

Regulação é Censura? Igual Liberdade de Expressão e Democracia na Constituição de 1988*

Eduardo Lasmar Prado Lopes¹ 

¹Doutorando em Ciência Política pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP-UERJ).

E-mail: eduardo-lasmar@outlook.com

INTRODUÇÃO

Nas democracias liberais contemporâneas, não será tarefa fácil ver a defesa institucional da censura à liberdade de expressão. A Constituição de 1988 (CF), por exemplo, que nasce da transição da ditadura militar para o regime democrático, expressa e reiteradamente banuiu essa restrição ilegítima do ordenamento jurídico brasileiro.¹ Embora não haja um órgão administrativo responsável por avaliar o conteúdo de obras literárias, músicas e espetáculos artísticos, a censura ganha, no cenário atual, novas formas. Ainda hoje é comum ver decisões judiciais que determinam a retirada de livros das prateleiras das lojas; pedidos milionários de indenizações pleiteados por agentes públicos em virtude de críticas sofridas no debate público; a retirada de recursos de projetos culturais relacionados a uma determinada forma de ver o mundo; ameaças e mortes de jornalistas.

Além disso, em relação aos meios de comunicação de massa, grandes conglomerados pertencentes a um número reduzido de famílias são responsáveis por comandar as emissoras de rádio e de televisão e os jornais impressos. Na era da internet, poucas empresas controlam as

*Gostaria de agradecer os comentários e as sugestões dos dois pareceristas anônimos da revista *DADOS*, que ajudaram bastante no aperfeiçoamento deste trabalho. Busquei respondê-los da melhor forma possível. Ressalto, contudo, que eventuais equívocos são de minha inteira responsabilidade. No mais, o presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

redes sociais, como o Facebook, o Twitter e o Instagram, que permitem uma comunicação praticamente instantânea em escala global: com regras pouco transparentes e sem (ou quase sem) nenhum controle estatal, analisam discursos e, eventualmente, “os removem do mundo”. Dessa forma, além de existir uma baixa valorização da liberdade de expressão na sociedade e nas instituições, a concentração econômica desfavorece o pluralismo de ideias. Nesse cenário de recursos escassos, não é difícil ver que as liberdades comunicativas são distribuídas de forma desigual entre os cidadãos.

Sem embargo, é comum que uma regulação dessa liberdade seja chamada pelos detentores dos meios de comunicação de censura. Não só na arena política nacional, mas também no debate acadêmico brasileiro e comparado, autores como Dworkin (1996) e Post (1995) desconfiam da função instrumental exercida pela intervenção estatal para a promoção de pluralismo. Por conferirem primazia à liberdade de manifestação do emissor, essa corrente é conhecida como *libertária*. Outros intérpretes da liberdade de expressão, como Sunstein (1993) e Fiss (2005), defendem a sua utilização como instrumento da soberania popular. Veem o Estado como um ator importante na promoção da diversidade de pontos de vista no debate público. Assim como o mercado econômico, o de ideais também possui falhas, levando em conta o desequilíbrio de informações. A regulação se fundamenta justamente na necessidade de que os receptores possam ter contato com o maior número de dados e de pontos de vista, a fim de promover o autogoverno coletivo. Os partidários dessa ótica são conhecidos como defensores de uma concepção *democrática* ou *coletivista* da liberdade de expressão.²

O objetivo deste artigo é demonstrar que a regulação dos meios de comunicação não configura censura, mas, pelo contrário, contribui para a distribuição igual da liberdade de expressão entre os cidadãos, o que revela sua importância para a justiça e para a democracia.

O esforço teórico do texto é refletir sobre se a liberdade de expressão é importante para a democracia e, se o é, quais seriam as consequências para a construção institucional – regulação ou livre mercado – em torno das liberdades comunicativas nas democracias. Isso será feito dentro de uma perspectiva filosófica democrata, liberal e igualitária, rawlsiana e habermasiana. Democrata porque enraizada na concepção de cultura política pública e de filosofia política de que a democracia

é a forma de governo que melhor expressa a igualdade humana fundamental e, portanto, a cidadania igual. Igualitária porque fundada, normativamente, no axioma teórico segundo o qual todas as pessoas, kantianamente, são portadoras de igual dignidade e liberdade. Liberal porque baseada em uma concepção teórico-normativa para a qual, dados os limites da capacidade do juízo, em contextos de liberdade, as pessoas e os grupos chegarão a diferentes ideias sobre o dever ser, atribuindo expressão a amplos pluralismos morais. Para o liberalismo, esse pluralismo advindo dos limites da capacidade do juízo deve ser livre, tendo em vista a prioridade liberal das liberdades – que, no caso do liberalismo igualitário, devem ser equitativas. A questão e o caminho deste artigo não são responder a críticas às teorias deliberativas e liberais igualitárias, mas construir um entendimento liberal igualitário da regulação da liberdade de expressão em uma concepção deliberativa de democracia e que seja compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, sustentarei que a promoção de iguais liberdades pode resultar em um ganho em termos liberais e democráticos. Buscarei demonstrar que, por promover a divisão equitativa das liberdades e por contribuir para a democracia, a regulação é necessária. Com isso, procuro afastar dois argumentos que vêm sendo utilizados contra a regulação: o de que ela seria antidemocrática e antiliberal ao resultar em censura, sendo, portanto, inconstitucional.

Na primeira parte, analisarei o papel das liberdades comunicativas na democracia deliberativa, relacionando o conteúdo filosófico dessa teoria com a liberdade de expressão. Em outras palavras, buscarei expor as razões pelas quais a liberdade de expressão é importante nas democracias deliberativas e qual é o seu lugar nessa teoria.

Na segunda parte, essas mesmas premissas serão examinadas à luz do liberalismo igualitário. Tentarei demonstrar que a regulação dos meios de comunicação pode ser uma aliada na distribuição equitativa de iguais liberdades.

Por fim, na terceira parte, analisarei se a regulação dos meios de comunicação pode ser considerada censura. Delimitarei o conceito de censura e procurarei identificar se as premissas filosóficas do liberalismo igualitário e da democracia deliberativa são compatíveis com o modelo de liberdade de expressão delineado pela Constituição de 1988. Após,

examinarei o papel que a regulação pode desempenhar para a promoção desses dois vetores à luz da Constituição e tentarei demonstrar se, afinal, ela configura ou não censura.

REGULAÇÃO, IGUALDADE E DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Não há como se duvidar da importância da liberdade de expressão³ para as democracias contemporâneas. Afinal, tal direito fundamental possui tanto uma dimensão de valor intrínseco quanto um caráter instrumental. O aspecto instrumental da liberdade de expressão pode ser ligado à democracia deliberativa, enquanto a perspectiva substantiva de valor intrínseco pode ser relacionada ao liberalismo. Em ambos, a igualdade desempenha um papel central. Neste tópico, tratarei apenas do primeiro.⁴

A dimensão instrumental da liberdade de expressão se manifesta por meio da busca pela garantia de um espaço livre e amplo de circulação de ideias, com o objetivo de aquecer o debate público com diferentes argumentos e pontos de vista. O pluralismo de ideias, além de possibilitar a realização de escolhas pessoais, reflete-se no debate e garante a diversidade de opiniões, de modo a possibilitar que cada pessoa possa se informar e, no auge de sua autonomia individual, adotar as posições políticas, filosóficas e pessoais que julgue ser as melhores para a sociedade (Habermas, 2012: 159-160).

A instrumentalidade da liberdade de expressão se liga à teoria da democracia deliberativa, porque (como o próprio nome faz supor) estimula a deliberação, ao assegurar a igual participação política dos cidadãos no debate público. Para isso, Habermas (2012: 154-162) constrói um sistema em que a autonomia pública e a autonomia privada complementam-se e relacionam-se sinergicamente, sendo concebidas como “cooriginárias”. Essa relação entre as autonomias leva o autor a sustentar que os cidadãos devem ser coautores e destinatários das leis. Desse modo, deve ser garantida a todos a participação livre e igual no debate público: é da concepção da democracia deliberativa o embate entre os argumentos de cada ponto de vista no espaço público e nos fóruns oficiais, que racionaliza e legitima o processo democrático. Os diversos participantes devem poder expor seus pontos de vista e criticar os argumentos oferecidos com liberdade e igualdade. Para que

haja essa troca de razões, são necessárias as garantias do Estado de direito. A liberdade e a igualdade são pressupostas para um diálogo verdadeiro, conferindo à deliberação legitimidade e racionalização.

Para que essa deliberação seja assegurada de forma livre e igual, Habermas (2012: 159-160) enumera um rol de direitos fundamentais que deveriam ser conferidos aos cidadãos como pressuposto para a participação no processo democrático. São eles:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação [...];
- (2) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro da associação de parceiros do direito;
- (3) direitos fundamentais que resultam imediatamente da postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual [...];
- (4) direitos fundamentais à participação, em igualdade de condições, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo [...];
- (5) direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4).

Portanto, o princípio do discurso de Habermas (2012: 160), kantianamente, atribui aos indivíduos um direito à maior medida possível de iguais liberdades de ação subjetiva para que exerçam sua autonomia privada, sendo justas as regulamentações que venham a compatibilizar o gozo dos direitos de cada um com os iguais direitos de todos. Contudo, a co-originalidade e a interdependência entre autonomia privada e pública demandam que os sujeitos de direitos, para serem autônomos, se entendam e ajam como autores dos direitos aos quais desejam se submeter como destinatários (Habermas, 2012: 160-162). Para que possam ser considerados também coautores das leis, devem ser garantidas as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legíti-

timo. Dessa forma, os direitos fundamentais legítimos seriam aqueles que servem à participação nos processos de formação de opinião e da vontade do legislador. Iguais direitos políticos dependem de uma juridificação simétrica da liberdade comunicativa de todos os membros da sociedade (Habermas, 2012: 163-164).

Para possibilitar a existência desse sistema, o desenho das instituições deve garantir (Habermas, 2008: 10): (i) a igual proteção dos membros individuais da sociedade civil por meio do direito e de um sistema de liberdades básicas que seja compatível com as mesmas liberdades concedidas a todos; (ii) o igual acesso a cortes independentes⁵ e separação de poderes entre o Legislativo, o Judiciário e o Executivo; (iii) a participação política da maior quantidade possível de cidadãos interessados, assegurando direitos iguais de comunicação e participação; (iv) eleições periódicas (e referendos) com base no sufrágio inclusivo; (v) a competição entre diferentes partidos, plataformas e programas e a aplicação do princípio da maioria no processo político decisório em instâncias representativas; (vi) uma contribuição apropriada de uma esfera pública política para a formação de opiniões públicas cuidadosamente consideradas por meio de uma separação entre o Estado (baseado em taxas) e a sociedade (baseada no mercado); (vii) direitos de comunicação e associação; (viii) uma regulação da estrutura de poder da esfera pública, assegurando a diversidade de meios de comunicação de massa independentes, assim como um amplo acesso de grandes audiências, de forma inclusiva, à esfera pública.

A igualdade na teoria democrática deliberativa habermasiana possui uma dupla função: sob o aspecto kantiano da autonomia privada, deve ser garantida aos cidadãos uma distribuição equitativa de liberdades individuais, visto que estão incluídas como um dos pressupostos para que os indivíduos possam ser participantes do debate público. Nesse sentido, é fundamental que se garanta uma igual repartição de liberdade de expressão entre os cidadãos, de modo que não haja embaraços ao seu exercício pelo Estado (dimensão negativa de abstenção estatal) e que seja assegurada a possibilidade efetiva de gozo dessa liberdade,⁶ inclusive, com a implementação das condições materiais necessárias para tal.

