

A Economia de Um Direito Humano: Análise Económica do Direito à Liberdade de Expressão Garantido na Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Mariana Duarte Silva

Advogada em Portugal.

Membro do Conselho Distrital de Lisboa.

DOI: 10.11117/22361766.13.01.04

“Tendo por base o mercado das ideias, procura demonstrar-se as vantagens em integrar uma abordagem de tipo consequencialista na linguagem e no estudo dos direitos humanos.”

SUMÁRIO: Introdução; 1 Exposição do problema; 1.1 Concepções filosóficas mais influentes em direitos humanos; 1.2 Análise económica do Direito e a sua base utilitarista (tensão com a concepção deontológica dominante); 2 Valorando os direitos; 2.1 Os direitos como bens; 2.2 Os direitos como bens de mérito – a análise de mérito com forma de atenuar a tensão existente entre uma abordagem deontológica e uma visão consequencialista dos direitos; 2.3 Os direitos como trunfos; 3 Análise económica do direito à liberdade de expressão; 3.1 A livre expressão como um bem público; 3.2 O livre mercado das ideias; 3.3 O discurso político; 3.4 Os discursos de ódio e de incitamento à violência; 3.5 Liberdade de expressão e a proteção da moral; 3.6 Discurso comercial; Conclusões.

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende chamar a atenção para a possibilidade e vantagens em usar ferramentas e conceitos económicos como instrumentos de análise no estudo dos direitos humanos. Em particular, a questão será colocada no contexto da Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹ (CEDH),

¹ “Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”, assinada em Roma a 4 de novembro de 1950, tendo entrado em vigor em 1953.

analisando-se me termos económicos o direito à liberdade de expressão contido no art. 10.

O problema que motiva a análise proposta será referido na parte 2. A parte seguinte dirá respeito às diversas formas de valorar os direitos. Finalmente, o direito à liberdade de expressão, bem como alguma jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) a ele relativa, será analisado na última parte, por referência à metodologia apresentada em 2 e 3.

1 EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA

- Os direitos humanos como campo interdisciplinar

Como área de investigação, os direitos humanos são um campo intensamente interdisciplinar. A Filosofia, o Direito, a Ciência Política, a Sociologia, entre outras disciplinas, contribuem para o debate e para a definição de políticas e estratégias, conferindo-lhes significado e método. Se hoje em dia os assuntos económicos ocupam um lugar proeminente na discussão (vejam-se as ligações óbvias com a questão do desenvolvimento e o reconhecimento de direitos económicos, sociais e culturais), valerá a pena explorar até que ponto pode a metodologia da análise económica ser aplicada no estudo dos direitos humanos, e com que utilidade.

- A economia pode ser uma ferramenta útil na análise dos direitos humanos

Os princípios económicos são deduções de uma premissa geral que dita que os seres humanos se comportam racionalmente no sentido de maximizar a sua satisfação pessoal². Esta ferramenta analítica básica sugere a possibilidade de estender o uso da economia a outros campos que não o do estudo do comportamento dos indivíduos e organização no mercado. A economia como o estudo do comportamento racional³ pode ser uma ferramenta útil na análise dos direitos humanos, fornecendo indicações quanto à escolha da regulamentação mais adequada em caso de valores conflitantes.

1.1 Concepções filosóficas mais influentes em direitos humanos

- As teorias do direito natural

A base filosófica mais influente na teoria dos direitos humanos assenta no conceito de direito natural. Depois de demonstrado o mal que pode advir

2 Esta é uma suposição que está na base do pensamento económico neoclássico, no qual a análise económica essencialmente se baseia. Contudo, existe uma corrente que o contesta, a “Escola Comportamental”, que prefere uma noção de racionalidade limitada, tendo-a por mais realista. Ver, por todos, JOLLS, C.; SUSTEIN, C. R.; TAHLER, R. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, v. 50, 1998, p. 1471-1550.

3 Assim definida em POSNER, R. *The economics of justice*. Harvard: Harvard University Press, 1981. p. 3.

de um sistema positivista, assistiu-se, logo após a Segunda Guerra Mundial, a um renascer das teorias do direito natural e a busca de princípios fundamentais, imutáveis e universalmente reconhecidos, que impedissem a Humanidade de voltar a passar por horrores semelhantes, ganhou um novo fôlego.

As modernas teorias do direito natural usam um “vestido monos metafísico”⁴ do que os seus precursores iluministas. Noções como “natureza” e “dignidade” humanas, ou algo aparentemente mais facilmente determinável como “necessidades humanas”, são apresentadas como justificação natural para a atribuição de direitos humanos.

