Sheherazade gera debate sobre liberdade de expressão e responsabilidade jornalística”, disponível em <<http://tinyurl.com/ngn8shb>>; “Protestos mostram que ‘valeu a pena’ lutar por democracia, afirma Dilma”, disponível em <<http://tinyurl.com/nlf6wm7>>; ‘Marilena Chauí e o grito primordial: “Eu ODEIO a classe média!”’, disponível em <<http://tinyurl.com/nvuyfpy>>; e “Democratização da comunicação é eufemismo para censura”, disponível em <<http://tinyurl.com/o3m6tkm>>.

## Os elementos do conceito

Em toda sociedade há discursos interditos, ou no mínimo tabus. Se a autopreservação do sistema é desejável, é previsível que a liberdade de planejar a *dissolução* do sistema seja condenável. Não é preciso, contudo, ficar no *limite* que a dissolução representa; segredos industriais e informações confidenciais costumam receber proteção legal contra disseminação indiscriminada. O direito à privacidade, ou até mesmo o mais recente “direito de ser esquecido” (SALIBA II, 2015), também impõem limites à expressão. Leis ao redor do mundo criminalizam símbolos nazistas (no Brasil, lei número 9.459, de 1997) e discursos de ódio. Nos Estados Unidos, país tão comumente citado como o local por excelência da liberdade de expressão, o período do “Macartismo” ou “Medo vermelho” (*Red Scare*) é um exemplo de repressão baseada na expressão de (ou suposta filiação a ideias, que levou a “algumas poucas condenações”, mas a “muita perda de emprego por parte de servidores públicos, professores, acadêmicos e pessoas na mídia de massa”<sup>4</sup> (LEWIS, 2015). Atualmente, o debate sobre a liberdade de expressão (e de informação) acirra-se nesse país com personagens como Chelsea Manning e Edward Snowden. Manning foi condenado a 35 anos de prisão por vazar documentos secretos da diplomacia estadunidense, e Snowden está (na prática) exilado na Rússia após revelar sistemas de espionagem utilizados pela agência governamental NSA para comprometer a privacidade de cidadãos comuns. Há também interdições *anteriores* ao fato – ou seja, a censura propriamente dita. Em outros casos, julgamentos de discursos que se deseja interditar geram regras gerais de censura prévia.

A qualificação *do que* constitui algo como subversivo ou perigoso o bastante para uma interdição é contingente. O conceito de liberdade de expressão, portanto, deve lidar com isso. É bastante óbvio que seja em grande parte *constituído* por isso; afinal, é possível dizer que a liberdade de expressão nada mais é que, literalmente, a soma das expressões que alguém é livre para exprimir ou das que não é *proibido* de exprimir. Isto, é claro, seria uma tautologia pouco útil, e, portanto, um *conceito* de liberdade de expressão tanto em termos de interesse acadêmico (ele *deve* ser mais que uma tautologia) como de prática popular (ele de fato *é*) não trata apenas disso. Em certo sentido, enquanto houver

---

<sup>4</sup> Tradução do autor; no original: “Many others promoted the scare in various ways, leading to few convictions but much loss of employment by government employees, teachers, scholars, and people in the mass media”.

expressão sempre haverá *alguma* liberdade de expressão (“Falar é antes de tudo deter o poder de falar”, diria Clastres (2012)); mas a resposta à pergunta “que liberdade de expressão é essa?” gera um conceito que é composto por três elementos: uma definição de expressão, princípios que identificariam um discurso como merecedor de interdição – em outras palavras, os *limites* dessa liberdade, bem como critérios justificantes coerentes com a lógica do conceito – e uma justificação de si mesmo: por que *esta* liberdade de expressão?

É importante notar que essa ideia está subordinada ao próprio conceito de liberdade. Quando nos perguntamos *que liberdade* (de expressão) é esta, a resposta vai depender do conceito de liberdade posto em evidência. Hannah Arendt, por exemplo, não usava como vocabulário importante de seu ferramental teórico o conceito de “liberdade de expressão”. Para ela, o importante não era tanto que as pessoas viessem à arena pública “expressar” o que havia em si mesmas antes do momento da “expressão”, pois não haveria “um sujeito unificado, estável, além das aparências, que seja passível de expressão” (ZILIO, 2014, p. 46) e, além disso, a fala deveria ser sobre *o mundo*, e não sobre si – a política seria caracterizada pela fala sobre o espaço entre as pessoas, não sobre cada uma delas isoladamente (ZILIO, 2014, p. 82); de outro modo, a política seria mera oportunidade para indivíduos falarem sobre suas perspectivas privadas. A liberdade estaria no próprio agir, em interação com os outros e dentro do contexto político. Isso não equivale a dizer que Arendt entendia o *não-impedimento à expressão* como algo insignificante; é antes uma “necessidade”, já que “não há verdade anterior à comunicação” e a “objetividade do mundo e a certificação da representação que temos de nós mesmos dependem necessariamente de uma convergência de opiniões na esfera pública” (TORRES, 2012, p. 47). Ainda assim, quando voltamos a usar “liberdade” ao invés de “não-impedimento”<sup>5</sup>, o conceito adquire seu caráter positivo<sup>6</sup> quando pressupõe conteúdo e contexto *específicos* para a fala tida como livre. No caso de uma ideia de liberdade com foco republicano<sup>7</sup>, é possível pensar na criação de limites (em geral, na forma de

---

<sup>5</sup>Termo adaptado por mim por razões didáticas, não estando ele necessariamente presente em algum trecho da obra de Arendt.

<sup>6</sup>Mobilizo aqui a diferenciação já clássica, formulada por Berlin (2002), entre os conceitos positivo e negativo de liberdade.

<sup>7</sup>Quanto ao enfoque republicano do conceito de liberdade, algo ausente no estudo de Berlin (2002), faço referência ao *Republican Revival* em grande parte capitaneado pelas já longas carreiras acadêmicas de Quentin Skinner e Philip Pettit. Ver, a título de exemplo, Pettit (1997), Skinner (2002) e Skinner (2012).

leis) que permitissem *justamente* garantir uma arena pública de expressão que contribua com a edificação dos valores de uma determinada sociedade (e seus indivíduos).

Contudo, ao discutirmos o assunto em termos de possibilidades – os limites do que se pode falar – estaremos falando de uma noção primariamente *negativa* de liberdade. Nesse sentido, alguém é mais livre quanto menos limites existirem. No caso da liberdade de expressão, as leis costumam ser gerais, tratando a interdição como rara exceção; necessidade, apenas. Quando a lei não funciona desta forma, é comum que seja considerada incoerente, estranha; algo que simplesmente não representa *de fato* o que a liberdade de expressão significa.

### **Liberdade de expressão como legislação**

No Brasil, a liberdade de expressão foi primeiro instaurada com a Constituição de 1824 (BRASIL, 2015). Instabilidades estatais ao longo dos séculos XIX e XX causaram a constante oscilação da presença deste direito no ordenamento jurídico brasileiro<sup>8</sup>, mas hoje a liberdade de expressão é sólida, figurando em nossa constituição com mais detalhes que, por exemplo, a lei estadunidense (que, pela mesma razão, é mais ampla).