Por outro lado, a igualdade permite o amplo acesso dos cidadãos ao debate público. Nesse cenário, a garantia da liberdade de expressão promove a maior circulação dos argumentos racionais e a troca de informações, o que favorece a possibilidade de obtenção de consenso

a partir do convencimento racional do outro. A igual liberdade de expressão oportuniza a participação com igualdade de acesso às discussões e às informações disponíveis – liberdade de informação, que se divide em direito de informar, de ser informado e de se informar –, qualificando os argumentos lançados no debate. Ao fim do processo, os cidadãos podem se ver como coautores da norma, que espelha o consenso em relação ao melhor argumento utilizado na persuasão racional dos demais.

Nesse cenário, a liberdade de expressão passa a ser não só instrumental, mas, ao mesmo tempo, constitui a própria ideia de democracia deliberativa: a liberdade de expressão é constitutiva da deliberação, pois sem essa liberdade não é possível a participação no debate. A participação na deliberação é essencial para concretizar a própria ideia de democracia, porque as normas decorrentes desse processo discursivo resultam da participação de todos, da troca de argumentos, da persuasão e do consenso, de modo que as normas resultantes são autoimpostas. Por sua vez, a democracia é constituinte da igual liberdade, visto que os cidadãos livres e iguais deliberaram e, assim, decidem os rumos do autogoverno coletivo. Ao fim, o exercício das autonomias pública e privada deriva da própria ideia de democracia, porque cidadãos livres e iguais elaboram as normas que regerão a vida em sociedade e impõem a si mesmos restrições e regulamentações obtidas a partir de um consenso, que resulta da prevalência do melhor argumento no debate público.

Não restam dúvidas de que a democracia deliberativa segundo Habermas (2008; 2012) e Gutmann e Thompson (2004) exige a igualdade: para que possam ser coautores e destinatários das normas, os indivíduos devem possuir iguais liberdades, participando, assim, equitativamente das deliberações e da elaboração das leis, o que remete tanto ao exercício da autonomia privada, quanto da pública. Dessa forma, uma distribuição desigual da liberdade de expressão viola o próprio pressuposto democrático, na medida em que há um empobrecimento das deliberações e da qualidade argumentativa no exercício da persuasão racional do outro. Há também a exclusão de cidadãos do processo deliberativo que desejam contribuir para as discussões e para as decisões que vão afetá-los diariamente. A democracia exige, portanto, em cenários de assimetria de informações e de restrições ao debate, uma regulação da estrutura de poder da esfera pública, assegurando a diversidade de meios de comunicação de massa indepen-

dentes (Habermas, 2008: 10). Ao promover as liberdades de expressão e de informação dos indivíduos, garantindo que um maior número de pessoas participe politicamente do autogoverno coletivo, por meio da persuasão racional, a regulação, ao contrário de inibir ou restringir, promove a democracia, pois enriquece a esfera pública com diferentes pontos de vista, com ideias e com informações.

As vantagens da democracia deliberativa exigem desenhos institucionais que promovam a efetiva troca de argumentos no debate público entre os cidadãos. Esse modelo de democracia pressupõe que o sistema de tomada de decisões deve ganhar em imparcialidade, na medida em que se baseia em uma discussão ampla, igual e inclusiva, em que todos os lados serão escutados, especialmente aqueles que divirjam e que questionem as decisões estabelecidas. A discussão deve permear todos os potencialmente afetados, agregando diferentes informações e pontos de vista, de modo a possibilitar ganhos informativos e a correção de erros a partir das críticas recebidas. Além disso, a posição final deve ser entendida e aceita por todos os demais.

As vantagens desse modelo estão na progressiva evolução social, na medida em que os constantes confrontos de ideias, de opiniões e de informações permitem que o *status quo* seja sempre questionado e melhorado pela força do melhor argumento, e na possibilidade de que todos se sintam igualmente importantes como cidadãos coparticipantes do autogoverno coletivo daquela sociedade. Outro ganho diz respeito à promoção da interação social e de uma forma coletiva de educação, em decorrência da ideia de discutir com os outros sobre assuntos de interesse social, especialmente quando se aceita que deve prevalecer o melhor argumento (Gutmann, Thompson, 2004).

Entendo que não basta, nesse modelo de democracia deliberativa, a garantia de liberdade de expressão. Os cidadãos precisam de mais do que o direito de se expressar livremente. Precisam gozar de uma divisão equitativa de iguais liberdades e de igual acesso aos lugares de deliberação. Necessitam de uma distribuição equitativa e proporcional de pontos de vista e de argumentos no debate, de modo que possam igual e efetivamente persuadir e serem persuadidos pelo melhor argumento.⁷ Para isso, a democracia deliberativa exige regulação dos meios de comunicação social. Nessa regulação, devem ser criados os pressupostos efetivos para a deliberação, mediante a divisão equi-

tativa do espaço público de discussão para as diferentes ideias, com uma preocupação efetiva com o acesso à informação e com atenção ao pluralismo e à diversidade de opiniões.⁸

Há uma falha relevante das teorias deliberativas, que é tida como uma virtude teórica pela teoria crítica. A teoria habermasiana da sociedade vê a democracia deliberativa como uma forma de lidar com a relação entre o mundo da vida, o mercado e o Estado. Como mencionado, Habermas, ao conceber a ideia de deliberação entre livres e iguais, pretende que os cidadãos sejam coautores e destinatários das normas que regerão suas vidas. A partir dessa interação, o autor acredita que seja possível equalizar conflitos por meio do consenso obtido pelo processo deliberativo. Em geral, a igualdade de oportunidades de acesso ao debate público, o amplo direito à informação para enriquecer o debate e a troca robusta de argumentos na esfera pública estão no cerne dessas teorias deliberativas – e na habermasiana especificamente, porque a igualdade política pressupõe a mitigação do poder econômico e a inclusão de cidadãos livres e iguais na esfera pública para criar as normas que regerão a vida social.

Sem embargo, a regulação não costuma ser vista como um meio para atingir os objetivos que as teorias buscam implementar – ou, ao menos, é dada uma importância menor na consecução desses objetivos. Ou seja, apesar de pouco tratada pelos diversos autores da área, a regulação é uma decorrência lógica da teoria, porque essencial para garantir a divisão equitativa de liberdades, a inclusão igual no debate e uma esfera pública rica de razões. É uma consequência, porque serão necessárias normas e instituições responsáveis por proporcionar o pluralismo de pontos de vista e de informações e por garantir o acesso igual na arena pública – o que denota a relevância do presente trabalho para o assunto. Os deliberativistas, usualmente, tendem a considerar a comunicação face a face, que não existe no mundo, e esquecem, muitas vezes, que a comunicação é sempre mediada. Há, portanto, uma limitação ontológica desconsiderada, frequentemente, na elaboração da teoria – ou que, ao menos, não é enfrentada claramente por seus adeptos. Em um cenário de recursos escassos, a regulação surge como ferramenta para distribuir equitativamente liberdades comunicativas, tanto sob a ótica da liberdade de expressão, quanto da de informação – seja do emissor, seja do receptor da mensagem.⁹

Não busco neste artigo traçar parâmetros para a regulação dos meios de comunicação. A ambição é mais modesta. Aqui procuro demonstrar que a regulação dos meios de comunicação é fundamental para a democracia entendida como autogoverno coletivo entre iguais. A seguir demonstrarei que ela é um pressuposto liberal igualitário. O teste final será analisar se essas exigências de regulação se encaixam na concepção de liberdade de expressão da nossa Constituição ou se, ao contrário, a regulação dos meios de comunicação de massa configura, como se tem dito, censura.

A REGULAÇÃO E A DISTRIBUIÇÃO DE IGUAIS LIBERDADES DE EXPRESSÃO

O *valor intrínseco* da liberdade de expressão está associado a um aspecto axiológico que é a necessidade humana de se manifestar: deve-se garantir às pessoas a possibilidade de se expressar, porque a projeção da personalidade na sociedade, as suas opiniões e as suas manifestações são um importante traço da dignidade humana.¹⁰ A expressão individual é essencial como projeção do ser (*self*). Aqui, a liberdade de expressão tem estreita relação com a autonomia privada e a ideia de autorrevelação (*self-disclosure*).¹¹

De imediato, é possível extrair que essa dimensão está intrinsecamente relacionada ao liberalismo. Contudo, uma abordagem voltada somente para o conteúdo negativo da liberdade, sem qualquer preocupação com a garantia de fruição efetiva por todos os participantes de uma comunidade política em igualdade de condições, é insuficientemente igualitária. Tal concepção é questionável em termos de justiça e incompatível com a teoria da democracia deliberativa enunciada acima, que também enxerga na liberdade (especialmente a de expressão) um papel central no desenvolvimento humano e no da sociedade. Diante disso, abordarei as teorias liberais igualitárias e demonstrarei os motivos pelos quais a regulação satisfaz a necessidade de divisão equitativa de fruição de igual liberdade de expressão entre os membros da comunidade política.

As teorias liberais igualitárias têm, em comum, uma preocupação com a distribuição igual das liberdades básicas, sejam elas teorias da justiça ou não.¹² Ainda que por diferentes razões, é possível vislumbrar que as teorias dos autores liberais igualitários, especialmente Rawls, Dworkin, Nussbaum e Sen, almejam viabilizar o exercício da liberdade efetiva.¹³ É certo que a liberdade negativa,¹⁴ entendida como

aquela que prescreve a não interferência da autoridade política diante de controvérsias morais, a fim de viabilizar que cada pessoa realize suas próprias escolhas de acordo com as convicções de valor moral que julga serem as mais corretas, faz parte do conceito de liberdade efetiva (Vita, 2011: 571-573). Contudo, ela também abrange a ideia de que cidadãos de uma sociedade democrática devem ter uma esfera em que possam exercer suas escolhas de forma livre e discricionária e os recursos – especialmente aqueles que se convertem em oportunidades educacionais e ocupacionais e em um quinhão equitativo da renda e da riqueza da sociedade – que os capacitem para formular e reformular suas próprias concepções de bem e para viver de acordo com elas e segundo as convicções de valor moral que julguem ser as mais verdadeiras (Vita, 2011: 573).¹⁵ Esse conceito de liberdade efetiva está no centro do liberalismo igualitário, na medida em que uma sociedade, para ser considerada justa, depende de arranjos sociais e políticos que garantam aos seus cidadãos uma igualdade de *status*, ou seja, baseia-se no axioma da igualdade humana fundamental. Dito isso, passarei a expor, brevemente, a relação entre liberdade e igualdade de alguns dos principais expoentes do liberalismo igualitário, para, a partir dela, demonstrar a correspondência entre a divisão equitativa de iguais liberdades de expressão e a regulação.

Sen questiona, a partir da diversidade humana, qual seria o conteúdo substantivo da igualdade postulada por determinada concepção igualitária, demonstrando que as pessoas são diferentes em função do ambiente natural e social que as cercam, o que resulta também em uma constante diversidade de suas características externas e pessoais. Esse pressuposto faz com que o ponto de partida da teoria do autor seja a desigualdade entendida como uma desigualdade natural ou naturalizada. Assim, a diversidade humana levaria à constatação de que a igualdade em um espaço (“espaço de avaliação”) corresponderá à desigualdade em outro. Essa aplicação da igualdade é denominada por Sen de igualdade basal. A ideia é que a diversidade dos seres humanos requer a pluralidade das variáveis focais (renda, riqueza, felicidade, bem-estar etc.). Sen sabe que igualdade e liberdade não são opostas. A liberdade estaria sempre entre os possíveis campos de aplicação da igualdade que, por sua vez, também estaria entre os padrões possíveis de distribuição da liberdade.