Sem querer desenvolver mais esta problemática, que não cabe no objecto deste artigo, é seguro dizer que surge desta discussão um tema comum que implica o reconhecimento, em todo e qualquer sistema de direitos humanos, dos valores de liberdade e autonomia individuais⁵. Este tema inspirou-se profundamente na ética Kantiana, que sustenta uma fundação categórica e não contingente da norma moral, o que só se verifica se a sua base for anterior a todos os objectivos e fins. Esta base, Kant encontra-a no indivíduo como sujeito transcendente capaz de vontade autônoma. Qualquer sistema que derive exclusivamente dos desejos e preferências individuais será contingente em relação às mudanças que neles ocorrem e, conseqüentemente, moralmente defeituoso.

Sob diferentes formas, as modernas teorias de direito natural procuram definir o limite mínimo abaixo do qual o adjetivo “humano” não se aplica. A ideia é a de que certas formas de tratamento dos seres humanos são tão fundamentais à existência de uma sociedade moralmente tolerável que faz sentido tratá-las como princípios constitutivos, como fins em si mesmos, e não como variáveis dependentes das preferências individuais.

- A afirmação de princípios básicos fundamentais e a definição de outros fatores de definição de um sistema legal completo

A linguagem dos direitos humanos assenta nesta lógica constitutiva. Um eventual contributo que a análise económica possa fornecer não deve ignorar a ética naturalística que constitui a base de todo o sistema. Porém, uma coisa é a afirmação de princípios básicos fundamentais, outra a definição de um sistema legal completo. No que diz respeito à tomada de decisões, à elaboração de tratados e convenções internacionais, cada vez mais precisos e detalhados nas indicações aos Estados, e à escolha entre diferentes políticas, muitos fatores devem ser tidos em consideração. Um deles pode muito bem ser o impacto de certas normas no comportamento de governantes e governados.

Se não falta significado ao ativismo dos direitos humanos, por vezes falta-lhe uma definição clara de modelos e estratégias.

4 Cf. SHESTACK, J. J. The philosophical foundations of human rights. In: SYMONIDES, J. (Ed.). *Human rights: concept and standards*. Unesco, 2000, p. 31-66, at p. 43.

5 Ibid.

1.2 Análise económica do Direito e a sua base utilitarista (tensão com a concepção deontológica dominante)

- A análise económica do Direito como utilitarismo reformulado em termos económicos

A análise económica do Direito é geralmente apresentada como um utilitarismo reformulado em termos económicos, inserindo-se as teorias utilitaristas numa escola da filosofia da moral, o consequencialismo, que avalia moralmente acções, instituições e políticas de acordo com o valor intrínseco das suas consequências quando comparadas com alternativas.

O utilitarismo clássico julga toda e qualquer acção com base na tendência que possui para aumentar ou diminuir a felicidade geral da sociedade⁶. A estrutura teleológica das teorias utilitaristas possui uma certa aura de atração devido à ideia de racionalidade que abarca. Noções do bem são definidas única e exclusivamente em função de seu papel na promoção de fins específicos, sendo desconsiderado qualquer compromisso que extravase o estatuto axiológico exclusivo da utilidade.

Esta doutrina foi, mais tarde, reformulada pelos economistas em termos de preferências individuais, e o princípio Bentamita da felicidade substituído pela noção económica de bem-estar geral. Este é determinado pela máxima satisfação das preferências individuais, reveladas por padrões de escolhas verificadas.

- Análise económica do Direito e a sua definição
- Os elementos da escolha legal e institucional

A análise económica do Direito pode definir-se como a aplicação da teoria económica e dos métodos econométricos no estudo da formação, dos processos e do impacto das normas e instituições jurídicas⁷, sendo estas vistas como variáveis dentro do sistema económico e não como fatores externos a ele. Esta disciplina analisa as consequências que advêm de mudanças realizadas numa ou mais variáveis. A escolha legal e institucional é ditada não (ou não apenas, depende da abordagem escolhida) por noções pré-definidas de justiça e moralidade, mas pelos efeitos que terá nos outros elementos do sistema. O objectivo é identificar os meios que maximizam um atributo específico.

