

REVISTA

SABERES DA AMAZÔNIA

CIÊNCIAS JURÍDICAS, HUMANAS E SOCIAIS



VOL. 5 | N. 10

Janeiro-Julho 2020 | ISSN: 2448-0576

**DEMOCRACIA E LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO
SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO
DE RICHARD POSNER**

**DEMOCRACY AND LIMITS TO FREEDOM OF SPEECH
FROM THE PERSPECTIVE OF LAW AND ECONOMICS BY
RICHARD POSNER'S**

Kauana Nunes de Palma¹
Marcos Vinícius de Almeida e Souza²

RESUMO

O objetivo desta pesquisa é verificar qual é o papel da liberdade de expressão em regimes democráticos, bem como entendê-la sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. Nesse sentido, Richard Posner, um dos fundadores da corrente em voga, sustenta que a liberdade de expressão está intimamente ligada com a continuidade do livre comércio, de modo que sua manutenção se mostra fundamental. Busca-se, dessa forma, compreender se pela análise econômica os abusos da liberdade de expressão devem ser combatidos de forma prévia ou posterior. Depreendeu-se da pesquisa que, segundo o autor estudado, é preferível que se puna eventuais abusos da liberdade de expressão após cometidos, sob pena de se colocar em risco a própria continuidade do regime democrático. O estudo se faz necessário ante os discursos antidemocráticos emergentes que buscam censurar os meios de comunicação modernos. Os métodos de pesquisa utilizados foram o indutivo e o cartesiano para busca doutrinária cujo referencial teórico foi o *livro Economic Analysis of Law*, de Richard Posner.

Palavras-chave: Democracia; liberdade de expressão; análise econômica do direito.

ABSTRACT

The objective of this research is to verify what is the place of freedom of speech in democratic regimes, as well as to understand it from the perspective of Economic Analysis of Law. In this context, Richard Posner, one of the founders of the current in vogue, sustains freedom of speech is closely linked to the continuity of free trade, so that its maintenance is fundamental. In this way, it is

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: kauanapalma@gmail.com

² Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: viniiciusalmeida@edu.univali.br

important to understand whether, through economic analysis, abuses of freedom of speech should be fought in a previous or posterior way. The research shows that, according to the author studied, it is preferable to punish possible abuses of freedom of speech after they have been committed, at the risk of jeopardizing the very continuity of the democratic regime. The study is necessary in face of emerging anti-democratic discourses that seek to censor modern means of communication. The research methods used were the inductive and the Cartesian doctrinal search whose theoretical reference was the book *Economic Analysis of Law*, by Richard Posner.

Keyword: Democracy; freedom of speech; economic analysis of law.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca compreender de qual modo se vê a possibilidade da limitação da liberdade de expressão, sob a perspectiva do jurista Richard Posner, e de sua teoria acerca da Análise Econômica do Direito, bem como a importância desta liberdade num sistema democrático.

Para fins de verificação da pretensão demonstrada, os objetivos são analisar de que modo a utilização da *fake news*³ como método de ascensão ao poder pode justificar uma certa restrição à liberdade de expressão, um dos pilares do exercício da Democracia.

Atualmente, quando um país se autodenomina democrático, parece que está, automaticamente, carregado de legitimidade nas decisões políticas, visto que suas regras e decisões parecem dotadas de uma aprovação, senão geral, ao menos da maior parte do povo, ainda que não respeite as minorias e grupos mais frágeis.

A liberdade de expressão, como já mencionado, é um princípio basilar de um Estado Democrático e de Direito, e de suma importância, principalmente em países que experimentaram as mazelas de Ditaduras em que não havia espaço para livre manifestação do pensamento.

³“O termo *fake news* deveria ser compreendido como toda informação que, sendo de modo comprovável falsa, seja capaz de prejudicar terceiros e tenha sido forjada e/ou posta em circulação por negligência ou má-fé, neste caso, com vistas ao lucro fácil ou à manipulação política.” (FRIAS FILHO, Otavio. O que é falso sobre *fake news*. **Revista USP**, n. 116, p. 39-44, 29 maio 2018).

Entretanto, com o advento de uma polarização política que atinge quase a totalidade dos países no globo, a liberdade de expressão aparentemente começou a servir como justificativa para excessos e demandas judiciais.