Outro problema apontado por Sen está relacionado ao fato de que uma pessoa pode estar em desvantagem para converter a renda em realizações que ela valoriza. Por isso, defende que é preciso levar em consideração as dificuldades que algumas pessoas têm para converter a renda em bem-estar. Para dar conta desse problema e da análise das desigualdades, o autor desenvolveu o conceito de capacidade (*capability*). As capacidades são poderes para fazer ou deixar de fazer, sem os quais não há escolhas genuínas (ou seja, a realização do bem-estar).¹⁶ A capacidade teria a vantagem de implicar a liberdade para buscar funcionamentos (parte dos elementos constitutivos do bem-estar, do estado e das ações de uma pessoa), além de desempenhar um papel direto no próprio bem-estar, já que decidir e escolher seriam partes do viver (Sen, 1995: 42). Ela concentra-se também diretamente sobre a liberdade, e não sobre os meios para realizá-la: a capacidade de determinada pessoa representa a sua liberdade para exercer funcionamentos que a valorizam, realizando, dessa forma, seu bem-estar. Capacidade é, portanto, a liberdade substantiva que as pessoas têm de escolher uma concepção de vida boa que valorizem.

Como a capacidade é um reflexo da liberdade substantiva, Amartya Sen distingue a liberdade de recursos e meios para a sua realização. Outro ponto relevante em relação à liberdade substantiva é que a liberdade refletiria o conjunto capacitário da pessoa, ou seja, refletiria a capacidade da pessoa para escolher entre formas de vida possíveis. Assim, sua teoria contribui para o nosso entendimento da igual liberdade de expressão por elucidar que assimetrias de liberdades são construídas tanto por distribuições desiguais de recursos comunicativos quanto por habilidades desiguais de converter recursos comunicativos em voz audível em fóruns públicos.¹⁷

A teoria das capacidades de Nussbaum é bastante parecida com a de Sen.¹⁸ De modo geral, Nussbaum também acredita na insuficiência da igualdade das teorias da justiça liberais igualitárias para corrigir desigualdades. Ela também defende uma aproximação entre liberdade e igualdade, de modo que as pessoas possam ter poderes para fazer ou deixar de fazer, realizando, assim, escolhas genuínas. Tal como na obra de Sen, as capacidades também seriam justificadas, porque seria mais difícil para algumas pessoas converter a renda em bem-estar: sendo cada pessoa um fim em si, deve-se focar nas oportunidades disponíveis para cada pessoa, assegurando que os indivíduos tenham possibilidades reais de escolha, a partir da ideia de liberdade

substantiva. Outro ponto de contato entre as proposições é que as capacidades estão engajadas na eliminação de injustiças sociais e de desigualdades, especialmente aquelas decorrentes de discriminação ou de marginalização (Nussbaum, 2011: 19). A implementação das capacidades é uma tarefa urgente a ser realizada pelo governo e por meio de políticas públicas.

Como mencionado anteriormente, a capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de alcançar a combinação de funcionamentos (*functioning*) alternativos. Elas são não só as habilidades que residem dentro da pessoa, mas também as liberdades ou as oportunidades criadas pela combinação de habilidades pessoais e o ambiente político, social e econômico. Nussbaum se refere a essas “liberdades substantivas” para realizar o complexo de capacidades como capacidades combinadas (*combined capabilities*).¹⁹

Por outro lado, a teoria da justiça rawlsiana busca estabelecer princípios de justiça que sejam aplicáveis à estrutura básica da sociedade (Rawls, 2016: 8-9).²⁰ Na posição original, as pessoas, separadas do mundo por um véu da ignorância, seriam capazes de realizar julgamentos morais imparciais. Portanto, seriam aptas não só a ter uma concepção do seu próprio bem, mas também de pensar e de respeitar as concepções alheias de bem. Nessas condições, os indivíduos escolheriam dois princípios de justiça: (i) “cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas” (Rawls, 2016: 73), ou seja, os indivíduos atribuiriam entre si iguais liberdades, de modo que nenhum indivíduo tivesse vantagem sobre os demais – razão pela qual entendo que não há prevalência da igualdade ou da liberdade em Rawls, mas, sim, uma relação de complementaridade; e (ii) “as desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de tal modo que tanto: (a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio da poupança justa” [princípio da diferença], como (b) “estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades” (Rawls, 2016: 376). Pelo segundo princípio, que se subdivide em dois, a desigualdade só seria admitida na medida em que beneficiasse os menos favorecidos. É pelo segundo princípio, especialmente o princípio da diferença, que Rawls procura eliminar – ou, pelo menos, mitigar na maior medida possível – as diferenças moralmente arbitrárias, também chamadas

de sorte bruta, tais como as diferenças de recursos, de educação, de talentos – notadamente aqueles valorizados em determinada sociedade e que geram as maiores desigualdades de recursos –, de inteligência, de origem familiar etc.²¹

Após essa breve passagem pelas teorias liberais igualitárias, é possível concluir que a distribuição igual de liberdades é uma pauta comum. E com a liberdade de expressão não é diferente. Uma leitura substantiva da liberdade de expressão deve levar em conta o exercício de iguais liberdades pelos membros da comunidade política, pois ela não está imune à justiça distributiva. A garantia de efetivo exercício da liberdade pelos membros da comunidade política exige que o Estado se preocupe com a distribuição da liberdade de expressão, seja na concepção de justiça de Rawls, seja na teoria das capacidades de Sen e Nussbaum. A possibilidade material efetiva de liberdade substantiva, que está presente na teoria das capacidades, caminha na mesma direção das teorias da justiça que preveem a complementariedade entre liberdade e igualdade.

Nesse cenário, tanto a liberdade efetiva, que prevê a garantia de exercício efetivo da liberdade, em igualdade de condições por todos, quanto a justiça distributiva fundamentam a regulação dos meios de comunicação de massa, como mecanismo de justiça e de promoção da liberdade. Os meios comunicativos são recursos limitados e, por isso, dificilmente são acessados pelas pessoas em geral. Ainda que seja possibilitado o acesso pelo cidadão comum, não é difícil imaginar que o impacto de sua manifestação será distinto daquela exercida por pessoas públicas ou por jornalistas, seja pela maior credibilidade que passam, seja pelas técnicas de divulgação de informação que possuem. Afinal, como já mencionado, o exercício da liberdade deve ser efetivo e, tal como os democratas deliberativos, deve-se criar as condições materiais para isso. Falar para um auditório capaz de ouvir também é uma das dimensões da igual liberdade de expressão, possuindo, inclusive, reflexos no reconhecimento intersubjetivo e na estima social do indivíduo.²²

Ainda em relação ao acesso aos meios de comunicação, por ser um recurso escasso, é possível que uma ou algumas poucas empresas venham a ter o monopólio dos meios comunicativos, limitando a efetiva participação do cidadão e o gozo de sua liberdade, quando comparado com o exercício da liberdade pelos proprietários desses meios.

A regulação é necessária, na medida em que permite uma divisão equitativa das liberdades comunicativas, que tendem a se concentrar nas mãos dos detentores dos meios, ensejando monopólios e oligopólios. Ainda que haja limites na realidade, visto que não seria viável que todos os cidadãos tivessem acesso aos meios de comunicação de massa, para os fins deste estudo, a divisão equitativa de iguais liberdades seria satisfeita com a possibilidade efetiva de acesso a esses meios, sempre que possível, e com a veiculação de opiniões e de manifestações que refletisse o pluralismo existente na sociedade. A liberdade de expressão deve ser distribuída equitativamente, na maior extensão possível, entre os cidadãos, porque é também objeto da justiça social. Assim, a regulação dos meios de comunicação é o principal instrumento responsável pela sinergia entre a liberdade de expressão e a igualdade na comunidade política: o Estado será responsável por distribuí-la mediante parâmetros que levem em conta a justiça social, combinando-se, assim, o primeiro com o segundo princípio da justiça (Rawls, 2016). Além disso, deverá possibilitar, com igualdade de oportunidades, a fruição efetiva dessa liberdade (Sen, 1995; Nussbaum, 2011).

Antes de terminar este tópico, é relevante apontar que a regulação dos meios de comunicação com o objetivo de promover iguais liberdades de expressão está em consonância com a dignidade humana. Como mencionado na introdução, alguns autores, objetores da “corrente democrática” da liberdade de expressão (papel instrumental),²³ defendem uma teoria libertária desse direito, denotando um maior peso à função que as liberdades comunicativas possuem para a dignidade humana.²⁴ Segundo eles, a intervenção estatal na liberdade de expressão seria uma violação à autonomia individual e à dignidade do indivíduo, visto que o estaria privando de sua liberdade ou restringindo-a ilegitimamente. Teóricos liberais igualitários, como Dworkin e Post, desconfiam da ingerência do Estado em termos de liberdade de expressão. Adotam uma posição contrária à intervenção regulatória, o que é, de certa forma, bastante contraditório ao igualitarismo que marca suas respectivas teorias²⁵ – especialmente a do primeiro. Eles não a veem como uma liberdade a ser equitativamente distribuída – a meu ver, equivocadamente – e entendem que a interferência do Estado para promover pluralismo seria uma forma de censura ou de restrição ilegítima às liberdades individuais, minando a própria autonomia.

A regulação, por si só, não enseja uma violação da dignidade humana. Ao promover a igualdade entre os cidadãos, ela garante a dignidade daqueles que possuem acesso limitado aos meios comunicativos e que possuem pouca ou nenhuma voz na sociedade. A restrição da liberdade dos grandes conglomerados, por meio de uma regulação com arranjos que ambicionem distribuir equitativamente as liberdades comunicativas, é devida, quando serve para garantir a igual dignidade daqueles menos privilegiados. Afinal, em uma sociedade que deseja que todos tenham uma liberdade efetiva e igualdade de oportunidades e que busca concretizar o axioma da igualdade humana fundamental, não há espaço para que alguns (poucos) cidadãos sejam mais dignos que outros.

A justiça social e a exigência de efetivo exercício das liberdades reservam um papel de destaque para o Estado na promoção das (iguais) liberdades. No caso da liberdade de expressão, isso ocorre por meio da regulação. Sob um aspecto liberal igualitário, não há motivos para negar esse papel, mas, pelo contrário, há uma fundamentação teórica que exige essa postura proativa do Estado para a garantia da liberdade de expressão tanto em seu valor intrínseco, quanto na dimensão instrumental. A liberdade de expressão é uma liberdade básica e, quando vista sob a ótica dos meios de comunicação, um recurso escasso. Monopólios e oligopólios dos meios de comunicação são medidas antiliberais, porque atribuem maior peso às liberdades de expressão de um pequeno grupo de cidadãos privilegiados e, ao mesmo tempo, impedem o seu exercício pelos demais indivíduos. A regulação dos meios de comunicação é meio para garantir a distribuição equitativa de liberdade de expressão entre os cidadãos.