A análise tem aspectos positivos e normativos⁸. Os primeiros exercem um papel explicativo, procurando determinar com precisão as conse-

6 Cf. BENTHAM, J. *Principles of moral and legislation*. Editado por W. Harrison. Oxford: Basil Blackwell, 1948. p. 126.

7 Cf. C. Rowley, 1989, citado em MACKAAY, E. History of law and economics. In: BOUCKART, B.; DE GEEST, G. (Ed.). *Encyclopedia of law and economics*. Cheltenham: Edward Elgar, v. I, 2000. p. 65-117.

8 Cf. POSNER, R. *Economics analysis of the law*. 6. ed. New York: Aspen, 2003. p. 24 e ss.

qüências das normas legais estabelecidas, sem necessariamente as tentar alterar. Este tipo de análise pode depois ser usado com fins normativos, uma vez que oferece clarificações quanto aos meios mais eficientes na prossecução de fins específicos. Contudo, na análise positiva, estes fins últimos são encarados como dados e não como variáveis. O papel prescritivo da análise pode, não obstante, ir ao ponto de sugerir qual o objectivo a prosseguir, resolvendo conflitos de valor de acordo com um critério de eficiência económica.

- A análise económica do Direito tem um potencial explicativo, bem como prescritivo, em direitos humanos

A análise económica do Direito tem um potencial explicativo, bem como prescritivo, em direitos humanos. Em primeiro lugar, denuncia os efeitos das normas e políticas desenvolvidas neste âmbito. Se o resultado desta análise for usado única e exclusivamente com o objectivo de determinar os meios que prosseguem da forma mais satisfatória um determinado fim, o aspecto normativo é, de alguma forma, limitado. Se, por outro lado, a análise fornecer indicações relativamente aos próprios objectivos a prosseguir pelo sistema, identificando conflitos de valor, demonstrando o sacrifício imposto pela prossecução de um objectivo específico, influenciando o âmbito de protecção a conferir a um direito, então, o aspecto normativo, torna-se de tal forma significativo que deixa de poder dizer-se que a justificação filosófica do sistema é puramente deontológica.

Lidando com normas estatutárias como as da CEDH, que contêm indicações claras relativamente ao critério a seguir pelo Tribunal na adjudicação, o papel prescritivo da análise pode, à primeira vista, parecer limitado. Contudo, convém não esquecer que a Convenção é interpretada pelo Tribunal de forma dinâmica, “como um instrumento vivo”, tendo como objectivo principal “manter e promover os ideais e valores de uma sociedade democrática”⁹, o que implica que o significado dos termos mude com o passar dos tempos e dependendo de certos pontos de vista sociais¹⁰. Daqui pode concluir-se que o Direito da CEDH é revelado através de um processo criativo de interpretação levado a cabo pelo Tribunal, no qual diversos métodos podem ser e não utilizados.

- Tensão existente entre a base utilitarista da análise económica e o raciocínio deontológico que enforma os direitos humanos

O objectivo deste artigo é chamar a atenção para o uso de uma ferramenta disciplinar diferente, que nos obriga a analisar criticamente os resultados de uma concepção puramente deontológica dos direitos. Se não pode deixar de se notar a tensão existente entre a base utilitarista da análise económica e o raciocínio deontológico que enforma os direitos humanos, talvez não seja o caso de escolher uma entre duas abordagens diferentes e

9 *Soering v. UK*, Julgamento de 7 de julho de 1989, Série A, n. 161, § 87.

10 *Tyler v. UK*, Julgamento de 25 de abril de 1978, Série A, n. 26, § 31.

esta seja uma tensão com a qual possamos viver e da qual possamos extrair resultados proveitosos¹¹.

2 VALORANDO OS DIREITOS

- Os direitos podem ser concebidos sob diferentes formas em termos económicos

Mesmo em termos económicos, os direitos podem ser concebidos sob diferentes formas, no sentido de determinar o seu valor em termos de custos e benefícios sociais. A análise custo benefício não é, de resto, estranha ao normal funcionamento dos tribunais, nomeadamente quando analisam da legitimidade de medidas restritivas de direitos fundamentais, estando em causa a prossecução de determinados objectivos. Em casos de conflito de direitos pode mesmo dizer-se que o equilíbrio tentado pelo Tribunal se baseia na consideração do custo de oportunidade da protecção de um direito em termos da restrição do outro. O princípio da proporcionalidade dita que esse custo seja minimizado na aplicação da lei, garantindo-se o âmbito máximo de protecção a cada um dos direitos e limitando-se a restrição ao mínimo necessário à prossecução de um objectivo, também ele tido como fundamental.