Diante deste cenário, é importante questionar se a incitação ao ódio e a propagação de notícias falsas, que trazem consigo a intenção de destruir reputações, além de serem utilizadas como forma de convencimento e manipulação da opinião pública⁴, é suficiente para motivar os Estados de proibir a propagação de determinados conteúdos e informações, bem como de páginas em redes sociais de grande alcance, retirando parte da liberdade de expressão do cidadão.

Denota-se que o discurso de ódio na era da pós-verdade fomenta a crise do regime Democrático, gerando incerteza e risco, além de causar danos tanto no que se refere à esfera emocional, quanto na esfera política, dada a forma em que os dados, informações e notícias são recebidos pela população.

A presente pesquisa traz a seguinte hipótese: ainda que a liberdade de expressão seja um princípio fundamental em um Estado Democrático e de Direito, a utilização deste importante direito deve sofrer uma certa limitação em casos extremos, onde é empregada para propagar mentiras e difundir o ódio entre pessoas.

A metodologia utilizada foi o método indutivo e o cartesiano para coleta de dados bibliográficos, por meio de pesquisa realizada sobre o tema, utilizando, para tanto, artigos e doutrina, cujo referencial teórico foi o livro *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner.

1. DEMOCRACIA E EXPRESSÃO

⁴A opinião pública pode ser definida, assim, enquanto uma configuração mental coletiva que se traduz por posições políticas ideológicas compartilhadas por segmentos relativamente importantes da sociedade. Ela se caracteriza por uma certa reflexividade a posteriori, baseada numa consciência intuitiva aproximativa e desdobrada numa apreensão cognitiva relativamente clara de sua existência formal e do aspecto estrutural do terreno social do qual ela emana e que a subentende [...]. (TUZZO, Simone Antoniacci. **Deslumbramento coletivo**. São Paulo: Annablume, 2005.).

Ao contrário do que se entende da Democracia como completa imposição de vontade da maioria, em sua fundação, na concepção ateniense, levantou-se como uma emancipação da classe camponesa contra a concentração de poder da classe aristocrata, da qual a maioria da população deveria ceder às suas vontades, numa situação de desigualdade. Esse processo democrático, motivo de orgulho entre os atenienses, tornou aquela Sociedade peculiar em um local de igualdade, onde existiam cidadãos livres, sem padrões ou privilégios baseados em questões hereditárias ou sociais.⁵

Séculos depois, o autor francês Alexis de Tocqueville, em viagem à América, descobriu um sistema democrático muito forte, pautado em ideais de cunho liberal.

Neste contexto, destacou o papel da liberdade de imprensa, bem como a importância de os cidadãos receberem as mais diversas informações e, dentro destas, escolher a que mais lhe aprouver.⁶

Acerca da expressão, o autor sustentou que “[...] é a forma exterior, e se assim posso me exprimir, o corpo do pensamento, mas não é o próprio pensamento”.⁷

Posteriormente, Kelsen⁸ afirmou que a Democracia é, no plano da ideia, como um tipo de Estado e de Sociedade onde a vontade geral ou a ordem social, é realizada por quem está submetido a tal ordem, em outras palavras, é realizada pelo povo.

Neste sentido, somente deve-se entender como democrático o sistema onde o povo conserva o poder de se autodirigir, e estar claro que do povo emana a força do poder político.

⁵MIGLINO, Arnaldo. **A cor da Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 11.

⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da Democracia na América**. Leis e Costumes. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: *De ladémocratie en Amérique*. p. 197.

⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da Democracia na América**. Leis e Costumes. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: *De ladémocratie en Amérique*. p. 208.

⁸KELSEN, Hans. **A Democracia**. Tradução de Ivone Castilho, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 35.

Deste modo, observa-se que dentro desta forma de governo, o titular do Poder Político é o povo, que o exerce por meio do sufrágio.

Ainda, segundo Bobbio⁹, a Democracia pode ser “caracterizada por um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos.”

Nesse sentido, é importante esclarecer que a Democracia não é apenas um meio de governar. São elementares a ela as instituições políticas e um sistema de direitos, inclusive “os direitos estão entre os blocos essenciais da construção de um processo de governo democrático”.¹⁰

Alain Touraine¹¹questiona até onde a soberania popular corresponde à Democracia

Sem a ideia de soberania popular, não há Democracia possível. Mas será que podemos identificar a primeira com a segunda? Será que podemos considerá-la como uma definição suficiente de Democracia? Seria ir demasiadamente longe no outro sentido.