Nas linhas acima, tentei demonstrar que a regulação é não só compatível com a democracia e com a liberdade, mas é também uma exigência desses dois valores. Não há incompatibilidade entre a regulação dos meios de comunicação para o enriquecimento do debate de ideias e de argumentos na democracia deliberativa. Ela é, na verdade, uma exigência, na medida em que se relaciona com a igualdade. No caso do liberalismo, também não há violação da liberdade pela regulação: como mecanismo promotor da igualdade ela é essencial para a justiça e para o exercício efetivo em igualdade de condições pelas pessoas que vivem em determinada comunidade política. A regulação dos meios de comunicação não é, portanto, *a priori*, antidemocrática nem antiliberal. Isso não quer dizer que eventuais equívocos em políticas regulatórias ou parâmetros de regulação mal-intencionados não pos-

sam vir a configurar censura ou restringir ilegitimamente liberdades. Contudo, explorar essas questões não é o objetivo do presente artigo. Firmadas essas premissas, passarei a analisar se a regulação dos meios de comunicação encontra amparo na Constituição de 1988, bem como a distinguir a regulação da censura.

A REGULAÇÃO E CENSURA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

É comum, em um regime autoritário, que haja restrições e proibição na circulação de ideias e de informações que não convêm aos governantes. Entretanto, mesmo fora das ditaduras, a sociedade muitas vezes reage contra posições que questionem seus valores mais sedimentados, podendo haver o silenciamento da minoria pela maioria.

A censura é o pior atentado contra a liberdade de expressão, incompatível com um regime democrático. Foi banida do ordenamento pela Constituição de 1988, conforme se extrai dos artigos 5º, IX²⁶ e 220, § 2º.²⁷ Ela pode ser dividida em três tipos:²⁸ censura em sentido estrito, em sentido intermediário e em sentido amplo. *Censura em sentido estrito* envolve um controle preventivo das mensagens comunicativas. É realizada uma restrição prévia à liberdade de expressão por autoridades administrativas, que resulta na vedação à veiculação de um determinado conteúdo.

A censura em *sentido intermediário* – ou a *posteriori* – é aquela que abrange não só as decisões administrativas anteriores (censura prévia), mas também as posteriores à manifestação ou à obra. Essa modalidade pode envolver, por exemplo, a proibição de exibição de filmes, de encenação de peças de teatros e a apreensão de livros.

A *censura em sentido amplo* envolve também os atos judiciais. Em regra, o Poder Judiciário também não pode proibir a veiculação de mensagens e de informações nem a circulação de obras. Há, ainda, a chamada *censura privada*, que ocorre quando o poder público delega o poder de censura a entes privados (Barendt, 2009: 153) ou quando particulares se valem de seu poder social para impedir a veiculação de ideias e de informações (Sarmiento, 2013: 275). A vedação à censura também possui eficácia horizontal. É necessário, no entanto, ponderá-la com a autonomia do particular ao qual se impute a prática de censura, já que a liberdade de expressão deste também pode estar em jogo (Sarmiento, 2013: 275; Farias, 2004: 200-201; Barendt, 2009: 151-153).

O termo “censura privada” não pode ser “banalizado” e esvaziado do seu real significado. Nem toda convenção ou prática social que dificulte a comunicação para alguns indivíduos configura censura privada (Barendt, 2009: 152). Além da mencionada hipótese da delegação do poder, ela ocorre quando o censor privado detém uma posição de monopólio ou é membro de um pequeno oligopólio de “barões da imprensa” ou de corporações de mídia (Barendt, 2009: 152), que resulta na restrição ou na proibição da circulação de informações ou de ideias, de modo a afetar o pluralismo e o acesso aos meios comunicativos. Modernamente, também ocorre quando empresas que disponibilizam plataformas para a divulgação de conteúdo, tais como redes sociais, removem, ilegitimamente e sem amparo na Constituição, manifestações do pensamento e informações em geral, ou, ainda, quando limitam seu alcance.

Portanto, a censura (em suas diversas manifestações) ocorre quando um agente público ou privado cerceia, restringe ou inviabiliza o exercício da liberdade de expressão em sentido amplo de uma pessoa (física ou jurídica) de forma desproporcional e desarrazoada, sem amparo no valor equitativo da liberdade efetiva. Ela é ilegítima não porque proíbe ou restringe essa liberdade, mas porque retira do debate público opiniões e informações que aprimoram e enriquecem o debate público e o autogoverno coletivo, principalmente aquelas contrárias ao *status quo*, e porque impede o exercício de iguais liberdades distribuídas de forma equitativa entre os cidadãos.²⁹ Ao restringir ou proibir uma manifestação sem uma justificativa moral – seja em nome dos valores da democracia deliberativa ou do liberalismo igualitário – a censura é sempre ilegítima e, por isso, incompatível com a Constituição, que compõe a estrutura básica da sociedade e deve observar os princípios de justiça e as exigências da deliberação democrática livre e igual.

A regulação dos meios de comunicação de massa, da forma como trabalhada neste artigo, está associada à atuação estatal que, por meio do seu poder regulamentar, seja ele administrativo ou legislativo, visa a promover a distribuição de iguais liberdades de expressão entre os cidadãos (dimensão liberal igualitária) e a impulsionar a rica troca de informações e de argumentos no espaço público (prisma democrata deliberativo). Ela busca a distribuição equitativa de iguais liberdades, a promoção do acesso à informação e a concretização do autogoverno coletivo. O debate público é um recurso escasso. A distribuição desigual do espaço, das informações e das opiniões afeta diretamente a igual-

dade humana fundamental, a dignidade e a liberdade daqueles que não conseguem se expressar livremente, o que contribui para reduzir a própria dignidade e a participação no autogoverno coletivo minando o *status* de cidadão igual. Por outro lado, aqueles que possuem tal recurso em demasia podem sofrer legitimamente uma restrição em sua liberdade de expressão para garantir o acesso daqueles menos afortunados. Justifica-se tal restrição em nome da liberdade igual de expressão dos cidadãos e dos valores, expostos acima, subjacentes ao liberalismo igualitário e à democracia deliberativa. Se a restrição ou, eventualmente, a proibição – que deverá sempre ser excepcional – se justifica moralmente pela igualdade humana fundamental e pela diversidade no debate público, não se pode falar em censura.

A regulação pode, ainda, se manifestar de duas formas. A primeira na distribuição equitativa do acesso e da propriedade dos meios. Pode-se fazer – como diversos autores fazem – uma analogia com o mercado: uma distribuição desigual do acesso e da propriedade provoca monopólios e oligopólios e cria desigualdades no exercício das liberdades. Nesse caso, a regulação age para corrigir o mal funcionamento do “mercado de ideias”, que impede a diversidade de opiniões e de informações no debate público.

A segunda se manifesta no conteúdo: há determinadas manifestações que terão acesso limitado aos meios de comunicação. O conteúdo será importante para analisar (i) a existência de pluralismo; e (ii) eventual ofensa à igualdade humana fundamental. Quase como uma decorrência da hipótese mencionada no parágrafo anterior, opiniões e informações hegemônicas que impossibilitem a oxigenação do debate público ou que o empobrecam deverão ser restringidas para dar lugar a uma abertura ao pluralismo e à participação de outros cidadãos na esfera pública. O conteúdo permite identificar, portanto, se o debate precisa ser enriquecido e se um grupo hegemônico está impedindo o acesso a informações e a pontos de vista diversos na esfera pública.

Outro parâmetro importante para a restrição de conteúdo diz respeito às notícias falsas (as chamadas *fake news*): a democracia deliberativa tem como principal componente a exigência da circulação de informações para direcionar o exercício do autogoverno coletivo. A veiculação de factoides empobrece a deliberação e dificulta a busca por uma resposta ou por medida adequadas a determinado problema social, pois a deliberação passa a ser baseada na mentira ou em algo inexistente.

Tal cenário justifica a exclusão das informações falsas veiculadas nos meios de comunicação, a sua retificação e o direito de resposta. Além disso, eventual violação à igualdade humana fundamental, como acontece com o discurso de ódio, com os ataques a minorias políticas e com as *fighting words*,³⁰ poderá ser também restringida ou excluída dos meios de comunicação de forma legítima.³¹ A exclusão não necessariamente implica a criminalização de todas essas manifestações. Há diversos desdobramentos dessa regulação, que não necessariamente precisa recorrer ao Direito Penal. Pode-se pensar em condenações ao pagamento de indenizações e de multas administrativas, na exclusão de redes sociais (seja da publicação, seja do próprio acesso à plataforma), na proibição de veiculação das opiniões ofensivas em rádios e televisões etc.

Esse é o conceito de regulação que tem como fundamento filosófico o liberalismo igualitário e a democracia deliberativa e que encontra amparo nas diversas disposições da Constituição de 1988.³² Nesse sentido, não há que se falar em censura quando da instituição de regulação dos meios de comunicação, visto que a Constituição e as instituições democráticas, por ela delineadas, pertencem à estrutura básica da sociedade.³³ Dessa forma, a regulação deve ser compatível tanto com a vertente liberal igualitária, com instituições que garantam a liberdade de expressão efetiva – e seu valor equitativo – dos cidadãos, quanto com a democracia deliberativa, por meio de instituições que assegurem uma deliberação entre livres e iguais, em uma esfera pública inclusiva que possibilite a construção do autogoverno coletivo entre iguais.

Em relação ao caráter liberal igualitário, a constituição – e o Direito como um todo –, o mercado e as instituições democráticas fazem parte da estrutura básica. A elas se aplicam os princípios de justiça como demonstrado no tópico “A regulação e a distribuição de iguais liberdades de expressão” acima. Para garantir que as pessoas tenham liberdade efetiva de expressão, distribuída de forma equitativa, as instituições devem levar em consideração a desigualdade produzida pelo mercado, razão pela qual o ideal de distribuição equitativa de iguais liberdades justificará uma previsão constitucional de uma regulação para atingir tal fim. Para torná-la uma liberdade efetiva, deve-se restringir o poder econômico, de modo que o dinheiro não interfira na distribuição da esfera pública – entendida como recurso escasso – e que seja garantida a expressão livre por todos os cidadãos. Busca-se evitar que as decisões políticas sejam tomadas com base na vontade

daqueles que concentram o capital – como no caso da proibição do financiamento privado de campanha, exemplo dado por Rawls (2011) –, já que, em uma sociedade igualitária, a vontade de um não pode ter peso maior do que a dos demais concidadãos. Também deve-se evitar que um conteúdo seja asfixiado por ser contrário ao *status quo* ou por veicular um ponto de vista que dificilmente seria acessado pelas pessoas em geral.

No caso do Brasil, buscando concretizar esse papel normativo, a Constituição não apenas assegura a liberdade de expressão em sentido amplo – o que abrange as liberdades de manifestação do pensamento,³⁴ intelectual, artística, científica e de comunicação;³⁵ religiosa, de consciência e de crença;³⁶ de informação³⁷ e de imprensa³⁸ –, mas também objetiva promovê-la da forma mais igualitária possível aos cidadãos, por meio da fixação de diversos parâmetros para a abertura dos meios de comunicação de massa ao pluralismo (Sarmiento, 2010a: 263-299). O artigo 220, § 5º, ao vedar a formação de monopólios ou oligopólios nos meios de comunicação, almeja distribuir iguais liberdades, para evitar a sua concentração em um grupo restrito e para impedir que o exercício da liberdade de expressão se transforme em um privilégio de poucos.