O fato de que nosso conceito atual sobre o assunto está em maior débito com a ideia de liberdade negativa (como ficará mais claro adiante) é importante para entender os paralelos entre as diversas leis de liberdade de expressão ao redor do mundo; na forma como este direito aparece na Constituição dos Estados Unidos, por exemplo (em sua “primeira emenda”, redigida em 1789), menciona-se a religião *antes* ainda que a expressão (na forma de “liberdade de palavra” na tradução a seguir): “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos” (DHNET DIREITOS HUMANOS, 1995a). A liberdade de expressão assume a forma de uma salvaguarda geral, na forma de um direito (nem sempre tomado por *natural*, mas de qualquer maneira acima de diferenças contextuais), do indivíduo perante a comunidade a que pertence. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, declara-se que toda pessoa “tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem

---

<sup>8</sup>Para uma exposição mais completa da presença da liberdade de expressão como direito constitucional no Brasil, ver Silva (2015).

interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias [sic] por quaisquer meios, independentemente de fronteiras” (DHNET DIREITOS HUMANOS, 1995c). É interessante notar, a fim de ressaltar sua maior inclusividade, como esse texto elimina as “ressalvas” que apareciam na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, elaborada no calor da Revolução Francesa – estas de natureza similar às que estavam na Constituição Brasileira de 1824.

A livre comunicação de pensamentos e opinião é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode pois falar, escrever, imprimir livremente, *salvo quando tiver que responder do abuso dessa liberdade nos casos previstos pela lei* (DHNET DIREITOS HUMANOS, 1995b, grifos meus).

### **Tolerância, paz, direitos e progresso**

Embora exista notícia de um princípio legal de liberdade de expressão em Roma, estudiosos da antiguidade clássica “nos dizem que [este princípio] tinha um papel muito limitado no pensamento da Grécia e Roma antigas”<sup>9</sup> (BOLLINGER, 1986, p. 6). A liberdade de expressão como a conhecemos hoje não será identificada como um fenômeno antigo não por cuidado metodológico (embora o cuidado de não empreender análises anacrônicas seja importante), mas porque o fenômeno *é* de fato moderno<sup>10</sup>. “As guerras de religião, possibilitando a afirmação da liberdade religiosa”, afirma Bobbio et al. (1993, p. 701), “são o berço da liberdade moderna”.

Foi neste contexto que John Locke exaltou a tolerância: como solução para os problemas de sua época. Em sua “Carta sobre a tolerância”, argumenta que é através dela que a paz seria possível. Não seria “a diversidade de opiniões (que não pode ser evitada)” a causa das guerras relacionadas à religião, mas sim a “recusa à tolerância a todos aqueles que têm diferentes opiniões”<sup>11</sup> (LOCKE, 1998). Mas há complexidades em seu argumento: deve haver tolerância para todas as práticas religiosas, desde que *estas* preguem tolerância, e os ateus não devem ser tolerados “de maneira alguma”, assim

---

<sup>9</sup> Tradução do autor; no original: “classicists tell us that the free speech principle at best played only a very limited role in the thought of ancient Greece and Rome”.

<sup>10</sup> Para uma argumentação mais detalhada sobre o porquê do tratamento da liberdade de expressão enquanto fenômeno moderno, ver Silva (2015).

<sup>11</sup> Tradução do autor; no original: “It is not the diversity of opinions (which cannot be avoided), but the refusal of toleration to those that are of different opinions [...], that has produced all the bustles and wars that have been in the Christian world upon account of religion”.

como a Igreja Católica, cujos membros “se entregam à proteção e serviço de outro príncipe”<sup>12</sup> (LOCKE, 1998).

Voltaire, assim como Locke, aproximou-se do assunto a partir da religião. Suas ideias estão mais difundidas por sua obra do que concentradas, embora ele tenha tratado do tema eloquentemente em seu “Tratado sobre a tolerância” (VOLTAIRE, 2002). A frase famosamente atribuída a ele (alguma variação de “não concordo com o que você diz, mas defenderei até a morte seu direito de dizê-lo”) e que se tornou uma espécie de resumo da defesa da liberdade de expressão, contudo, não é de sua autoria, e sim de Evelyn Beatrice Hall (BOLLER JR.; GEORGE, 1989, p. 125), que teria escrito o adágio em uma biografia do filósofo publicada em 1906. De qualquer forma, é notável que o autor também tenha entendido a tolerância como estratégia de resolução de conflitos.

Outros pensadores, como Pierre Bayle e Baruch Spinoza, levariam esse debate adiante. Para Bayle, segundo Israel (2006, p. 146-147), “não há privilégio de formas particulares de crença sobre outras”, e os cristãos “não são presumidos como tendo superioridade moral sobre outros”<sup>13</sup>. Bayle baseava suas ideias sobre justiça social puramente na razão filosófica (ISRAEL, 2006, p. 147), uma inovação à época. Já Spinoza provocou um deslocamento duplo de perspectiva. Sua teoria já não falava sobre tolerância, mas sobre liberdade — e enfocava principalmente a “liberdade de pensamento e da imprensa” em vez de “liberdade de crença”<sup>14</sup> (ISRAEL, 2006, p. 155). Isso não foi tarefa fácil; nem mesmo o conceito de “tolerância” era aplicado sem ressalvas e desconfianças em todo lugar quando o assunto era política, como assinala Frederick Grimke quase dois séculos após a morte de Spinoza ao dizer que, nos Estados Unidos, havia “uma grande distinção entre grupos religiosos e políticos que parece impor dificuldades insuperáveis no caminho do exercício da tolerância na política”<sup>15</sup> (GRIMKE,

---

<sup>12</sup> Tradução do autor; no original: “He that pretends to be a successor of the apostles, and takes upon him the office of teaching, is obliged also to admonish his hearers of the duties of peace and goodwill towards all men. [...] Those are not at all to be tolerated who deny the being of a God. [...] That Church can have no right to be tolerated by the magistrate which is constituted upon such a bottom that all those who enter into it do thereby ipso facto deliver themselves up to the protection and service of another prince”.

<sup>13</sup> Tradução do autor; no original: “In Bayle’s arguments for toleration there is no privileging of particular forms of belief over other sorts of opinion and the Christian is not assumed to possess a prior moral superiority over others”.

<sup>14</sup> Tradução do autor; no original: “[...] primarily on freedom of thought and of the press rather than of belief”.

<sup>15</sup> Tradução do autor; no original: “There is then a wide distinction between religious and political parties which seems to place insuperable difficulties in the way of introducing political toleration”. É preciso esclarecer que o autor subsequentemente descreve como a tolerância política poderia ser possível; é importante notar apenas como sua ressalva introdutória indica que ele não explicava algo óbvio, mas sim debatido, quicá polêmico, em sua época.

2005). De qualquer maneira, o cenário se transformou de tal modo que a partir de pensadores como Locke, que falavam cautelosamente de tolerância religiosa a partir de uma perspectiva cristã com vistas a obter paz social, houve um deslocamento para outros, como Spinoza, que discutiam a liberdade de expressão e de imprensa com base em procedimentos racionais, tendo em vista os direitos do indivíduo frente ao Estado (ISRAEL, 2006, p. 158). Mas, se por um lado os argumentos fortaleciam-se na questão do sujeito e sua liberdade, a preocupação social seguia sendo como pano de fundo. Em 1770 foi publicada por Johann Friedrich Struensee a primeira lei que garantia absoluta liberdade de imprensa (RICO, 2014). Era em nome da busca pela verdade que o poeta inglês John Milton viria a escrever seu texto “Areopagítica”, clássico quanto à liberdade de imprensa. Milton escreveu em 1644, mas ele é em muitas medidas mero precursor daquele que viria a fazer uma defesa mais profunda da liberdade de expressão — John Stuart Mill. Este é o caso, principalmente, porque mesmo que Milton compartilhasse do viés progressista e positivo da proposta (liberdade de expressão não apenas como remédio para conflitos, mas como elemento salutar para todos os indivíduos) sua defesa não foi tão ampla quanto a de Mill, admitindo brechas bastante abrangentes e significativas (como “papismos” e “superstições”, que deveriam ser “extirpados” (MILTON, 2002).

Para Mill, a liberdade de expressão favorece o desenvolvimento da sociedade. O centro de seu argumento é o de que “nunca podemos saber se uma opinião que queremos silenciar é falsa, e se ela for falsa, ainda assim silenciá-la seria um mal” (MILL, 2010, p. 60).