Em síntese, a Democracia, como forma de governo onde o povo é o titular do poder, é terreno fértil para que haja uma garantia maior de liberdade para o cidadão, desde que nessa liberdade esteja compreendido o respeito aos demais.

Neste sentido, entende-se que a liberdade de discussão está intimamente ligada com o princípio democrático, tendo a liberdade de expressão, que engloba além das ideias e pensamentos, as opiniões, juízo de valor, crenças e críticas, papel fundamental na participação coletiva dos cidadãos.

Assim, quando se fala de Democracia é o conceito de liberdade que melhor a determina, e não igualdade.¹²No entanto, é importante que se observe

⁹ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 16ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, Ano. 2019. p. 35.

¹⁰ DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB, 2001. pp. 61/62.

¹¹TOURAINÉ, Alain. **O que é Democracia?** Trad. Guilherme João de Freitas. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1996. Título original: Qu' est-ce que ladémocratie? p. 112

que, assim como qualquer outro princípio/garantia fundamental, seu alcance não é irrestrito, de modo que é preciso que se busque por “um limite para a interferência legítima da opinião coletiva na independência do indivíduo; encontrar esse limite, e defendê-lo de interferências, é tão indispensável à boa condição das questões humanas quanto a proteção contra o despotismo político.”¹³

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO: PRINCÍPIOS E LIMITES

A liberdade de expressão é protegida pela Constituição brasileira sob duas perspectivas: de modo positivo,¹⁴ permite que o cidadão se expresse como quiser, e de modo negativo,¹⁵ impede ilegítima intervenção do Estado, por meio de censura prévia. Sob o prisma positivo, a liberdade de expressão possibilita responsabilização do ofensor civil e criminalmente, além do direito de resposta do ofendido. No aspecto negativo, não permite que o Estado limite previamente o conteúdo de determinado discurso, mesmo que possa dele advir suposto resultado negativo.¹⁶

¹²KELSEN, Hans. **A Democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 99.

¹³MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e a sujeição das mulheres**. Tradução de Paulo Geiger. [s. l.]: Penguin-Companhia, 2017. n. p. arquivo Kindle.

¹⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;” (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2020).

¹⁵ “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.” (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2020).

¹⁶ MORAES, Alexandre de. Democracia e liberdade de expressão. **Meu site jurídico**. <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/04/14/Democracia-e-liberdade-de-expressao/>. Acesso em: 20 de nov. de 2020

Nesse diapasão, cumpre destacar que a liberdade de expressão é a forma de garantir a participação política dos cidadãos. Somente através da livre expressão de diversos pontos de vista cada um é capaz de tomar suas decisões adequadamente na influência e escolha de seus candidatos e representantes. Assim, a livre expressão não é apenas o direito de ser ouvido, mas também de ouvir o próximo.¹⁷

Dessa forma, é apenas por ter a plena liberdade de dizer e contradizer determinada informação que se pode presumir a veracidade de um discurso e, portanto, a única garantia de que se possui apoio ou oposição reais.¹⁸

Sem a liberdade de expressão não haveria forma eficaz para que os cidadãos influenciassem seus representantes nas decisões de governos. Os cidadãos silenciosos são estimados pelos governos autoritários, mas podem levar à ruína uma Democracia.¹⁹

Ao contrário do que possa parecer de início, silenciar uma opinião não lesa apenas aquele que foi impedido da fala, e sim toda a raça humana, a geração atual tanto quanto as futuras, tanto os que com ela concordam e ainda mais os que dela discordam.²⁰

No governo democrático a liberdade de expressão é imprescindível uma vez que é uma vertente do pressuposto do livre acesso à informação e não há como se falar em legitimidade do autogoverno para exercer a coerção a menos que todos que a ela estão sujeitos tenham a oportunidade de manifestar-se sobre as decisões coletivas.²¹

Cabe destacar que a liberdade de fala, assim como a participação política só são plenas em uma Democracia quando é permitido que se teça críticas aos governantes.²²

¹⁷ DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia**. p. 110.

¹⁸ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e a sujeição das mulheres**. n. p. arquivo Kindle.

¹⁹ DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia**. p. 111.

²⁰ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e a sujeição das mulheres**. n. p. arquivo Kindle.

²¹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. pp. 569/570.