Além disso, o artigo 221, incisos I e II, enumera diversos parâmetros regulatórios a serem seguidos pela produção e pela programação das emissoras de rádio e de televisão (Sarmiento, 2010a: 263-299). Os incisos têm verdadeiro compromisso com a promoção da igualdade, como o estímulo à produção cultural nacional e regional e à produção independente que objetive a sua divulgação (artigo 221, II) e a regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais a serem fixados por lei (artigo 221, III). Esses parâmetros buscam a distribuição equitativa da liberdade de expressão ao dar voz a diversos seguimentos da sociedade e a tradições regionais que são ou que podem vir a ser excluídos dos canais comunicativos. Tais dispositivos podem, por exemplo, justificar programas educativos que divulguem o Festival Folclórico de Parintins, no Estado do Amazonas, mostrando sua importância para a população local e, até mesmo, a sua relação com a formação da história do país. Além do aspecto educativo, a regulação pode amplificar a voz da comunidade, permitindo que contem suas histórias ao restante do Brasil, de modo que possam minimamente ser visíveis.

Para além do liberalismo igualitário, os parâmetros para essa regulação apontam traços de uma concepção democrática da liberdade de expressão, enxergando-a não apenas como um valor individual e essencial para a autonomia privada, mas também como elemento fundamental para o autogoverno coletivo. O pluralismo de ideias e o enriquecimento da deliberação e da troca de argumentos no debate público contribuem para o exercício da autonomia pública, porque permitem que cidadãos se informem e participem ativamente do debate público. As instituições, ao assegurarem o pluralismo e o enriquecimento do debate público, possibilitam que os cidadãos se informem e pensem as possibilidades e os rumos para o futuro do autogoverno coletivo. Quando estão mais bem informados e mais preparados, os cidadãos se engajam no debate público por diversas formas: pressionam seus representantes eleitos na adoção de determinada medida, propõem iniciativas legislativas, se organizam e se empoderam para cobrar a realização dos seus direitos. Podem também convencer as pessoas de seu círculo próximo e, por meio do acesso amplo aos meios de comunicação, podem exercer grande influência nas deliberações.

De qualquer forma, verifica-se que a via institucional é importante para empoderar os cidadãos para que realizem uma conversa como livres e iguais – inclusive mediante a atribuição de todos os direitos essenciais para uma deliberação igual –, principalmente, quando garante o acesso à esfera pública e quando amplifica as razões veiculadas nesse espaço. A participação na esfera pública poderá, ainda, ser direta (como no caso de protestos e movimentos sociais) ou mediada por instituições.³⁹ Seja como for, há uma co-originalidade nesse processo, que permite a construção política pela via institucional e que viabiliza o autogoverno coletivo entre iguais, na medida em que (i) os argumentos, os pontos de vista e as informações circulam por toda a sociedade de forma igualitária e (ii) permite a participação igual e efetiva no processo de deliberação para a tomada de decisão política que resultará nas normas que regerão a vida social.⁴⁰ Se os cidadãos participam ativamente dessa deliberação, a disciplina normativa autoimposta a partir do consenso obtido da troca de razões no processo deliberativo denota a participação de cidadãos livres e iguais no autogoverno coletivo.⁴¹

À luz dessa ideia de democracia deliberativa, o artigo 220, § 3º, inciso II, está diretamente relacionado com o acesso à informação e com a autonomia pública (e também privada), na medida em que garante à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou

programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no artigo 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. Na mesma linha, o artigo 220, § 4º, prevê que a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do dispositivo mencionado anteriormente, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. Portanto, os artigos em questão possuem, simultaneamente, traços liberais igualitários atrelados à autonomia privada, pois há um cuidado com o conteúdo informacional repassado aos cidadãos para que exerçam suas escolhas morais, e elementos da democracia deliberativa, ao se preocupar com a educação da sociedade e com a qualidade da informação transmitida, o que contribui para a formação de cidadãos livres e iguais capazes de debater e decidir os rumos da sociedade, exercendo a sua autonomia pública.

Ainda nessa linha, o artigo 221, incisos I, II e III, além do caráter liberal igualitário, possui uma vertente democrática ao preconizar a difusão cultural, nacional e regional, bem como buscar a valorização da transmissão do conteúdo educacional. Há uma preocupação em promover o pluralismo de ideias e de informações sobre a realidade brasileira e sobre as diferentes culturas que compõem a sociedade. A maior circulação de ideias, de fatos, de conhecimento e de opiniões contribui diretamente para que as pessoas formem suas convicções pessoais e discutam no debate público com mais e melhores argumentos.

Não se pode deixar de mencionar um dos artigos mais importantes em relação à concepção deliberativa: o artigo 5, inciso V, da CF, que prevê o direito de resposta. Ele é um dos principais propulsores do pluralismo dos meios de comunicação, pois permite que se confronte determinada informação com uma perspectiva (fática, empírica ou mesmo argumentativa) distinta. Além de contribuir para a circulação de mais informações, estimulando o debate e a troca de argumentos, o direito de resposta evita que sejam tomadas medidas mais gravosas em relação à liberdade de expressão, como a restrição ou proibição de determinado conteúdo (tal como o recolhimento de uma obra de lojas e de bibliotecas).

Para além do caráter puramente individual de replicar ataques pessoais e críticas infundadas, na busca da defesa da honra e da imagem, o direito de resposta possui também uma missão informativa

e democrática, porque permite o esclarecimento do público sobre os fatos e as questões do interesse de toda a sociedade (Binenbojm, 2003: 375-376). Assim, o exercício do direito de resposta deve ser elástico para abarcar uma gama mais ampla de situações que envolvam fatos de interesse público, incluindo situações em que as notícias, embora lícitas, contenham informação incorreta ou defeituosa, de modo a assegurar ao público a qualidade informacional e o direito de conhecer a versão oposta.

Não ignoro que o direito de resposta pode restringir a autonomia editorial do veículo de comunicação. Contudo, a comunicação social é um serviço público – que, frise-se, compõe a estrutura básica – e, como tal, deve estar à disposição da sociedade para realizar os valores constitucionais que consubstanciam princípios de justiça da comunidade política (Rawls, 2011: 268-272 e 392-402). A amplificação qualitativa da informação auxilia o desenvolvimento da democracia. A distribuição de iguais liberdades para os demais cidadãos, dando voz àqueles que não a possuem, pode implicar, em um cenário de recursos escassos (tal como na utilização de meios de comunicação de massa), a redistribuição das liberdades para aqueles que dela são privados: trata-se de verdadeira justiça social relacionada à distribuição de iguais liberdades de expressão. Democracia, liberdade, igualdade e justiça social são teorias normativamente desejáveis, que fundamentam a existência de um direito de resposta para promover tais ganhos. Havendo plena compatibilidade entre essas teorias e o conteúdo da Constituição de 1988, não há por que negar a sua utilização como mecanismo distributivo e deliberativo. Por fim, a autonomia editorial seria preservada desde que a versão ou o comentário fosse adicionado na programação, sem a necessidade de remoção de conteúdo, e fosse consignado que a versão ou comentário é de autoria de um terceiro e que não representa a opinião do veículo de comunicação (Binenbojm, 2003: 375-377).

Da análise dos dispositivos mencionados acima, extrai-se uma forte preocupação da Constituição com o pluralismo de ideias no debate público. A necessidade da intervenção estatal surge para garantir o enriquecimento da deliberação, por meio da amplificação da circulação de ideias entre os cidadãos. Como corolário das teorias da democracia deliberativa, há uma clara preocupação da Constituição de 1988 em nutrir os cidadãos com a maior carga informativa possível. Cidadãos mais informados podem discutir melhor os rumos de seu governo, notadamente a formulação de planos de ação e de políticas públicas.

Isso significa que a liberdade efetiva de expressão permite o autogoverno coletivo entre iguais, já que cidadãos mais preparados podem se engajar no projeto coletivo, mediante a criação de normas e de políticas públicas que regerão a vida em sociedade, seja por meio da via institucional (poderes eleitos, acesso aos meios de comunicação para convencer os demais cidadãos etc.), seja pela mobilização popular (como protestos e movimentos sociais).

Sob a ótica jurídica, a regulação é extraída diretamente do texto constitucional.⁴² Filosoficamente, tem fundamento no liberalismo igualitário e na democracia deliberativa. Por outro lado, os artigos 5º, IX e 220, § 2º, CF vedam peremptoriamente a censura, assim como as mencionadas correntes teóricas, que se harmonizam com a concepção de liberdade de expressão da Constituição de 1988 e são a antítese dessa proibição. Se a regulação, como busco demonstrar, contribui para a distribuição equitativa de iguais liberdades de expressão e para amplificar qualitativa e quantitativamente o debate público com o pluralismo de ideias e de informações, não há como confundir-la com a censura. Como parte da estrutura básica, seria um contrassenso que a Constituição de 1988 rejeitasse um mecanismo hábil a promover a liberdade efetiva e a forma deliberativa da democracia, especialmente quando pensada para viabilizar o autogoverno coletivo. Como demonstrado acima, os dispositivos trabalhados ao longo desta seção revelam o compromisso da Constituição em concretizar ambas as perspectivas filosóficas aqui retratadas.

Embora a Constituição preveja parâmetros para a produção e para a programação das emissoras de rádio e televisão, a regulação dos meios de comunicação não se limita a esses dois, abrangendo também os demais meios existentes, tais como aqueles propiciados pela internet, como o Facebook, o Twitter e o Whatsapp, e aqueles que vierem a surgir futuramente, em decorrência do avanço tecnológico. Além da previsão expressa do artigo 222, § 3º, CF⁴³ nesse sentido, haveria uma violação à teleologia da imposição regulatória aos meios de comunicação de massa conferida pelas normas constitucionais, especialmente à luz das bases teóricas aqui desenvolvidas.

A regulação dos novos meios de comunicação de massa também decorre do próprio espírito das normas que tratam da regulação da liberdade da expressão, tal como os artigos 5º, V, 221 e 222 da Constituição. Retirar as redes sociais e as novas mídias do alcance da regulação

dos parâmetros constitucionais e das teorias adotadas neste trabalho significaria conferir uma imunidade a esses meios. Afinal, a não intervenção é uma postura associada à concepção libertária da liberdade de expressão. Nesse sentido, apesar de ter como função precípua garantir a comunicação entre os indivíduos pertencentes não só a uma determinada comunidade política, mas entre pessoas de diversos países, a “isenção” das mídias sociais em relação aos princípios que regulam o exercício da democracia deliberativa acabaria ensejando uma violação dos próprios pressupostos para a igual deliberação do debate público. A remoção de conteúdo de forma indevida pode censurar uma informação extremamente relevante para a sociedade. Por outro lado, a manutenção de uma mensagem falsa ou caluniosa acabaria promovendo a desinformação da sociedade, com danos severos para o debate público. Assim, não se pode dizer que uma plataforma que exclui uma notícia falsa pratica censura privada, porque a supressão do discurso encontra fundamento na democracia deliberativa, ou seja, na necessidade de ampliar a veiculação de informações capazes de propiciar o autogoverno coletivo – o que certamente não ocorre no caso de premissas inexistentes ou fundadas em mentiras.

No que diz respeito ao aspecto liberal igualitário, também há razão para a incidência dos princípios da regulação que visam à igualdade. Isso porque a mensagem caluniosa, racista, machista ou mesmo o discurso de ódio ou a utilização de *fighting words* afetam diretamente a igualdade humana fundamental, uma vez que ofende a boa reputação do indivíduo, a sua personalidade diante da imputação de fatos inverídicos e a sua dignidade, tendo em vista a ofensa a uma característica individual da diversidade humana, como a raça e o gênero.