Fosse uma opinião apenas um objeto pessoal, sem nenhum valor exceto para o seu proprietário, e se o impedimento de usufruto dela fosse apenas um dano privado, então poderia fazer alguma diferença se esse dano atingisse apenas algumas pessoas ou muitas. Mas o prejuízo característico de silenciar a expressão de uma opinião reside no fato de que isto é roubar a raça humana, tanto a posteridade quanto a geração atual, tanto aqueles que discordam da opinião quanto aqueles que a sustentam, e esses ainda mais que os primeiros. Pois, se a opinião está certa, eles são privados da oportunidade de trocar o erro pela verdade e, se ela está errada, eles perdem a percepção mais clara e vívida da verdade, produzida pela colisão desta com o erro, um benefício tão grande quanto o primeiro (MILL, 2010, p. 60).

Mill se filia a um “conjunto de doutrinas normativas que [...] afirma que a justificação moral de uma ação depende exclusivamente de sua utilidade, ou seja; do valor das consequências a ele conexas” (BOBBIO et al., 1993, p. 1275). Ainda assim, é frequentemente lembrado como um utilitarista diferente, cujo pensamento liberal



“despe-se de seu ranço conservador, defensor do voto censitário e da cidadania restrita, para incorporar em sua agenda todo um elenco de reformas que vão desde o voto universal até a emancipação da mulher” (BALBACHEVSKY, 2000, p. 195). Isso porque ele ainda vê valor na proposição básica de utilitaristas anteriores como James Mill (seu próprio pai) e Jeremy Bentham, para quem “o homem é um maximizador do prazer e um minimizador do sofrimento”, e cujo “bem-estar pode ser calculado” e elementos como “prazer, dor, felicidade e ventura são [...] tomados em um sentido quantitativo radical”, sendo até mesmo possível “chegar a um cálculo da felicidade da sociedade” (BALBACHEVSKY, 2000, p. 197). Mill (o filho), porém, “estabelece uma distinção fundamental”: o ser humano “é capaz de desenvolver suas capacidades”, sendo “parte de sua essência a necessidade desse desenvolvimento” (BALBACHEVSKY, 2000, p. 197). Dessa forma, ele vê “a utilidade como o tribunal final em todas as questões éticas, mas [...] em seu sentido mais amplo, firmada nos interesses do homem enquanto ser que progride” (MILL, 2010, p. 51).

Para ele, “a tirania da maioria é tão odiosa quanto a da minoria” (BALBACHEVSKY, 2000, p. 196), e é por defender a minoria enquanto tal que ele é capaz de defender tão ampla e fortemente uma radical liberdade de expressão – por isso e por sua visão diferenciada sobre a humanidade, que incide também sobre seu critério para um bom governo, definido como “o grau em que ele tende a aumentar a soma das boas qualidades dos governados, coletiva e individualmente” (BALBACHEVSKY, 2000, p. 197). A perfectibilidade humana é razão para a livre disseminação de ideias porque “o homem é capaz de retificar seus enganos através da discussão e da experiência”, e ele ressalta: “não apenas pela experiência”, já que “devem acontecer discussões para que se mostre como a experiência deve ser interpretada” (MILL, 2010, p. 64). Nesse sentido, a vantagem para o indivíduo acaba se conectando de forma quase indissociável à vantagem social: a proteção de seu direito (individual e minoritário) de expressão e das condições que estimulam sua perfectibilidade (e, por esse ângulo, do direito que o indivíduo e os grupos têm de *ouvir*, já que “silenciar a expressão [...] é roubar a raça humana”) vem do mesmo princípio que visa proteger o florescimento intelectual de uma sociedade como um todo, a curto, médio e longo prazo, *até mesmo* no mais homogêneo e harmônico dos cenários (em que, tendo-se chegado à certeza do que é certo e todos acreditam nisto, a liberdade de expressão seria virtualmente dispensável).

## **Abordagens contemporâneas**

A defesa de Mill em “Sobre a liberdade” aparece como aquela que firmou a teoria da liberdade de expressão sobre as bases mais sólidas, providenciando o referencial teórico mais rico e coerente. Seria talvez ousado afirmar que este é o conceito utilizado por todas as pessoas, ou mesmo pela maioria, quando se fala e pensa hoje sobre liberdade de expressão. No entanto, tanto quanto podemos fazer referência a uma *teoria* que dê suporte a isto que já está bem estabelecido em nossa cultura como um direito, é difícil pensar em algo que Mill não contemple.

Os elementos de uma teoria geral sobre a liberdade de expressão já foram delineados antes, quais sejam, de maneira bastante resumida, uma definição de expressão, um mapeamento de sua liberdade, e uma argumentação justificativa. Mill preenche estas qualificações – há uma suposição cultural, mesmo que prévia ao autor e assim majoritariamente implícita em sua obra, sobre o que é a expressão, uma defesa da em grande medida *falta* de limites para a expressão (embora eles ainda existam), e uma justificação teórica para essa topografia jurídica. Abordagens contemporâneas sobre a liberdade de expressão não modificaram profundamente o sentido que Mill deu ao conceito geral, mas movimentaram o conteúdo *desses elementos* de forma mais ou menos contida.

### **Definição de expressão, limites de proteção**

Discursos que pretendiam defender a tolerância ou a liberdade de expressão em geral o faziam pelo ângulo de temas grandiosos. Religião, culto, imprensa e governo eram exemplos de tópicos que estavam em jogo para Locke, Milton, Mill e os demais. O indivíduo, tendo sua opinião cerceada, sairia prejudicado em relação a temas de repercussão *pública*. A própria noção de um “mercado de ideias” (cuja expressão em si, neste formato, nenhum autor clássico empregou) é voltada para a busca coletiva pela verdade, ou pela decisão coletiva mais correta ou vantajosa a ser tomada. Nesse sentido, até que ponto coisas como canções, piadas, vestimentas com significados subjacentes, performances, etc, seriam entendidos como algo de valor expressivo, e portanto como algo que seria digno de ser protegido por *direitos* que protegem a expressão? Esse debate configura um “alargamento” da categoria “expressão”. Ao mesmo

tempo, uma segunda “atualização” contemporânea do conceito como visto em Mill gira em torno dos *limites* da expressão.

Enquanto Mill filosofa quanto a princípios e categorias, quem lida com o tema no cotidiano das comunidades políticas são os tribunais. Não é por acaso, portanto, que as principais discussões teóricas pós-Mill sobre o assunto se dão no campo do direito, e especialmente nos Estados Unidos, onde a “primeira emenda” é fraseada de forma tão geral que sua aplicabilidade *implora* por batalhas interpretativas. Em outras palavras, há uma percepção cultural de que as pessoas não só devem ser livres para dizer ou escrever o que pensam, mas também para ir às ruas usando esmaltes, cores de cabelo ou maquiagens pouco ortodoxas. A segunda passa por um debate legal sobre *quais* mensagens, escritos, dizeres – e esmaltes – devem ser protegidos.

Na teoria de Zechariah Chafee, “o interesse na liberdade de expressão é social, não individual”, já que ela é “instrumentalmente de valor para o público ao ajudar a expor todos os lados de um assunto e mover a sociedade em direção ao melhor deles”<sup>16</sup> (PRIMUS, 1998, p. 295). Sua tese quanto aos *limites* da liberdade de expressão é dupla; uma também presente em Stuart Mill, a saber, que há limites para a liberdade de expressão quando essa expressão representa um “perigo presente e claro”<sup>17</sup>, mas outra mais original: a de que coisas como obscenidade, profanidade e indecência não são valiosas o suficiente para merecerem a proteção do princípio constitucional da liberdade de expressão (CHAFEE, 1941, p. 150).