²² MORAES, Alexandre de. Democracia e liberdade de expressão. **Meu site jurídico**.

Nesse sentido, ao se sujeitarem ao palco político, os personagens públicos devem suportar mais incômodos decorrentes da liberdade de expressão da população tendo em vista que com sua visibilidade os coloca em papel de destaque para maior número de críticas, informações negativas e comentários desabonadores, não cabendo a eles a proteção tão ampla à honra como de um homem comum.²³

Para compreender o sistema político democrático é preciso que se tenha em mente que a Democracia é “ao mesmo tempo a um ideal e a uma realidade.”²⁴

Diz-se isso porque a Democracia como sistema político ideal é aquele em que todos são livres e possuem igualmente acesso aos cargos públicos. No entanto, após se ver sob o império das leis, aquela Democracia idealizada se transforma na Democracia real, onde o povo é atingido pelo discurso dos demagogos.²⁵

A prática da Democracia, portanto, acaba por enfrentar diversos percalços além dos inicialmente previstos. O processo eleitoral por meio das eleições populares favorece a ascensão dos demagogos ao poder ao passo que eles, com discursos populistas, acabam por conquistar maior espaço de fala e, portanto, o convencimento do povo.

3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Em tempos de *fake news*, em que a mentira é deliberadamente difundida por organizações a favor de líderes populistas a fim de suprimir as informações

²³ PRADO, Luiz Regis. Liberdade de expressão e Democracia. **Gen Jurídico**. Data de publicação: 23 de jun de 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/06/23/liberdade-de-expressao-e-Democracia/>. Acesso em: 20 de jul de 2020.

²⁴ DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia**. p. 37.

²⁵ ARISTÓTELES. **A Política**. Coleção clássico para todos. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2011. n.p. arquivo Kindle.

precisas ou fatos que seriam a eles contrários,²⁶ ressurgiu a discussão a respeito da possibilidade de limitação da liberdade de se expressar.

Pela perspectiva da análise econômica do direito, Posner²⁷ aponta que a regulamentação do mercado de ideias coloca em risco o sistema democrático, tendo em vista que tem grandes chances de induzir ao monopólio pelo governo dos sistemas de informação.

Nesse sentido, Dworkin²⁸ assinala que é fundamental a proteção do mercado de ideias, inclusive no que concerne às críticas aos ocupantes e cargos públicos, tendo em vista que possibilita a melhor escolha dos governantes e o curso dos governos.

Posner, por sua vez, sustenta que o argumento econômico para a liberdade de expressão política não é, como seria de esperar, que a verdade só pode ser determinada por uma competição entre ideias. O aspecto mais importante da liberdade de expressão política é simplesmente o direito de criticar o governo, funcionários e políticas, ou seja, o direito de divulgar informações, e que isso pode afetar a forma como as pessoas votam na próxima eleição. A supressão de informações relevantes no mercado político, como no mercado de bens e serviços (comuns) pode distorcer a escolha e, dessa forma, reduzir o bem-estar mesmo se não houver competição, porque os partidos políticos concorrentes subscrevem as mesmas ideias.²⁹

Pela fórmula de Hand utilizada no cálculo de negligência, onde se ponderam os valores de risco pela análise econômica do direito, se o custo da redução do mercado de ideias por ações do governo (B) for menor que a probabilidade que os crimes contra a honra aconteçam (P) vezes o custo social

²⁶D'ANCONA, Matthew. **Pós-verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de Fake news**. Tradução de Carlos Szlak. Barueri: Faro editorial, 2018. p. 46.

²⁷ POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 3rd ed. Nova York: Wolter Kluwer, 1986. p. 627.

²⁸DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 324.

²⁹POSNER, Richard A. Free Speech in an Economic Perspective. **Suffolk University Law Review**, v. XX, n. 1, spring, 1986. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2897&context=journal_articles. Acesso em: 05 de out. 2020

se eles acontecerem (L), convém que o governo tome medidas contra o orador (B < PL).³⁰

A aplicação da fórmula, no entanto depende de quais ações se pretende aplicar pelo governo. Se o discurso for de defesa de um genocídio PL seria maior que a sugestão de um linchamento, uma vez que o custo social seria menor. Em contra partida, com a limitação dos discursos o custo do comprometimento da liberdade de expressão é alto. Assim, deve-se ponderar entre a penalização do interlocutor ou a fiscalização dos discursos.³¹