Em ambos os casos, não se nega que se trata de intervenção do Estado na liberdade individual e na autonomia das empresas. Contudo, negar aplicação a princípios de justiça, tal como as iguais liberdades, à distribuição de recursos com o objetivo da justiça social (segundo princípio) e à democracia deliberativa, tornaria o campo privado isento de qualquer ingerência do Estado, amesquinhando o seu papel na promoção da justiça. Como aponta Okin (1994), a aplicabilidade dos princípios de justiça nas relações sociais remete à antiga discussão sobre a cada vez mais fluida separação entre o público e o privado. Tal discussão também se relaciona com o debate sobre a incidência dos direitos fundamentais – que, segundo Vieira (1999), compõem a reserva de justiça da Constituição – nas relações privadas (Pereira, 2006: 431-497;

Sarmiento, 2010b).⁴⁴ Não restam dúvidas de que o Estado pode intervir, por exemplo, para aplicar princípios de justiça nas relações entre marido e mulher, como quando afasta o ofensor de sua companheira. O Estado age na relação conjugal para proteger a mulher contra a violência doméstica, garantindo, portanto, seus direitos fundamentais à vida, à saúde, à integridade e à dignidade.

Portanto, a autonomia das pessoas jurídicas que disponibilizam plataformas para a veiculação de conteúdos, tais como as redes sociais, não as torna imunes à incidência dos parâmetros de regulação. Não restam dúvidas de que as redes sociais não podem censurar indivíduos (artigo 220, § 2º, CF), sob pena de configurar censura privada. Também não se pode questionar que as mídias sociais não só podem como devem dar concretude, por exemplo, às restrições na veiculação de propagandas comerciais de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias (artigo 220, § 3º, II e § 4º, CF). A inaplicabilidade dessas disposições deixaria os indivíduos desprotegidos quanto ao dever de informação subjacente à norma, de forma contrária à própria teleologia das disposições constitucionais. Afinal, não faz sentido deixar as novas mídias isentas de tais restrições às propagandas, aplicando-as somente para aquelas veiculadas em rádio e em televisão.

Dessa forma, as exigências regulatórias do discurso para a promoção de iguais liberdades, de maior acesso ao debate público e de pluralismo de ideias e de informação devem se estender para todos os meios de comunicação de massa. A liberdade efetiva de expressão e a democracia deliberativa fundamentam intervenções nos meios de comunicação para promover não só pluralismo e igualdade, mas também para impedir a censura (pública e privada).

Diversas empresas (às vezes estrangeiras e sem qualquer pessoa jurídica constituída no país),⁴⁵ como as mencionadas anteriormente, disponibilizam suas plataformas para a veiculação de qualquer tipo de comunicação, sendo, muitas vezes, mais amplas e mais abrangentes que os meios tradicionais, como rádio e televisão. Além do grande alcance do conteúdo disponibilizado, as empresas também realizam controle de conteúdo das informações veiculadas pelos usuários. Portanto, a análise e o controle de conteúdo podem ensejar a retirada ilegítima de determinada manifestação ou informação de um espaço público, o que configuraria censura privada. Por outro lado, manter mensagens caluniosas ou difamatórias ou dados, fatos e relatos falsos

nesses espaços pode afetar não só a dignidade dos atingidos, mas também prejudicar o processo democrático, já que contamina o debate público com desinformação. Essa “contaminação” impacta negativamente o processo político de elaboração legislativa, pois pode levar à criação de políticas públicas ruins e ineficientes, e, até mesmo, influenciar os rumos das eleições dos representantes políticos de um país.

A regulação é o mecanismo de atuação estatal legítimo que possui como objetivo a promoção dos valores como a igualdade, a liberdade (mediante distribuição equitativa) e a democracia. Ela não se confunde, portanto, com a censura. Assim, a Constituição, como instituição da estrutura básica, deve admitir a restrição ou a proibição estatal à liberdade de expressão de determinado indivíduo ou empresa, desde que ela se opere para a distribuição equitativa de liberdades e para o enriquecimento da deliberação no debate público e, por conseguinte, para o melhor exercício do autogoverno coletivo.

Não nego que o Estado possa, eventualmente, abusar do seu poder regulador. Contudo, o excesso sistemático afronta e subverte os princípios da democracia deliberativa e do liberalismo igualitário. Ou seja, a utilização da regulação contra a liberdade de expressão conflita com as próprias teorias normativas, porque minam o pluralismo na esfera pública e promovem um desequilíbrio na distribuição equitativa de liberdades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: A REGULAÇÃO COMO UMA EXIGÊNCIA DEMOCRÁTICA E LIBERAL IGUALITÁRIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Entendida como a atuação estatal, por meio do exercício do poder regulamentar, seja ele administrativo ou legislativo, que se destina a promover a distribuição de iguais liberdades de expressão entre os cidadãos (dimensão liberal igualitária) e, ainda, a rica troca de informações e de argumentos no espaço público (prisma democrático-deliberativo), a regulação dos meios de comunicação visa à distribuição equitativa de iguais liberdades, à promoção do acesso à informação e à concretização do autogoverno coletivo. Nesse sentido, a regulação dos meios de comunicação de massa é necessária para que as teorias da democracia deliberativa e do liberalismo igualitário atinjam seus ideais normativos, tais como a dignidade humana, a autonomia individual e a coletiva.

Em relação ao modelo deliberativo, além de garantir que os cidadãos se expressem livremente, o Estado deve assegurar também que gozem de uma divisão equitativa de liberdades, com igualdade de acesso aos lugares de deliberação. Isso implica uma distribuição equitativa e proporcional de pontos de vista e de argumentos no debate, de modo que possam igual e efetivamente persuadir e ser convencidos pelo melhor argumento. Devem ser criados os pressupostos materiais para a deliberação, mediante a divisão equitativa do espaço público de discussão para as diferentes ideias, com uma preocupação efetiva com o acesso à informação e com atenção ao pluralismo e à diversidade de opiniões.

No que diz respeito à vertente liberal igualitária, a regulação dos meios de comunicação objetiva promover iguais liberdades de expressão. Ela, por si só, não enseja uma violação da dignidade humana. Ao contrário, ao viabilizar a igualdade entre os cidadãos, promove a dignidade daqueles que têm pouca ou nenhuma voz na sociedade, visto que possuem acesso limitado aos meios comunicativos. Para garantir a igual dignidade dos menos privilegiados, a regulação deve possuir arranjos que ambicionem repartir equitativamente as liberdades comunicativas, restringindo-as dos grandes conglomerados para que sejam distribuídas às minorias excluídas dos meios e que, por isso, não possuem voz. Afinal, para que todos, em uma sociedade, tenham uma liberdade efetiva e igualdade de oportunidades, não há espaço para alguns (poucos) cidadãos serem mais dignos que outros. A justiça social e o efetivo exercício das liberdades reservam um papel de destaque para o Estado na promoção das (iguais) liberdades, o que ocorre, no caso da liberdade de expressão, por meio da regulação.

Ambas as teorias filosóficas sobre a liberdade de expressão na sociedade brasileira trabalhadas neste artigo são compatíveis com texto da Constituição de 1988. A regulação dos meios de comunicação é exigência não só das correntes teóricas, mas também decorrência do modelo regulatório delineado pela Constituição, como se observa especialmente das menções feitas às diversas formas de exercício da liberdade de expressão nos incisos do artigo 5º e como se extrai dos artigos 220 a 222, que estão localizados no Capítulo V e cujo objeto é justamente regular a comunicação social. O artigo 222, § 3º, CF configura cláusula de abertura aos novos avanços tecnológicos, possibilitando a aplicação dos princípios constitucionais que regem a atividade regulatória em matéria de liberdade de expressão aos novos meios que venham a surgir. Dessa forma, entendo que os parâmetros de regulação da liber-

dade de expressão para promover iguais liberdades e a deliberação são também aplicáveis às redes sociais, que devem observar as especificidades e nuances relativas à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Em síntese, a regulação instituída para promover a distribuição equitativa de iguais liberdades de expressão, para assegurar o pluralismo e a diversidade de opiniões no debate público e para garantir o acesso amplo e igual do espaço deliberativo justificam moralmente a regulação. O debate público é um recurso escasso, de modo que a distribuição desigual do espaço, das informações e das opiniões afetam diretamente a igualdade humana fundamental, a dignidade e a liberdade daqueles que não conseguem se expressar livremente. Isso contribui para reduzir não só a própria dignidade, mas também o *status* de cidadão, já que diminui a participação dos indivíduos no autogoverno coletivo. Por outro lado, aqueles que possuem tal recurso em demasia podem sofrer legitimamente uma restrição em sua liberdade de expressão para garantir o acesso daqueles menos afortunados. Justifica-se tal restrição em nome da liberdade igual de expressão dos cidadãos e dos valores, expostos acima, subjacentes ao liberalismo igualitário e à democracia deliberativa. Se a restrição ou, eventualmente, a proibição – que deverá sempre ser excepcional – se justifica moralmente pela igualdade humana fundamental e pela diversidade no debate público, não se pode falar em censura.

A regulação pode, ainda, se manifestar de duas formas. A primeira na distribuição equitativa do acesso e da propriedade dos meios. Nesse caso, a regulação age para corrigir o mal funcionamento do “mercado de ideias”, que impede a diversidade de opiniões e de informações na esfera pública.

A segunda se manifesta no conteúdo: há determinadas manifestações que terão acesso limitado aos meios de comunicação. O conteúdo será importante para analisar (i) a existência de pluralismo; e (ii) eventual ofensa à igualdade humana fundamental. O conteúdo permite identificar se o debate precisa ser enriquecido e se um grupo hegemônico está impedindo o acesso de informações e de pontos de vista diversos na esfera pública. Outro parâmetro importante para a restrição de conteúdo diz respeito às notícias falsas, tendo em vista a exigência da circulação de informações para o exercício do autogoverno cole-

tivo. Além disso, eventual violação à igualdade humana fundamental poderá ser também restringida ou excluída dos meios de comunicação de forma legítima.

A censura (pública ou privada) ocorre quando um agente público ou privado cerceia, restringe ou inviabiliza, de forma desproporcional e desarrazoada, o exercício da liberdade de expressão em sentido amplo de um indivíduo ou mesmo de uma pessoa jurídica. A censura é ilegítima não porque proíbe ou restringe essa liberdade, mas porque impede o exercício de iguais liberdades distribuídas de forma equitativa entre os cidadãos e porque retira do debate público opiniões e informações que aprimoram e enriquecem o debate público, inviabilizando o autogoverno coletivo. Normalmente, ocorre com a supressão de manifestações contrárias ao *status quo*.

Regulação e censura são, portanto, filosófica e juridicamente distintas. Além de não serem expressões sinônimas, estão descritas lado a lado no texto constitucional. A primeira é prevista e imposta pela Constituição, enquanto a segunda é vedada peremptoriamente pelo ordenamento. A regulação, ao contrário da censura, permite restrições proporcionais na liberdade de expressão, a fim de promover determinado valor ou fim constitucional.

A regulação dos meios de comunicação aposta na liberdade de expressão do cidadão como um mecanismo legítimo de concretização da dignidade e da democracia. Ao mesmo tempo, a Constituição reconhece que os recursos são escassos e que devem ser distribuídos equitativamente entre os cidadãos livres e iguais. Assim, reconhece que precisamos tanto como seres morais quanto como sociedade ser livres para produzir, pensar e refletir sobre o que somos e sobre o mundo que nos cerca. A regulação democrática e igualitária permite que isso não seja privilégio, mas um direito.