Já Alexander Meiklejohn faz uma diferenciação entre duas liberdades de expressão: uma é a “freedom of speech”, protegida pela primeira emenda da constituição dos Estados Unidos, e outra a “liberty of speech”, regulada pela quinta emenda<sup>18</sup>. Essa é sua crítica ao princípio de “perigo presente e claro”, que faria uma diferenciação entre discursos que serão tolerados e outros que não serão, mas não o faz com base nessa distinção legal (MEIKLEJOHN, 1948, p. 39). A primeira liberdade (“freedom”) deve receber *absoluta proteção*, porquanto seja essencial para o autogoverno democrático: uma

---

<sup>16</sup> Tradução do autor; no original: “Chafee explicitly argued that the free speech interest is social, not individual: free speech, he contended, is instrumentally valuable for the public because it helps to bring out all sides of an issue and to move society toward the best view”.

<sup>17</sup> Para mais informações sobre a teoria do “clear and present danger”, que estabelece um critério clássico na jurisprudência dos Estados Unidos para impor limites à expressão, ver Britannica (2015). Sobre as breves formulações de Mill quanto aos limites da liberdade de expressão, ver Mill (2010, p. 115-116).

<sup>18</sup> Como a língua portuguesa não possui duas traduções diferentes para cada palavra (que também são, a não ser que fique explícito o porquê, sinônimas na inglesa), usarei a distinção do texto original, com as expressões em inglês.

comunidade livre precisa estar bem informada sobre todos os aspectos de um problema. No entanto, “o essencial não é que todos falem, mas que tudo que valha a pena dizer seja dito”, de modo que a “freedom of speech” não é “a guardiã de um falatório desregulado” e “não requer que em toda ocasião cada cidadão faça parte do debate público”, bem como não pode “assegurar que todos tenham a oportunidade de fazê-lo” porque “o ponto de interesse em última instância não são as palavras dos falantes, mas as mentes dos ouvintes”<sup>19</sup> (MEIKLEJOHN, 1948, p. 25). A “liberty of speech”, por outro lado, não está ligada à questão da tomada de decisões relativas ao bem-estar público; ela se relaciona com decisões individuais, questões da pessoa voltada para si mesma (BOLLINGER, 1986, p. 148). Essa liberdade está sujeita a regulação e limitação por parte do governo, porque ela funciona da mesma forma que outros direitos individuais como o direito à vida e à propriedade, e sendo assim eles não estão isentos de regulação, mas sim de “regulação indevida” (MEIKLEJOHN, 1948, p. 38-39).

Com Thomas Emerson, a liberdade de expressão inclui o direito de formar e ter opiniões sobre qualquer assunto e comunicá-las a outros por qualquer meio. Inclui também o direito de ouvir a opinião dos outros, de fazer questionamentos, de ter acesso razoável a informação, e de se reunir e se associar (EMERSON, 1963). Particularmente notável é a elaboração do autor quanto aos valores que uma sociedade busca cultivar ao proteger a liberdade de expressão:

A manutenção de um sistema de livre expressão é necessária (1) porque assegura auto-realização [sic] individual, (2) porque é uma forma de chegar à verdade, (3) porque é um método para assegurar a participação dos membros de uma sociedade na tomada de decisões sociais, inclusive políticas, e (4) porque mantêm um equilíbrio entre estabilidade e mudança na sociedade.<sup>20</sup> (EMERSON, 1963, p. 878-879)

Aqui temos uma mudança significativa. O direito de ter opiniões sobre qualquer assunto, e comunicá-las, já indica um pequeno alargamento do que seria considerado expressão. Além disso, o que é um passo certamente importante para o estabelecimento

---

<sup>19</sup> Tradução do autor; no original: “[...] the point of ultimate interest is not the words of the speakers, but the minds of the hearers. [...] The First Amendment, then, is not the guardian of unregulated talkativeness. It does not require that, on every occasion, every citizen shall take part in public debate. Nor can it give assurance that everyone shall have the opportunity to do so. [...] What is essential is not that everyone shall speak, but that everything worth saying shall be said”.

<sup>20</sup> Tradução do autor; no original: “Maintenance of a system of free expression is necessary (1) as assuring individual self-fulfillment, (2) as a means of attaining the truth, (3) as a method of securing participation by the members of the .society in social, including political, decision-making, and (4) as maintaining the balance between stability and change in the society”.

de uma expansão *ainda maior*, a autorrealização individual é tida como um princípio que *a sociedade busca* (no que parece uma análise bastante descritiva, em oposição a *prescritiva*, de Emerson) no âmbito da liberdade de expressão: em breve, será possível entender que “atos” de caráter individual que visam a expressão (mesmo que sejam “ações” mais do que palavras) buscam a autorrealização, e portanto seriam passíveis de proteção.

Para Emerson não existe, em tese, *limite* à liberdade de expressão. Este é o caso porque o autor toma aquilo que constituía uma exceção para Mill e distingue-a completamente, submetendo-a à possibilidade de controle legal:

A ideia central de um sistema de liberdade de expressão é que uma linha precisa ser desenhada entre conduta que consiste em “expressão”, e conduta que consiste em “ação”. “Expressão” deve ser livremente permitida e encorajada. “Ação” pode ser controlada, sujeita a outras requisições constitucionais, mas não através do controle da expressão.<sup>21</sup> (EMERSON, 1970, p. 17-18)

Mas a distinção não encerra a discussão, pois não há consenso sobre os critérios usados para divisar esse tipo de fronteira. Segundo Emerson, discursos antidemocráticos e a queima da bandeira nacional seriam protegidos, mas não a obstrução física de ruas. A difamação seria comparada a uma agressão quando for extrema, mas em muitos casos ainda seria permitida. A obscenidade seria protegida, embora atos sexuais públicos seriam proibidos, mesmo como forma de protesto. Discursos que provocam a raiva também seriam protegidos porque a audiência tem a possibilidade, e o dever, de se conter. No entanto, insultos dirigidos face a face e que provocam uma briga são uma conduta, pois são partes de um ato violento, e nesse caso não estariam protegidos pela liberdade de expressão não porque seriam, como queria Chafee, de “pouco valor”, mas porque constituem uma ação, não mera expressão<sup>22</sup>.

Franklyn Haiman, que ganhou proeminência neste campo de estudos em 1981, é um defensor ainda mais duro de uma ampla liberdade de expressão. Ele não acredita que, numa sociedade livre, discursos que possam ser considerados nocivos devam ser punidos

---

<sup>21</sup> Tradução do autor; no original: “The central idea of a system of freedom of expression is that a fundamental distinction must be drawn between conduct which consists of ‘expression,’ and conduct which consists of ‘action.’ ‘Expression’ must be freely allowed and encouraged. ‘Action’ can be controlled, subject to other constitutional requirements, but not by controlling expression”.

<sup>22</sup> Tais discussões estão dispostas em vários trechos ao longo das obras do autor; para mais detalhes, ver Emerson (1970).

pela lei — a solução deve ser “mais expressão” (“more speech”), ou seja, o estímulo ao debate, com aqueles que se sentiram ofendidos se expressando de forma oposta ao discurso ofensor (HAIMAN, 1993, p. 34). Para Haiman, a não ser que o ouvinte esteja mentalmente incapaz ou seja de alguma forma coagido, alguém nunca pode ser responsabilizado pelas reações que causa em relação àquilo que diz. Isso é importante, pois Haiman admite sob a proteção da liberdade de expressão aquilo que Mill (e mesmo Emerson) foi incapaz de aceitar: não importa, como na analogia do utilitarista, que alguém inflame uma população enraivecida contra um comerciante de cereais em frente a sua casa, afirmando que tais comerciantes matam os pobres de fome: esse discurso deve ser tolerado. Haiman não admite a incitação à violência como exceção à liberdade de expressão. Ainda segundo o autor, o *mercado de ideias* deve ser amplamente defendido (HERBECK, 2011, p. 46), e o governo não deve usar seu poder para impor suas ideias dentro desse mercado – sendo bastante claro, enquanto servidor do povo que é, quando e por que alguma informação não deve ser disponibilizada ao público (HAIMAN, 1981, p. 441).