No estado democrático de direito, como é entendido hoje, não deve o Poder Público interferir nas fontes de informação, ideias ou métodos de divulgação de notícias, de modo que se evite juízo de valor das opiniões propagadas sob pena de ofensa às liberdade individuais e políticas.³²

O perigo de tentar limitar o espaço de fala é que não há como se precisar se a opinião que se tenta reprimir é verdadeiramente falsa, e mesmo que fosse possível ter tal certeza, reprimi-la seria um mal da mesma forma.³³

A censura prévia, no entanto, “desrespeita diretamente o princípio democrático, pois a liberdade política termina e o poder público tende a se tornar mais corrupto e arbitrário quando pode usar seus poderes para silenciar e punir seus críticos.”³⁴

Para que se satisfaçam as exigências democráticas, os direitos inerentes a ela devem obrigatoriamente ser cumpridos e estar à disposição dos cidadãos. Caso contrário, o sistema não é democrático, independente do nome que derem os governantes e do que aparentar.³⁵

³⁰ POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. p. 629.

³¹ POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. p. 629.

³² MORAES, Alexandre de. Democracia e liberdade de expressão. **Meu site jurídico**.

³³ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres**. n. p. arquivo Kindle.

³⁴ MORAES, Alexandre de. Democracia e liberdade de expressão. **Meu site jurídico**.

³⁵ DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia**. p. 62.

Assim como os outros direitos essenciais à Democracia “a livre expressão tem seu próprio valor, por contribuir para a autonomia moral, para o julgamento moral e para uma vida boa.”³⁶

Nesse diapasão, há que se considerar que, conforme exposto por Posner³⁷, na medida em que a defesa de direitos depende da verdade de certas ideias, o mercado de ideias pode enfraquecer a defesa de direitos, expondo a falsidade dessas ideias, reduzindo P na fórmula de Hand (probabilidade dos crimes acontecerem), mas não necessariamente a zero.

Isso é, enfraquecendo os direitos, como a liberdade de expressão, poderia se reduzir a probabilidade de que crimes contra a honra acontecessem ao passo que se forem limitados os conteúdos das notícias apenas ao que é verdade, a probabilidade de que o orador pratique um crime é mínima.

No entanto, há que se observar que, conforme alertado por Mill:³⁸ “todo amordaçamento de um debate é uma suposição de infalibilidade.”

Sendo assim, é fundamental estabelecer que o funcionamento adequado da Democracia representativa pressupõe total respeito pela liberdade de expressão em todas as suas formas, artística, opinativa e informativa, inclusive por veículos antagônicos.³⁹

O debate público de opiniões, inclusive, propicia que opiniões errôneas se convençam dos fatos e da argumentação. Mas para tanto, é fundamental que exista o debate de forma presente na sociedade.⁴⁰

Os candidatos políticos, no entanto, se aproveitando da possibilidade de debate, tendem a fazer alegações falsas quando acham que podem aproximá-los do poder.⁴¹ No entanto é importante que se observe que “a Democracia julga da mesma maneira a vontade política de cada um, assim como respeita

³⁶DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia**. p. 64.

³⁷ POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. p. 630.

³⁸MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres**. n. p. arquivo Kindle.

³⁹ MORAES, Alexandre de. Democracia e liberdade de expressão. **Meu site jurídico**.

⁴⁰MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e a sujeição das mulheres**. n. p. arquivo Kindle.

⁴¹POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. p. 636.

igualmente cada credo político, cada opinião política cuja expressão, aliás, é a vontade política.”⁴²

Pela análise econômica não é possível separar a liberdade de expressão do livre comércio uma vez que a Democracia é condição para que não haja o monopólio e a campanha política precisa de recursos.⁴³

Assim, em que pese a liberdade do indivíduo, para Kelsen,⁴⁴ “se revele irrealizável, acaba por ficar em segundo plano, enquanto a liberdade da coletividade passa a ocupar o primeiro plano”.