(Recebido para publicação em 13 de março de 2019)

(Reapresentado em 21 de dezembro de 2020)

(Reapresentado em 17 de dezembro de 2021)

(Aprovado para publicação em 23 de dezembro de 2021)

NOTAS

1. Nesse sentido, vejam-se os artigos 5º, IX e 220, § 2º, CF.
2. A divisão entre correntes libertária e democrática (ou coletivista) foi baseada no trabalho de Silva (2009).
3. Utilizarei, em regra, a palavra liberdade de expressão em seu sentido amplo para englobar a liberdade de informação, a liberdade de imprensa e a liberdade de manifestação.
4. Existem diversas concepções de democracia nas ciências sociais, especialmente nas Ciências e na Filosofia Políticas, como a minimalista, a representativa, a participativa e a deliberativa, e todas elas são válidas e possuem a sua relevância. É certo que a liberdade de expressão não é central somente na democracia deliberativa, mas também nas demais concepções, visto que todas elas se fundam na ideia da opinião pública livre. Contudo, elas diferem entre si porque concebem, de forma distinta, o que configura uma opinião pública livre (e.g., Post e Dworkin não concebem a opinião pública livre da mesma forma que Habermas). Por questões metodológicas, este artigo focará somente na democracia deliberativa, uma vez que, além do espaço limitado para tratar dessas outras perspectivas, a liberdade de expressão é central para o autogoverno coletivo e para a inclusão do cidadão na elaboração das normas que regem a sociedade.
5. Sobre o papel das cortes independentes para a garantia dos pressupostos da democracia, tal como a igualdade, ver Ely (2010).
6. O viés positivo e negativo da liberdade será aprofundado adiante.
7. Apesar de não ser um teórico da democracia deliberativa, o próprio Dahl (1985) reconheceu que, se quisermos conceber a democracia, normativamente, como um autogoverno coletivo entre iguais, deve-se atribuir aos cidadãos igual liberdade política para que possam deliberar como iguais. Isso reforça o ponto de vista aqui apresentado de que o exercício da liberdade igual é um pressuposto para a democracia. Segundo o autor, “se as pessoas têm o direito de se autogovernarem, então os cidadãos também devem ter direito a todos os direitos que sejam necessários para que se autogovernem – isto é, todos os direitos que são essenciais ao processo democrático” (Dahl, 1985: 25).” Se o autogoverno coletivo exige igualdade econômica e política e a fruição de direitos iguais, parece evidente a necessidade de uma distribuição equitativa das liberdades comunicativas. Dessa forma, a liberdade de expressão deve se tornar efetiva para todos os cidadãos, de modo a permitir que participem como iguais no debate. Agradeço ao parecerista anônimo da revista *Dados* por essa sugestão.
8. Note-se que Rawls (2016: 274-281), embora não seja um teórico da democracia deliberativa, mas um liberal igualitário, reconhece que a distribuição desigual das liberdades de participação política, tais como liberdade de expressão, de associação e de reunião, ensejaria a criação de leis e de políticas públicas desiguais, o que resultaria em privilégios e em concentração de recursos nas mãos de um determinado grupo favorecido politicamente. Essa posição converge, portanto, com a ideia da igualdade de participação como impulsionadora da democracia presente nos autores da democracia deliberativa.
9. A utilização da teoria de Habermas para articular o argumento sob a ótica deliberativa não é infundada. Além de ser um dos maiores expoentes do tema, a deliberação – e sua teoria, especificamente – se conecta com questões distributivas. Nesse cenário, em que não é possível a troca de razões face a face na esfera pública, a teoria passa a exigir a

distribuição dos meios de comunicação: regulação e distribuição são, portanto, decorrência teórica e lógica não previstas expressamente nas teorias deliberativas, em regra, mas tratadas pelo liberalismo igualitário.

10. É certo que o valor intrínseco da liberdade de expressão não está só na ótica liberal, mas também na democracia deliberativa, de modo que um e outro se retroalimentam, em uma relação sinérgica. A democracia é a forma de governo que mais valoriza as liberdades de expressão, sendo superior às demais formas de governo porque possibilita a igualdade política de expressão. Por outro lado, uma ampla e plural liberdade de expressão favorece o aprimoramento dos regimes democráticos. É, assim, uma via de mão dupla. Acredito que essa importância substantiva da liberdade de expressão está no próprio Habermas, para quem o cerne da democracia está na conversa. Além disso, a própria vertente kantiana de sua teoria implica essa conclusão.
11. Utilizo o conceito de Baker (1997: 979-1020), que relaciona a importância da liberdade de expressão com a possibilidade de divulgação para o mundo de aspectos importantes de si.
12. Como exemplos de teorias da justiça, vale citar as obras de Rawls (2016), Dworkin (2011) e Nussbaum (2013). Sobre as teorias liberais igualitárias que não se preocupam com o desenvolvimento de uma teoria da justiça, ver Sen (1995) e Nussbaum (1997 e 2011).
13. De certa forma, tal perspectiva resolve parte do problema apontado por Sen sobre “igualdade de quê?”. Nesse sentido, veja-se o título “Equality of What?” do primeiro capítulo do livro *Inequality Reexamined*. Ver Sen (1995: 12-30).
14. O termo foi criado por Berlin (2002: 226-298) em seu clássico “Dois conceitos de liberdade”.
15. A definição de liberdade efetiva de Vita, que é também utilizada neste trabalho, foi extraída do seguinte trecho da obra de Rawls (2016: 251): “[c]onsiderando-se os dois princípios em conjunto, a estrutura básica deve ser organizada de forma a maximizar o valor para os menos favorecidos do sistema de liberdade igual compartilhado por todos. Isso é o que define o objetivo da justiça social.”
16. “Capacidade é, portanto, um conjunto de vetores de funcionalidades, que refletem a liberdade da pessoa de escolher conduzir sua vida de um jeito ou de outro” (Sen, 1995: 40). Nussbaum (2011: 20) diz que capacidades são “não só as habilidades que residem dentro de uma pessoa, mas também as liberdades e oportunidades criadas pela combinação de habilidades pessoais e o ambiente político, social e econômico”.
17. Autores da deliberação e das capacidades, em geral, não falam diretamente da questão da regulação institucional, mas, a partir da forma como colocam o problema da comunicação, em relação à democracia e à liberdade, deixam evidente a necessidade de se instituir uma regulação em nome da igual liberdade comunicativa.
18. Além da questão dos animais não humanos, Nussbaum (2011: 18) trabalha na construção de uma teoria de justiça social básica que adiciona outras questões no processo, como a dignidade humana, limite (*threshold*) e o liberalismo político. Sen, como a própria autora corretamente aponta, não tem a intenção de propor uma teoria da justiça e dispensa, em sua proposição, a utilização da dignidade humana como conceito central, apesar de reconhecer sua importância. Além disso, Nussbaum também tem uma lista específica de capacidades centrais (*Central Capabilities*). Outra diferença entre as teorias de Sen e Nussbaum é que a autora divide as capacidades em combinadas (*combined capabilities*), internas (*internal capabilities*) e básicas (*basic capabilities*).

19. Em trabalhos anteriores, a autora chamava as capacidades combinadas de capacidades externas. Nussbaum (1997) explica que a mudança da categoria foi uma sugestão de David A. Crocker, que deriva do fato de que a nomenclatura poderia passar a impressão equivocada de contraste entre capacidades internas e externas. A denominação “capacidades externas” é encontrada em Nussbaum (1990: 203-252 e 1988: 145-184).
20. Existe, na teoria política, alguma divergência sobre a aplicação dos princípios de justiça somente à estrutura básica da sociedade, e não também ao que Rawls denomina de associações em sentido amplo, como a família, as entidades e demais associações privadas. Nesse sentido, Okin (1994: 23-43) critica que a família não se encontra na estrutura básica da sociedade na obra “Uma teoria da justiça”, o que é retificado, de certa forma, por Rawls no “Liberalismo político”, em que ele adiciona a família monogâmica na estrutura básica. A crítica é pertinente, porque retira a aplicação dos princípios de justiça da família, âmbito no qual se encontram grandes opressões, principalmente de gênero. Em outras palavras, Okin volta a rediscutir a relação entre público e privado a partir da ideia de que os princípios de justiça (público) devem ser também aplicados nas relações privadas onde se perpetuam relações de opressão.
21. Dworkin (2011), em sua obra intitulada *Virtude soberana*, criticará Rawls defendendo que sua teoria seria insuficientemente igualitária. Ambos tentam neutralizar a sorte bruta, mas entendendo que Rawls, ao tratar a igualdade e a liberdade como princípios complementares em seu primeiro princípio da justiça – que será analisado a seguir – e por instituir o princípio da diferença, que faz com que o benefício de um tenha que se reverter também em benefício dos menos favorecidos, neutraliza também, em alguma medida, a sorte escolhida. Na metáfora das conchas e do seguro hipotético de Dworkin, a sorte bruta é neutralizada, mas, a meu ver, a sorte escolhida não, o que torna a sua teoria menos igualitária do que a de Rawls.
22. Sobre o reconhecimento intersubjetivo, veja-se a teoria de Honneth (2009). Apesar de ir muito além das questões institucionais tratadas aqui, o reconhecimento intersubjetivo é um importante elemento de formação do *self*, que deve ser levado em consideração ao idealizar o funcionamento de instituições pela teoria política e ao delinear políticas públicas.
23. Ver, nessa corrente, Fiss (2005) e Sunstein (1993).
24. Nesse sentido, ver, a título exemplificativo, Scanlon (1977: 153-172), Dworkin (1996: 195-213) e Post (1995: 268-285).
25. Ou seja, estranhamente, em suas formulações mais amplas, são amplamente igualitários nas distribuições das liberdades básicas, mas desconfiam do Estado para atuar na regulação da liberdade de expressão, filiando-se à corrente libertária, e não à coletivista.
26. Artigo 5º, IX, CF: “[...] é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.
27. Artigo 220, § 2º, CF: “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.
28. A definição de censura a seguir exposta é a mesma que consta em outro trabalho de minha autoria. Nesse sentido, veja-se Lopes, 2015.

29. Veja-se, novamente, o exemplo das redes sociais para deixar as ideias mais claras e mais didáticas: não configura censura (privada) a retirada de um discurso de ódio da plataforma, visto que se está tutelando a igualdade humana fundamental, notadamente o *status* igual de um cidadão pertencente a uma minoria política, como no caso do racismo. Por outro lado, estaria configurada a censura privada se uma plataforma excluísse um trabalho fotográfico que retratasse o dia a dia de uma tribo indígena sob o argumento de que a veiculação de imagens de pessoas nuas contraria a política da plataforma.
30. A expressão foi criada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento do caso *Chaplinsky v New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), e é usada para designar aquelas palavras que, por si sós, provocam danos ou incitam uma imediata violação da paz, razão pela qual seriam não essenciais para a exposição de ideias e despidas de valor social relevante para se alcançar a verdade e para o interesse social.
31. Não analisarei neste artigo se o *hate speech* deve ser proibido, criminalizado ou banido do debate público, visto que o tema fugiria do objetivo deste trabalho e demandaria um estudo próprio. Contudo, creio que, dentro do que aqui propus, há elementos suficientes para afirmar que determinados discursos, como os de ódio e os que minam o *status* igual dos cidadãos, devem ser mantidos fora dos meios de comunicação, porque incompatíveis com as premissas deliberativas e liberais igualitárias aqui estabelecidas – especialmente as segundas. Penso que há uma diferença entre dizer que determinado discurso deve ser banido dos meios de comunicação e defender a sua proibição do debate público. O objeto deste trabalho se preocupa com o primeiro, e não com o segundo, em que pese haja uma relação muito próxima e relevante entre meios de comunicação e deliberação.
32. Essa “mistura” entre direito constitucional e teoria normativa é relevante sob o seguinte aspecto: Constituintes se munem de teorias religiosas, ideológicas, filosóficas e morais. Vários constitucionalistas e juristas importantes elaboraram o texto com base nesses valores – no Brasil, por exemplo, tiveram participações ativas na elaboração José Afonso da Silva, Afonso Arinos e Fábio Konder Comparato. Existe uma retroalimentação entre teoria e realidade. Os atores que estão na arena política utilizam argumentos de todos os lugares, inclusive da filosofia, não só para elaborar o texto constitucional, mas também para reivindicar a implementação de direitos e compromissos previstos na Constituição, seja no âmbito do Poder Judiciário, seja no da política ordinária, por meio do Executivo e do Legislativo.
33. Segundo Rawls (2016: 8), a estrutura básica seria “o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social”, o que incluiria as principais instituições sociais, a constituição política e os arranjos econômicos e sociais mais importantes (Rawls, 2016: 8).
34. Artigo 5º, IV, CF.
35. Artigo 5º, IX, CF.
36. Artigo 5º, VI, VIII, CF.
37. Artigo 5º, XIV, XXXIII, LXXII, “a”; artigo 37, § 3º; artigo 93, IX, CF.
38. Artigo 220, § 1º, CF.