Edwin Baker é um jurista contemporâneo que discorda do foco sobre o “mercado de ideias” que Haiman advoga, principalmente quando se afirma que, para o governo, defender a liberdade de expressão *significa* defender tal mercado. Para Baker, a proteção que deveria ser oferecida à liberdade de expressão tem que se preocupar com a manutenção de uma arena de liberdade individual contra certas restrições. “O discurso ou outras condutas auto-expressivas é protegido não como um meio para a obtenção de um bem coletivo, mas por causa de seu valor para o indivíduo”, afirma Baker (1989, p. 5); esta teoria “justifica a proteção da expressão por causa da forma como a conduta protegida incentiva a auto-realização e auto-determinação [sic] individual”, não interferindo “impropriamente com as assertivas legítimas de outros”<sup>23</sup>.

“Práticas não-violentas e não-coercitivas” por parte dos indivíduos, mesmo que elas não “maximizem o bem-estar”, devem ser protegidas por aqueles que queiram de fato proteger o princípio legal da liberdade de expressão. Noções de expressão que enfocam o mercado de ideias podem, “às vezes”, segundo o autor, “justificar a proteção de ação

---

<sup>23</sup> Tradução do autor; no original: “Speech or other self-expressive conduct is protected not as a means to achieve a collective good but because of its value to the individual. The liberty theory justifies protection of expression because of the way the protected conduct fosters individuals’ self-realization and self-determination without improperly interfering with the legitimate claims of others”.

violenta ou coercitiva se essa ação for necessária para garantir uma comunicação efetiva”<sup>24</sup> (BAKER, 1989, p. 121).

Nesse sentido, ambos os autores (Haiman e Baker) recuperam uma dimensão “negativa” da liberdade de expressão à medida que não se preocupam em limitá-la por alguma lógica positiva (discursos de um tipo, com um formato ou contexto, que precisam ser ditos para que se entre na área da liberdade de expressão – como em Arendt ou Meiklejohn) ou republicana (limitações que visem preservar e cultivar as circunstâncias que possibilitam essa liberdade – discursos contra a liberdade de expressão seriam permitidos, por exemplo). Contudo, o ângulo dessa defesa muda de um para outro: Baker, tanto quanto Haiman, não aceita a intervenção sobre a liberdade de expressão, mas considera que se o objetivo for proteger o mercado de ideias, brechas legais podem ser encontradas a fim de coibir o direito individual, voltado para a autorrealização. Ademais, embora a questão dos limites (referente à segunda “atualização contemporânea” do conceito) seja similar, Baker vai além de Haiman ao acompanhar a transformação cultural que esquematizo como a primeira “atualização contemporânea”: adota o termo “práticas”, não “palavras” ou “discursos”. Entramos assim efetiva e sorrateiramente no território de uma expressão que inclui atos, para além de palavras. “A mudança de uma visão mais política para uma mais individualista da liberdade pode ser vista”, afirma Anastapio (2015), “na forma como as garantias constitucionais com respeito a fala e imprensa são tipicamente referenciadas nos Estados Unidos”, isto é, frequentemente como “liberdade de expressão” ao invés de “liberdade de fala e imprensa” (como está de fato escrito na constituição do país)<sup>25</sup>. Numa pesquisa transcultural sobre autoexpressão, por exemplo, a liberdade de expressão é tomada como algo que simboliza “uma gama de diferentes atos de auto-expressão [sic], como palavras escritas e faladas, escolhas, ações, e empreitadas artísticas”<sup>26</sup> (KIM; SHERMAN, 2007, p. 1). Uma definição de liberdade de expressão

---

<sup>24</sup> Tradução do autor; no original: “[This] theory protects nonviolent, noncoercive practices even if they are not welfare maximizing, but does not protect violent or coercive practices even if they are. [...] Finally, marketplace theory can sometimes justify protecting even violent or coercive action if this action is necessary for achieving effective communication”.

<sup>25</sup> Tradução do autor; no original: “The shift from the more political to the more individualistic view of liberty may be seen in how the constitutional guarantees with respect to speech and the press are typically spoken of in the United States. [...] What would once have been referred to as ‘freedom of speech and of the press’ (drawing upon the language of the First Amendment to the Constitution of the United States) is now often referred to as ‘freedom of expression’.”

<sup>26</sup> Tradução do autor; no original: “an array of different self-expressive acts, such as written and spoken words, choices, actions, and artistic endeavors [...]”.

mais limitada, que não falasse de autoexpressão (com ênfase na adição da partícula “auto”), de escolhas, de arte, seria *hoje* simplesmente insuficiente.

## Valores e política

Em “The tolerant society”, Lee Bollinger se diz insatisfeito “com as teorias e explicações atuais para o conceito moderno de liberdade de expressão”<sup>27</sup> (BOLLINGER, 1986, p. 3). Bollinger vê na ascensão da teoria de Meiklejohn nas decisões judiciais dos Estados Unidos um grande problema. O fim da Segunda Guerra Mundial e início do período conhecido como Guerra Fria, como anteriormente ressaltado, foram ambientes particularmente hostis à expressão de ideias discordantes em vários lugares do planeta. Meiklejohn, cuja principal obra foi lançada em 1948, não era insensível a esse contexto, e segundo Bollinger (1986, p. 145) o resultado foi que passou a existir, na teoria jurídica acerca da liberdade de expressão, menor foco no “valor da atividade discursiva como base para [sua] proteção” e um maior foco em “elementos potencialmente problemáticos na resposta pública a atos discursivos”<sup>28</sup>. Como resultado, houve uma tendência a “exagerar os malefícios do governo e a bondade das pessoas”, a “minimizar o valor” social que há “em impor punições à atividade discursiva, e de suavizar os riscos e perigos do discurso ao mesmo tempo em que seus benefícios são supervalorizados”<sup>29</sup> (BOLLINGER, 1986, p. 237).

Para Sunstein (1993), a liberdade de expressão deve servir a democracia ao garantir que “exista exposição pública a uma diversidade apropriada de visões” (SUNSTEIN, 1995, p. 21). A diferença entre sua visão e a de, por exemplo, Meiklejohn, é a de que para que o princípio realmente cumpra essa função subserviente à democracia, deve haver medidas *ativas* para equilibrar a questão. O autor deseja uma espécie de “New Deal” para a liberdade de expressão, semelhante ao que foi aplicado por Roosevelt sobre a realidade econômica dos Estados Unidos pós-Grande Depressão. Ele argumenta, a nível estratégico, que isso foi conquistado, a despeito da oposição, através da ideia de que “o

---

<sup>27</sup> Tradução do autor; no original: “The origins of this book lie in a dissatisfaction with the current explanations and theories for the modern concept of freedom of speech”.

<sup>28</sup> Tradução do autor; no original: “Modern theorists have been led to focus less on the worthiness of speech activity as a basis for protection and more on something potentially problematic in the public response to speech acts”.

<sup>29</sup> Tradução do autor; no original: “There is a distressing tendency in free speech thought and discourse to exaggerate the evils of government and the goodness of people, to minimize the value to society of the freedom to impose punishment on speech activity, and to understate the risks and harms of speech and to overstate its benefits”.



status quo econômico era o produto de leis e decisões políticas e não apenas escolhas individuais e livres no mercado”; assim, “ao enfatizar as fundações legais e políticas do status quo econômico, os ‘New Dealers’ *rejeitaram a identificação do status quo com a ideia de liberdade genuína*” e conseguiram contra-atacar a noção de que “novas formas de regulação necessariamente restringiriam a liberdade”<sup>30</sup> (SUNSTEIN, 1993, grifos meus).