Para a concretização da liberdade de expressão, no entanto, é necessário que haja diversas fontes de informações “alternativas e relativamente independentes”⁴⁵ pois, conforme explica Daniel Mynihan: “todo mundo tem o direito de ter suas próprias opiniões, mas não seus próprios fatos”⁴⁶

Sendo assim, embora considere-se que “a única finalidade para a qual a humanidade está autorizada, individual ou coletivamente, a interferir na liberdade de ação de qualquer de seus membros é a autoproteção”⁴⁷ é preferível que o governo exerça força fiscalizatória quanto ao conteúdo difundido que limitá-lo previamente.⁴⁸

Assim, a liberdade de expressão, assim como todos os demais direitos e garantias não possui caráter ilimitado,⁴⁹ de modo que a garantia de sua expressão não impede a responsabilização posterior à análise de eventual responsabilidade do orador por informações mentirosas e/ou contra a honra de terceiros.⁵⁰

⁴² KELSEN, Hans. **A Democracia**. p. 105.

⁴³ POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. p. 637.

⁴⁴ KELSEN, Hans. **A Democracia**. p. 33.

⁴⁵ DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia**. p. 111.

⁴⁶ KAKUTANI, Michiko. **A morte da verdade**. Tradução de André Czarnoba e Marcela Duarte. Edição digital. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018. n. p. arquivo Kindle.

⁴⁷ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres**. n. p. arquivo Kindle.

⁴⁸ POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 3rd ed. Nova York: Wolter Kluwer, 1986. p. 629.

⁴⁹ MACHADO, Marta. Pode o discurso de incitamento ao ódio constituir um limite à liberdade de expressão? **Revista Onis Ciência**, V. II, Ano II Nº 7, Tomo I, 2014. pp. 166/175. p.172.

⁵⁰ MORAES, Alexandre de. Democracia e liberdade de expressão. **Meu site jurídico**.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No capítulo inicial, o presente artigo abordou-se a Democracia, bem como a importância da expressão dentro de um sistema democrático.

Destaca-se que estas duas categorias possuem um forte elo, visto que o princípio democrático garante a liberdade dos cidadãos para expor suas ideias, opiniões, juízos de valor, críticas e crenças, garantindo a participação social.

Utilizou-se da ideia de John Stuart Mill para aproximar a ideia de Democracia com o conceito de liberdade, além de trazer a ressalva inicial de que, tal qual outros princípios e garantias fundamentais, a liberdade de expressão não possui alcance irrestrito.

Quanto ao segundo capítulo, foi abordado, inicialmente, o conceito de liberdade de expressão e a importância deste princípio para a defesa da Democracia.

Posteriormente, denotou-se que esta foi privilegiada na Constituição da República Federativa do Brasil nas formas positiva e negativa: positiva, permitindo que o cidadão se expresse como quiser; negativa no sentido de impedir o Estado de intervenção por meio de censura prévia.

Esta liberdade rememora a luta pela Democracia num contexto de censura cujo país atravessou durante o período da Ditadura Militar.

Destaca-se também que a liberdade de expressão é uma forma efetiva de garantia da participação dos cidadãos na vida pública, visto que somente por meio da livre expressão de diversos pontos de vista distintos, as pessoas tornam-se capazes de escolher qual caminho tomar. Sem ela, não poderia haver um modo eficiente para que os cidadãos pudessem influenciar seus representantes nas decisões que dizem respeito à vida política e, consequentemente, ao governo.

Ademais, é com esta liberdade que os governados poderão tecer críticas aos governantes, visto que estes se encontram numa posição de visibilidade, com uma proteção um pouco mais restrita do que de pessoas comuns. Além

disto, frisa-se que a prática da real Democracia demanda um cuidado com a ascensão de demagogos ao poder e, por vezes, faz-se utilização da liberdade de expressão para alcançar objetivos escusos.

Por fim, no terceiro e derradeiro capítulo, tratou-se pontualmente da questão da Análise Econômica, sob a teoria do jurista americano Richard Posner, em especial a obra *Economic Analysis of Law*.

Demonstrou-se a formula estabelecida pelo autor na obra mencionada, na lógica segundo a qual a perda sofrida pela Sociedade devido à ausência de uma informação importante, somada às custas de erros jurídicos cometidos visando separar boas informações de informações nefastas devem ter um peso menor que a probabilidade de que tal discurso enseje um mal e um custo social em consequência disto. Para o jurista, caso o custo de suprimir a liberdade de expressão em um caso específico fosse feita a um custo pequeno em detrimento da falta de acesso à informação, conhecimento e debate, esta poderia ser suprimida.