39. Ou até mesmo uma mistura dos dois, como no caso da iniciativa popular de lei, prevista no artigo 14, inciso III, CF.
40. Essa leitura não está diretamente em Habermas, mas creio que seja uma leitura possível de se extrair de diversas premissas de sua teoria. Penso que é razoável, ao menos, dizer que é uma teoria derivada da teoria habermasiana.
41. Essa produção normativa fruto do processo deliberativo pode resultar, por exemplo, na imposição de proibições ou de restrições individuais, na regulação de diversos aspectos da vida social e na criação de leis e políticas públicas em geral.
42. Dentre os dispositivos estão os citados artigos 5º, V, 220, § 3º e 4º e 221, CF.
43. O artigo 222, § 3º, CF pode ser utilizado para fundamentar a tal atemporalidade da regulação dos meios, em decorrência do avanço tecnológico.
44. O Supremo Tribunal Federal (STF) possui jurisprudência pacífica no sentido da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. Confira-se o seguinte precedente paradigmático na matéria: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ. Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ acórdão Ministro Gilmar Mendes. DJ 27/10/2006.
45. Exemplo que vem causando bastante discussão no Brasil é o do Whatsapp, empresa que não possui filial ou pessoa jurídica constituída no país. Sobre a questão, veja-se o texto de Dantas (2016).

REFERÊNCIAS

- BAKER, C. Edwin. "Harm, liberty, and free speech". *Southern California Law Review*, v. 70, n. 4, pp. 979-1020.
- BARENDT, Eric. (2009), *Freedom of speech*. 2. ed., New York, Oxford University.
- BERLIN, Isaiah. (2002), "Dois conceitos de liberdade", in I. Berlin, *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Trad. Rosaura Achenberg. São Paulo, Companhia das Letras.
- BINENBOJM, Gustavo. (2003), Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, pp. 360-380.
- DAHL, Robert A. (1995), *A preface to economic democracy*. Berkeley e Los Angeles: University of California Press.
- DANTAS, Marcos. (2016), "WhatsApp não está acima da lei". O Globo [online]. [29-01-2019]. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/whatsapp-nao-esta-acima-da-lei-18385944>>.
- DWORKIN, Ronald. (1996), "Why speech must be free?", in _____, *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press.
- _____. (2011), *Virtude soberana: a teoria e prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. 2. ed. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes.
- ELY, John Hart. (2010), *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes.
- FARIAS, Edilson. (2004), *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- FISS, Owen. (2005), *A ironia da liberdade de expressão*. Trad. Gustavo Binbenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro, Renovar.
- GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. (2004), *Why deliberative democracy?* Princeton, Princeton University Press.
- HABERMAS, Jürgen. (2008), "Comunicação política na sociedade mediática: o impacto da teoria normativa na pesquisa empírica". *Líbero* [online], Ano XI, n. 21 [13-12-2018], pp. 9-20. Disponível em: <<https://casperlibero.edu.br/wp-content/uploads/2014/05/Comunica%C3%A7%C3%A3o-pol%C3%ADtica-na-sociedade-medi%C3%A1tica.pdf>>.
- _____. (2012), *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I., 2. ed., Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.
- HONNETH, Axel. (2009), *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. 2. ed. São Paulo, Editora 34.
- LOPES, Eduardo Lasmar Prado (2015), *Um esboço das biografias no Brasil: A liberdade de expressão, a personalidade e a Constituição de 1988*. São Paulo, Almedina.
- NUSSBAUM, Martha C. (1988), "Nature, function, and capability: Aristotle on political distribution", in J. Annas e R. H. Grimm (orgs.). *Oxford studies in ancient philosophy. Supplementary volume*. Oxford, The Clarendon Press.

- _____. (1990), "Aristotelian social democracy" in R. B. Douglass, G. R. Mara e H. S. Richardson (orgs.), *Liberalism and the good*. Nova York e Londres, Routledge.
- _____. (1997), "Capabilities and human rights". *Fordham Law Review*, v. 66, pp. 273-300.
- _____. (2011), *Creating capabilities: the human development approach*. Cambridge e Londres, The Belknap Press of Harvard University Press.
- _____. (2013), *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Trad. Susana de Castro. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes.
- OKIN, Susan Moller. (1994), "Political liberalism, justice, and gender". *Ethics*, v. 105, n. 1, pp. 23-43.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. (2006), *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro, Renovar.
- POST, Robert C. (1995), "Meiklejohn's mistake: individual autonomy and the reform of public discourse", in _____, *Constitutional domains*. Cambridge, Harvard University Press.
- RAWLS, John. (2011), *O liberalismo político*. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes.
- _____. (2016), *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. Rev. Álvaro de Vita. 4ª ed. São Paulo, Martins Fontes.
- SARMENTO, Daniel. (2010a), "Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do estado", in _____. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, pp. 263-299.
- _____. (2010b), *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- _____. (2013), "Comentário ao artigo 5º da Constituição", in J. J. G. Canotilho, L. F. Leony, G. F. Mendes, I. W. Sarlet e L. L. Streck (org.), *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva, 2013.
- SCANLON, Thomas. (1977), "A theory of freedom of expression", in R. Dworkin (org.), *The philosophy of Law*. Oxford, Oxford University Press.
- SEN, Amartya. (1995), *Inequality reexamined*. Cambridge, Harvard University Press.
- SILVA, Júlio César Casarin Barroso. (2009), *Democracia e liberdade de expressão. Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra*. Tese (Doutorado em Ciência Política), Universidade de São Paulo, São Paulo.
- SUNSTEIN, Cass. (1993), *Democracy and the problem of free speech*. New York, The Free Press.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. (1999), *A Constituição e a sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo, Malheiros.
- VITA, Álvaro de. (2011), "Liberalismo, justiça social e responsabilidade individual". *Dados* [online]. v. 54, n. 4 [30-11-2021], pp. 569-608. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0011-52582011000400003>>.

RESUMO

Regulação é Censura? Igual Liberdade de Expressão e Democracia na Constituição de 1988

A liberdade de expressão é essencial para as democracias liberais. Contudo, os oligopólios e os monopólios nos meios de comunicação tendem a reduzir o pluralismo, provocando problemas distributivos e deliberativos. O objetivo deste artigo é demonstrar que a regulação é um instrumento adequado para aprimorar a democracia e garantir a igualdade humana fundamental. Além da falta de estudos sobre o tema sob essas duas óticas – principalmente no Brasil –, há uma tendência, no debate público nacional, de associar regulação à censura. Explicarei, na primeira parte, a relação entre regulação e democracia deliberativa. Na segunda, demonstrarei, à luz do liberalismo igualitário, a função da regulação na distribuição equitativa de liberdades de expressão. Por fim, analisarei, a partir da harmonização entre as referidas premissas filosóficas e a Constituição de 1988, a diferença entre censura e regulação e demonstrarei a essencialidade desta para amplificar o exercício da igual liberdade de expressão pelos cidadãos.

Palavras-chave: liberdade de expressão; regulação; democracia deliberativa; liberalismo igualitário; censura

ABSTRACT

Is Regulation Censorship? Equal Freedom of Expression and Democracy in the 1988 Constitution

Freedom of speech is essential for liberal democracies. However, oligopolies and monopolies in mass media tend to reduce pluralism – which, in turn, causes distributive and deliberative problems. This essay aims to demonstrate that regulation is an appropriate mechanism to refine democracy and guarantee fundamental human equality. Aside from the lack of research on the theme from these two theoretical perspectives, especially in Brazil, there is a tendency to associate regulation with censorship within the national public debate. I begin by analyzing the relationship between regulation and deliberative democracy. In light of egalitarian liberalism, I demonstrate in the second part the role of regulation in the equitable distribution of freedoms of speech. Finally, I analyze the difference between censorship and regulation based on the harmonization between those philosophical premises and the 1988 Constitution. I seek to demonstrate the need for regulation to amplify citizens' equal freedom of expression.

Keywords: freedom of speech; regulation; deliberative democracy; equal liberalism; censorship

RÉSUMÉ

La Réglementation Est-Elle de la Censure ? Liberté d'Expression et Démocratie Egales dans la Constitution de 1988

La liberté d'expression est essentielle pour les démocraties libérales. Cependant, les oligopoles et les monopoles dans les médias tendent à réduire le pluralisme, causant des problèmes de distribution et de délibération. L'objet de cet article est de démontrer que la régulation est un instrument adéquat pour améliorer la démocratie et garantir l'égalité humaine fondamentale. Outre le manque d'études de ce sujet sous ces deux angles – principalement au Brésil –, on observe une tendance, dans le débat public national, à associer régulation et censure. Dans une première partie, j'expliquerai les relations entre régulation et démocratie délibérative. Dans le second, je démontrerai, à la lumière du libéralisme égalitaire, le rôle de la régulation dans la répartition équitable de la liberté d'expression. Enfin, sur la base de l'harmonisation entre les prémisses philosophiques susmentionnées et la Constitution de 1988, j'analyserai la différence entre censure et réglementation et démontrerai son caractère essentiel pour amplifier l'exercice d'une égale liberté d'expression par les citoyens.

Mots-Clés: liberté d'expression; régulation; démocratie délibérative; libéralisme égalitaire; censure

RESUMEN

¿La Regulación es Censura? Libertad de Expresión y Democracia en la Constitución de 1988

La libertad de expresión es esencial para las democracias liberales. Sin embargo, los oligopolios y los monopolios en los medios de comunicación tienden a reducir el pluralismo, causando problemas distributivos y deliberativos. El objetivo de este artículo es demostrar que la regulación es un instrumento adecuado para mejorar la democracia y garantizar la igualdad humana fundamental. Además de la falta de estudios sobre el tema desde estas dos perspectivas -especialmente en Brasil- existe una tendencia en el debate público nacional a asociar la regulación con la censura. En la primera parte, explicaré la relación entre la regulación y la democracia deliberativa. En la segunda parte, demostraré, a la luz del liberalismo igualitario, la función de la regulación en la distribución equitativa de la libertad de expresión. Por último, analizaré, a partir de la armonización entre estas premisas filosóficas y la Constitución de 1988, la diferencia entre censura y reglamentación y demostraré la esencialidad de esta última para ampliar el ejercicio de la libertad de expresión igualitaria de los ciudadanos.

Palabras-clave: libertad de expresión; regulación; democracia deliberativa; liberalismo igualitario; censura