Bollinger critica a forma como a justificção para a liberdade de expressão parece ter se tornado, para muitos, o próprio instrumento que a garante – criando um círculo vicioso que estimula interpretações dogmáticas do direito. No caso de um instrumento como o dos Estados Unidos (a primeira emenda à constituição), isto acaba engendrando interpretações extremamente permissivas, como as de Haiman e Baker, e consideradas por muitos como improdutivas ou nocivas a *outros* valores sociais, como a democracia. É numa defesa radical desse mesmo ângulo que Stanley Fish vai argumentar que a liberdade de expressão não existe.

Fish aponta que a liberdade de expressão nunca pode ser geral. John Milton, em “Areopagitica”, impõe a necessidade do controle de “superstições” e “papismos” apenas, mas a lista de proibições admitidas em potencial “vai preencher-se sozinha à medida que os discursos são postos à prova segundo o seguinte teste: este tipo de discurso, se permitido que seja difundido, tende a enfraquecer os propósitos para os quais esta sociedade é constituída?”. Os valores pelos quais a liberdade de expressão é vista como algo que vale a pena, como a “busca pela verdade e a promoção da virtude”, podem admitir a expressão de muitos discursos — mas não todos: em algum momento “a fidelidade aos valores originais [da sociedade] vai exigir atos de extirpação”<sup>31</sup> como aqueles de que Milton (e praticamente todo defensor clássico da liberdade de expressão) fala (FISH, 1994, p. 103).

---

<sup>30</sup> Tradução do autor; no original: “The economic status quo was a product of legal rules and political decisions and not simply free, individual market choices. Emphasizing the legal and political foundations of the economic status quo, the New Dealers rejected the identification of that status quo with genuine freedom and so dismissed the idea that new forms of regulation of the market would necessarily restrict liberty”.

<sup>31</sup> Tradução do autor; no original: “The list will fill itself out as utterances are put to the test implied by his formulation: would this form of speech or advocacy, if permitted to flourish, tend to undermine the very purposes for which our society is constituted? One cannot answer this question with respect to a particular utterance in advance of its emergence on the world’s stage; rather, one must wait and ask the question in the full context of its production and (possible) dissemination. [...] Those values, which include the search for truth and the promotion of virtue, are capacious enough to accommodate a diversity of views. But at some point — again impossible of advance specification — capaciousness will threaten to become shapelessness, and at that point fidelity to the original values will demand acts of extirpation”.

Limites à liberdade de expressão não são exceções; são uma *condição* para a *expressão como tal*. Nunca foi um paradoxo verdadeiro quando Locke propôs que apenas religiões tolerantes fossem toleradas: o valor de tolerância, quando defendido, presume uma oposição ao valor da intolerância, e é a partir dessa oposição que o valor pode se definir enquanto palavra e existir enquanto prática. A expressão (dizer algo) não é “um campo cuja integridade é às vezes comprometida por algumas restrições”, pois as próprias restrições constituem a expressão; sem nenhuma restrição, “não poderia haver nenhuma afirmação, tampouco razão para afirmar algo [...] – somos a favor *disso*, o que quer dizer que somos contra *aquilo*”<sup>32</sup> (FISH, 1994, p. 104-105, grifos no original).

Fish comenta que a distinção entre expressão e ação é uma necessidade jurídica, mas que ainda assim há uma zona cinza de interseção. A ação é geralmente entendida como “expressão com consequências” – “quando os juízes invalidam alguma lei porque ela infringe alguma liberdade de expressão”, deduz Fish (1994, p. 106), “não é porque a expressão protegida não tem consequências, mas porque as consequências foram desconsideradas em relação a um bem que foi julgado como mais importante<sup>33</sup>. Se os juízes considerassem as consequências como importantes, a expressão seria tida como “ação”. Mas, se as consequências não são importantes, a expressão é vista apenas como tal e é protegida.

Seria a promessa intelectual de que a liberdade de expressão deve ser um valor primário, que sempre vencerá qualquer comparação de valores, suficiente para acabar com a dúvida e firmar os pilares para uma defesa sólida da liberdade *geral e irrestrita* de expressão? Para Fish (1994, p. 106-107, grifos meus), não: a expressão só poderia ser um valor com essas características se *o que* fosse dito não importasse; se o conteúdo não importasse e as pessoas só gostassem de ouvir as outras falarem – “a expressão livre só poderia ser um valor primário se o que se valoriza é o direito de fazer barulho com a boca”, porque “se você está engajado em alguma *atividade que contém um propósito*”, vai chegar a algum ponto em que terá que “decidir que algumas formas de expressão [...]

---

<sup>32</sup>Tradução do autor; no original: “I do not mean that expression (saying something) is a realm whose integrity is sometimes compromised by certain restrictions but that restriction, in the form of an underlying articulation of the world that necessarily (if silently) negates alternatively possible articulations, is constitutive of expression. Without restriction, without an inbuilt sense of what it would be meaningless to say or wrong to say, there could be no assertion and no reason for asserting it. The exception to unregulated expression is not a negative restriction but a positive hollowing out of value — we are for this, which means we are against that”.

<sup>33</sup> Tradução do autor; no original: “[...] when a court invalidates legislation because it infringes on protected speech, it is not because the speech in question is without consequences but because the consequences have been discounted in relation to a good that is judged to outweigh them”.

*colocam esse propósito em perigo*”<sup>34</sup>. A proposta de Haiman, que advoga que a solução para o discurso de ódio não é a punição legal e sim “mais discurso”, também é atacada: os efeitos de um discurso nocivo não são cancelados com discurso adicional e oposto; responder a uma expressão que humilha não necessariamente vai melhorar a situação do humilhado (FISH, 1994, p. 109). Na raiz disso está o fato de que a “expressão é mais do que uma questão de proferir e receber proposições”; as palavras “têm um efeito no mundo que não pode ser confinado ao campo puramente cognitivo como ‘meras’ ideias”<sup>35</sup>.

A liberdade que Mill defende tem benefícios para os seres humanos enquanto seres perfectíveis; tem utilidades gerais que são no mínimo tão importantes quanto o aspecto “busca pela verdade” desse modelo. O mesmo poderia ser dito de Meiklejohn, Haiman, Emerson, Baker: a liberdade de expressão merece ser defendida na forma de um princípio geral que protege algo maior e mais importante que suas consequências a curto prazo. Para Fish (1994, p. 110), em conjunção com a ideia de que as palavras não são nocivas, esta teoria forma uma dupla de *estratégias* que têm por objetivo culpar as vítimas de discursos de ódio: a primeira estratégia é definir o discurso como algo sem consequências. A segunda, definir a liberdade de expressão de tal modo que nos sentimos compelidos a suportar qualquer dor e qualquer ofensa que ela possa causar em nome de um nobre conceito a ser plenamente realizado num futuro sem data marcada. A recepção estoica de discursos que poderíamos de outra forma considerar “intoleráveis” também é percebida por Bollinger (1986, p. 246): “em algum momento a tolerância parece se misturar com um conceito que conhecemos pelo nome de obediência”. O autor faz conexões surpreendentes que visam construir pontes entre o respeito irresoluto à liberdade de expressão e a subserviência: “de certa forma, o soldado é o mais tolerante dos indivíduos”<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup>Tradução do autor; no original: “[...] freedom of expression would only be a primary value if it didn’t matter what was said, didn’t matter in the sense that no one gave a damn but just liked to hear talk. [...] It may seem paradoxical, but free expression could only be a primary value if what you are valuing is the right to make noise; but if you are engaged in some purposive activity in the course of which speech happens to be produced, sooner or later you will come to a point when you decide that some forms of speech do not further but endanger that purpose”.