Ou seja, a liberdade de expressão é mais vantajosa para a Sociedade, visto que é um instrumento de efetividade da participação democrática. Entretanto, enseja uma limitação, ainda que mínima, quando necessário.

O artigo teve como objetivo verificar, sob a perspectiva da análise econômica do direito, qual a melhor forma de combate às *fake news* para manutenção do governo democrático.

Pôde-se observar que para que haja o regime democrático é fundamental que se possa expressar artística ou formalmente opiniões e informações de modo que a liberdade política só está garantida quando também o está a liberdade de expressão.

Para buscar ascensão, é comum que o jogo político envolva a propagação de mentiras quanto ao estado das coisas e dos opositores pelos candidatos. A era da tecnologia e da internet, no entanto, fez surgir a crise da verdade.

Segundo a perspectiva da análise econômica do direito, haveria duas hipóteses para se combater as informações falsas ou ofensivas. A censura prévia, embora seja capaz de diminuir a probabilidade de ocorrência dos crimes, compromete também a própria Democracia, de modo que não é o método recomendado.

Posner, assim, conclui que a melhor forma de se combater a falsa informação, é após que ela ocorra. Os tribunais podem, dessa forma, garantir a responsabilização do eventual criminoso sem que haja maiores risco à continuidade da Democracia.

Ao fim, foi possível responder o problema da pesquisa, visto que foi verificado que é preferível limitar os abusos da liberdade de expressão após cometidos, sob pena de se colocar em risco a própria continuidade do regime democrático.

Deste modo, entende-se que para desestimular a propagação de informações falsas e a incitação ao ódio, a Sociedade deve debater possibilidades mais diretas e incisivas de responsabilização dos ofensores, de modo a garantir que haja represália pelos crimes praticados e ao mesmo tempo em que a população não demande por censura dos discursos políticos pela instabilidade da veracidade das informações fornecidas.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. Coleção clássico para todos. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2011. n.p. arquivo Kindle.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 16ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, Ano. 2019.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRUGGER, Winfried, “Proibição ou Proteção do Discurso ao Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano”, **Direito Público**, vol. 1, nº 15, Jan-Fev-Mar, 2007. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1418/884>. Acesso em: 31 de jul de 2020.

D'ANCONA, Matthew. **Pós-verdade:** a nova guerra contra os fatos em tempos de *Fake news*. Tradução de Carlos Szlak. Barueri: Faro editorial, 2018.

DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB, 2001.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho:** Justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade.** A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FRIAS FILHO, Otavio. O que é falso sobre *fake news*. **Revista USP**, n. 116, pp. 39-44, 29 maio 2018.

HOPPE, Hans-Hemmann. **Democracia:** o Deus que falhou. Tradução de Marcelo Werlang de Assis. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014. n. p. Arquivo Kindle.

KAKUTANI, Michiko. **A morte da verdade.** Tradução de André Czarnoba e Marcela Duarte. Edição digital. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018. n. p. arquivo Kindle.

KELSEN, Hans. **A Democracia.** Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MACHADO, Marta. Pode o discurso de incitamento ao ódio constituir um limite à liberdade de expressão? **Revista Onis Ciência**, V. II, Ano II Nº 7, Tomo I, 2014. pp. 166/175.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e a sujeição das mulheres.** Tradução de Paulo Geiger. [s. l.]: Penguin-Companhia, 2017. n. p. arquivo Kindle.

MORAES, Alexandre de. Democracia e liberdade de expressão. **Meu site jurídico**. Data de publicação: 14 de abr de 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/04/14/Democracia-e-liberdade-de-expressao/> Acesso em: 20 de out. de 2020.

POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 3rd ed. Nova York: Wolter Kluwer, 1986.

POSNER, Richard A. Free Speech in an Economic Perspective. **Suffolk University Law Review**, v. XX, n. 1, spring, 1986. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2897&context=journal_articles. Acesso em: 05 de out. de 2020.

PRADO, Luiz Regis. Liberdade de expressão e Democracia. **Gen Jurídico**. Data de publicação: 23 de jun de 2020. Disponível em:

<http://genjuridico.com.br/2020/06/23/liberdade-de-expressao-e-Democracia/>.
Acesso em: 20 de jul de 2020.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da Democracia na América**. Leis e Costumes. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: *De ladémocratie en Amérique*.

TUZZO, Simone Antoniacci. **Deslumbramento coletivo**. São Paulo: Annablume, 2005.