<sup>35</sup>Tradução do autor; no original: “[...] expression is more than a matter of proffering and receiving propositions [and] words do work in the world of a kind that cannot be confined to a purely cognitive realm of ‘mere’ ideias.”

<sup>36</sup>Tradução do autor; no original: “At some point, tolerance seems to blend into what we think of as obedience. In a way, the soldier is the most tolerant of individuals”.

Para Fish, todas<sup>37</sup> as discussões preocupadas em estabelecer *com certeza o princípio* da liberdade de expressão (e isso significa, sempre, mapear seus limites) pecam por não admitirem que são, sempre, julgamentos de valor: pareceres sobre o que acreditam que *deve* ser mais valorizado, e que usam de estratégias discursivas para esconder que se tratam de *projetos políticos*. Essa ocultação se dá na forma da construção de um artifício pretensamente atemporal, que estaria longe da “impureza” da política, e seria portanto ferramenta livre de polêmicas e contradições, capaz de ser usada para decidir o que deve ser feito em cada caso relativo à expressão. As pessoas “se apegam” à ideia de liberdade de expressão geral e irrestrita porque “elas não querem encarar o que corretamente entendem que seja a alternativa”, que é a política; agiriam como soldados, que preferem obedecer a um princípio rígido que demanda total tolerância a conviver com a realização de que não há uma regra clara a seguir. “A mente obediente não pensa por si mesma”, expande Bollinger (1986, p. 246-247); “ela pode ter crenças, que podem ser inconsistentes com as ordens recebidas de cima, mas essas crenças devem ser fortemente reprimidas. O indivíduo deve ser instruído a desconsiderar, até mesmo desrespeitar, sua própria mente.”<sup>38</sup>. Para Fish, contudo, isso não implica em prescindir de algo como uma garantia constitucional que defenda a livre expressão, porque embora a lei não seja capaz de “desempenhar a função que é esperada dela” (isto é, “a eliminação de considerações políticas sobre o discurso”), ela “torna lentos” os resultados de uma área em que o medo de julgamentos precipitados é “justificada por um longo histórico de abusos de poder”. Se é verdade que até mesmo uma “restrição mínima do direito à expressão muito facilmente leva a restrições cada vez maiores”, existe “conforto” na ideia de que há um procedimento que requer que muito “trabalho argumentativo” seja feito até que uma regulação sobre o discurso seja aprovada<sup>39</sup> (FISH, 1994, p. 113-114).

---

<sup>37</sup> Com a possível exceção de Sunstein, contemporâneo de Fish, que ao que tudo indica admite alguns de seus pressupostos e os inclui em sua análise

<sup>38</sup> Tradução do autor; no original: “The obedient mind does not think for itself. It may have beliefs, which may be inconsistent with the orders received from above, but those beliefs must be thoroughly suppressed. The individual must be instructed to disregard, even disrespect, his or her own mind”.

<sup>39</sup> Tradução do autor; no original: “[...] even if the standard First Amendment formulas do not and could not perform the function expected of them (the elimination of political considerations in decisions about speech), they still serve a function that is not at all negligible; they slow down outcomes in an area in which the fear of overhasty outcomes is justified by a long record of abuses of power. It is often said that history shows (itself a formula.) that even minimal restriction on the right of expression too easily leads to ever-large restrictions; and to the extent that this is an empirical fact (and it is a question one could debate), there is some comfort and protection to be found in a procedure that requires you to [...] do a lot of argumentative work — before a speech regulation will be allowed to stand”.

Critica-se, assim, um conceito cujo elemento de “justificativa” tornou-se autorreferente ou idealizado, longe da elaborada construção humanitária de Mill: como na lei está escrito que a liberdade de expressão não pode ter limites, então se exige que ele não o tenha na prática (uma inversão da lógica de perspectiva histórica de que, *por causa de algumas boas razões*, a ampla liberdade de expressão deveria ser protegida e *por isso* tornou-se lei). As consequências disso são que, por um lado, o conceito deixa de fazer sentido (como em Sunstein, para quem *limites* são propostos justamente para *preservar* a liberdade de forma geral e a democracia) e, por outro, torna-se arma em jogos políticos.

Há outras razões, não aventadas por Fish, para que haja uma garantia legal e abrangente à liberdade de expressão. Pode ser “útil”, argumenta Bollinger (1986, p. 154), “saber o que todos estão pensando dentro de uma sociedade, especialmente os segmentos que são mais propensos a agir de forma destrutiva”<sup>40</sup>. De qualquer forma, a atualização aqui é em termos de justificativa: pós-moderno, o autor enseja que se reconheça nos valores e nas plataformas políticas, contextuais e locais, a justificativa para o desenho dos limites que separam o tolerável do intolerável em termos de expressão<sup>41</sup>.

### **Considerações finais**

Fish apontou para o fato de que o problema não é a *regra* em si, mas o seu absolutismo: um conceito de liberdade de expressão acima de qualquer suspeita parece existir somente como acobertamento da natureza política das discussões que o moldam. Quem cita a defesa da liberdade de expressão como razão para defender um ou outro “personagem” dos debates citados no início do artigo (Gentili, Sheherazade, Chauí) certamente, de outra forma, refere-se à ideia básica encontrada em Mill. Mas algumas variações importantes ajudam a embasar argumentos contextuais específicos – *atualizações* que são postas em marcha sempre que for preciso, enquanto ato político, para proteger o discurso que se deseja ver difundido. Ou, no caso de quem *ataca* tais personagens, relativiza-se o conceito de forma semelhante.

---

<sup>40</sup> Tradução do autor; no original: “It might be thought useful to know what everyone is thinking within the society, especially those segments that are most likely to act destructively”.

<sup>41</sup> Convém lembrar que Hannah Arendt chegou a conclusão similar ao se apropriar de Kant e sua ideia de julgamento estético para dizer que “o que se deve fazer, o que é correto e o que não é, não é mais determinado” por conceitos a priori, “aos quais se subsumiria os eventos a serem julgados”; cada caso (“o particular”) deve ser “abordado sem pressupor um universal dado e imutável, o que conduz ao caráter retrospectivo e não prescritivo da atividade do julgar” (TORRES, 2012, p. 48).

Isso não implica um cinismo generalizado; opiniões progressas sobre liberdade de expressão podem provocar uma expectativa de coerência interna, *forçando* alguém a manter posições desconfortáveis para si mesmo. Também podem fazer com que pessoas de opiniões radicalmente diferentes defendam-se (como na frase de Voltaire que não foi escrita por Voltaire). O que se quer reconhecer aqui, na verdade, é uma relação mais recíproca e *flexível* entre valores, ideias, interesses, conceitos e práticas.

Por outro lado, o que isso *implica* é o reconhecimento da natureza política, até *metapolítica*, de todo discurso. Embora autores de uma vertente mais normativa da teoria política possam voltar a esse tema com pretensões determinantes, esta recuperação história do debate ao menos procura mostrar como o próprio conceito surge de propósitos políticos – e não é novidade que intelectuais ingressam “num contexto polêmico para definir a superioridade de determinadas concepções, [...] buscando a realização prática de suas idéias [sic]” (JASMIN, 2005, p. 28) – e como nunca sai deste âmbito, sempre alimentado por diferentes valores, prioridades e comunidades. Este conceito que nós temos<sup>42</sup> (este conceito “ampliado” a partir de Mill) é um ponto de partida, auxiliando a abordagem, acadêmica ou não, do problema. Mas ele não o resolve em definitivo, e na prática é constantemente “atualizado” pelo debate público sobre o que ele é. Observar, analisar e refletir sobre esse processo é uma tarefa fascinante no âmbito da teoria política.

---

<sup>42</sup> Em complementaridade à vertente normativa de estudos, investigações empíricas podem buscar entender melhor quem compõe este “nós” que “temos” este conceito, qual conceitos outros grupos têm e quão bem realmente o “temos”.

## Referências

- ANASTAPIO, G. *Censorship*. 2015.  
<<http://global.britannica.com/EBchecked/topic/101977/censorship/58991/Freedom-of-expression>>. Acesso em: 11 de maio de 2015.
- BAKER, C. E. *Human liberty and freedom of speech*. New York: Oxford University Press, 1989.
- BALBACHEVSKY, E. “Stuart Mill: liberdade e representação”, em WEFFORT, F. (Org). *Os clássicos da política: Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx*. São Paulo: Ática, 2000.
- BERLIN, I. “Two concepts of liberty”, em \_\_\_\_\_. *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty*. New York: Oxford University Press, 2002. (Oxford scholarship online). Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=e3efQgAACAAJ>>. Acesso em: 11 de maio de 2015.
- BOBBIO, N. et al. *Dicionário de política*. Brasília: Ed. Univ. de Brasília, 1993.
- BOLLER JR., P. F.; GEORGE, J. *They never said it: A book of fake quotes, misquotes, and misleading attributions*. Oxford: Oxford University Press, 1989.
- BOLLINGER, L. C. *The tolerant society*. New York: Oxford University Press, 1986.
- BRASIL. *Constituição política do império do Brazil (De 25 de março de 1824)*. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 21 de maio de 2015.
- BRITANNICA, E. *Schenck v. United States*. 2015. Disponível em: <<http://global.britannica.com/EBchecked/topic/1508863/Schenck-v-United-States>>. Acesso em: 11 de maio de 2015.
- CHAFEE, Z. *Free Speech in the United States*. Harvard: Harvard University Press, 1941.
- CLASTRES, P. *A Sociedade Contra o Estado*. São Paulo: Cosac Naify, 2012.
- DHnet Direitos Humanos. *Carta de Direitos dos Estados Unidos da América*. 1995. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/carta\\_direitos\\_eua\\_1789.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/carta_direitos_eua_1789.html)>. Acesso em: 12 de maio de 2015.
- DHnet Direitos Humanos. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: Votada definitivamente em 2 de outubro de 1789*. 1995. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm>>. Acesso em: 10 de maio de 2015.

DHnet Direitos Humanos. *Declaração Universal dos Direitos Humanos: Versão na Íntegra*. 1995. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2015.

EMERSON, T. I. *Toward a General Theory of the First Amendment*. Faculty Scholarship Series, 1963. Paper 2796. [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2796](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2796). Acesso em: 10 de maio de 2015.

EMERSON, T. I. *The System of Freedom of Expression*. Random House, Incorporated, 1970.

FISH, S. “There’s no such thing as free speech, and it’s a good thing, too”, em \_\_\_\_\_. *There’s no such thing as free speech*. cap. 8 Oxford: Oxford University Press, 1994..

GRIMKE, F. *The Nature and Tendency of Free Institutions*. 2005. Disponível em: <http://www.uark.edu/depts/comminfo/cambridge/fgrimke.html>. Acesso em: 10 de maio de 2015.

HAIMAN, F. S. *Speech and Law in a Free Society*. Chicago: University of Chicago Press, 1981.

HAIMAN, F. S. *“Speech Acts” and the First Amendment*. Carbondale: Southern Illinois University Press, 1993.

HERBECK, D. A. “Speech and law in a free society: Franklyn haiman and the “boisterous sea of liberty””. *Communication Law Review*, v. 11, 2011. Disponível em: [http://commlawreview.org/Archives/CLVv11i2/Herbeck\\_Haiman.pdf](http://commlawreview.org/Archives/CLVv11i2/Herbeck_Haiman.pdf). Acesso em: 11 de maio de 2015.

ISRAEL, J. I. *Enlightenment Contested: Philosophy, modernity, and the emancipation of man 1670–1752*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

JASMIN, M. G. “História dos conceitos e teoria política e social: referências preliminares”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 20, n. 57, p. 27–38, fevereiro 2005.

KIM, H. S.; SHERMAN, D. K. ““express yourself”: Culture and the effect of self-expression on choice.” *Journal of personality and social psychology*, n. 92, p. 1–11, Janeiro, 2007.

LEWIS, P. F. *The Red Scare*. 2015. Disponível em: <http://global.britannica.com/EBchecked/topic/616563/United-States/77889/The-Red-Scare#ref613189>. Acesso em: 8 de maio de 2015.

LOCKE, J. *A Letter Concerning Toleration*. 1998. Disponível em: <http://www.constitution.org/jl/tolerati.htm>. Acesso em: 8 de maio de 2015.



MEIKLEJOHN, A. *Free speech and its relation to self-government*. Harper, 1948. Disponibilizado na íntegra para consulta digital pela University of Wisconsin. Disponível em: <http://digital.library.wisc.edu/1711.dl/UW.MeikFreeSp>>. Acesso em: 11 de maio de 2015.

MILL, J. S. *Sobre a Liberdade*. São Paulo: Hedra, 2010.

MILTON, J. *Areopagitica*. 2002. Disponível em: [https://www.dartmouth.edu/~milton/reading\\_room/areopagitica/text.shtml](https://www.dartmouth.edu/~milton/reading_room/areopagitica/text.shtml)>. Acesso em: 10 de maio de 2015.

PETTIT, P. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

PRIMUS, R. A. “Canon, anti-canon, and judicial dissent”. *Duke Law Journal*, v. 48, p. 243–303, 1998. Disponível em: <http://tinyurl.com/jhcdkn3>>. Acesso em: 11 de maio de 2015.

RICO, V. *Johann Friedrich Struensee*. 2014. Texto do documento original, disponibilizado pelo Rigsarkiver (Arquivo Nacional Dinamarquês), exibido e traduzido nesta página. Disponível em: <http://blogs.bu.edu/guidedhistory/moderneurope/vincenza-rico/>>. Acesso em: 8 de maio de 2015.

SALIBA II, J. C. M. Direito ao esquecimento: Brasil e europa. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 20, n. 4223, janeiro 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/31705>>. Acesso em: 8 de maio de 2015.

SILVA, P. R. da. *Liberdade de expressão: Conceito, valorização e participação política*. Trabalho de conclusão de curso em Ciências Sociais. Florianópolis: UFSC, 2015.

SKINNER, Q. “A Third Concept of Liberty”, em *Proceedings of the British Academy* 117. [S.l.: s.n.], 2002. p. 237–268.

\_\_\_\_\_. *Liberty Before Liberalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

SUNSTEIN, C. R. “Is free speech the enemy of democracy?” *Boston Review*, março/abril 1993. Disponível em: <http://new.bostonreview.net/BR18.2/sunstein.html>>. Acesso em: 11 de maio de 2015.

SUNSTEIN, C. R. *Democracy and the Problem of Free Speech*. [S.l.]: Free Press, 1995.

TORRES, A. P. R. “Pensando a liberdade de “expressão” com Hannah Arendt”. *Prometeus*, n. 10, p. 39–54, 2012.

VOLTAIRE. *Treatise on Tolerance*. 2002. Disponível em: <http://www.constitution.org/volt/tolerance.htm>>. Acesso em: 8 de maio de 2015.

ZILIO, L. B. *O agonismo no pensamento político de Hannah Arendt*. Dissertação de mestrado. Florianópolis: UFSC, 2014.

-----  
Recebido em 16-08-2016;  
Revisado em 27-07-2018;  
Publicação em 15-12-2018.