- As três formas distintas de medir o valor dos direitos

Cooter¹² identifica três formas distintas de medir o valor dos direitos, que iremos, em seguida, descrever.

2.1 Os direitos como bens

Vistos como bens, como uma qualquer mercadoria, os direitos têm um preço determinado pela vontade de pagar dos indivíduos. Direitos são, desta forma, uma fonte de riqueza que compete no mercado com outras fontes de riqueza. A curva da procura tem um declive negativo que mostra que o indivíduo pagará menos por cada unidade adicional de protecção à medida que esta aumenta.

- Direitos que competem no mercado com outras fontes de riqueza

A análise custo benefício na sua forma mais simples mede o valor do bem em termos de preço e custo. Os bens em questão – direitos individuais – possuem dois tipos de custo: por um lado, estabelecem obrigações positivas para os Estados cujo cumprimento implica gastos; por outro lado, o aumento da protecção de um direito implica o já referido custo de oportuni-

11 Neste sentido, MARTIN, R. Basic rights and utilitarianism. Disponível em: <<http://www.psa.ac.uk/cps/200M-R.htm>>, 2000.

12 Veja-se a análise das diferentes formas de valorar os direitos em COOTER, R. *The strategic constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2000 (em particular o capítulo dez).

de em termos da protecção de outros direitos ou interesses. Todos estes custos podem ser expressos por uma curva de oferta de declive positivo, indicando que mais protecção implica um custo superior.

De acordo com esta análise, o nível óptimo de protecção encontrar-se-á no equilíbrio onde a procura iguala a oferta. Os direitos seriam atribuídos através da comparação da sua procura por parte dos cidadãos e o custo de aumentar a sua oferta.

Os direitos são, nesta perspectiva, tratados como bens privados, o que ignora o princípio da igualdade estabelecido no art. 14 da Convenção. A alteração no âmbito de protecção do direito na esfera jurídica de um indivíduo terá como consequência necessária a mesma alteração na esfera jurídica de todos os indivíduos. Por conseguinte, a curva da procura relevante será a que agrega as curvas individuais de todos os cidadãos. Se somadas verticalmente, isso significa que toda a gente recebe o mesmo nível de protecção, embora a possa valorizar de forma diferente. Tal consequência advém do facto de se estar a tratar o direito como um bem público.

Este tipo de análise já corresponde mais às nossas intuições comuns, às quais o tratamento dos direitos como um qualquer bem privado repugna. Contudo, alguns aspectos são ainda descuidados. Aspectos que os valores de mercado por si só não contemplam. Mesmo vistos como bens públicos, os direitos continuam a ser tratados como uma fonte de riqueza sem nenhum peso especial relativamente a outras fontes. Por outras palavras, o único valor atribuído aos direitos encontra-se na sua contribuição para o aumento da riqueza ou bem-estar geral. Nesse sentido, ainda nos movemos numa moldura puramente utilitarista que é desagradável (para dizer o mínimo) à filosofia prevalecente na teoria dos direitos humanos.

As discussões sobre os direitos humanos dizem respeito ao seu valor fundamental e independente de qualquer análise utilitarista. Interessa menos saber quais são as preferências reais dos indivíduos do que averiguar quais elas deveriam ser. Assim sendo, a análise custo benefício mais simples descrita anteriormente parece ser um meio pouco adequado para lidar com estes direitos.

2.2 Os direitos como bens de mérito – a análise de mérito com forma de atenuar a tensão existente entre uma abordagem deontológica e uma visão consequencialista dos direitos

- O valor social – de mérito – dos direitos

O conceito de bem de mérito foi introduzido por Musgrave¹³ e diz respeito precisamente a situações em que os bens são avaliados, não exclusi-

13 Ver MUSGRAVE, R. A. *The theory of public finance*. New York: McGraw-Hill, 1958.

vamente de acordo com a norma da soberania do consumidor, mas igualmente por uma norma alternativa. Este conceito não deve ser confundido com o de bem público. A escolha e avaliação normativas, tanto em relação aos bens públicos como em relação aos bens privados, assentam na premissa da preferência individual. O conceito de mérito questiona esta premissa e levanta questões fundamentais que não encaixam perfeitamente no cenário habitual da microeconomia¹⁴.

O valor dos bens de mérito para a sociedade excede a agregação dos valores individuais que lhe são atribuídos por cada dos seus membros. Está implícito nesta noção um raciocínio não consequencialista, algo que determina a atribuição de um valor social irredutível a certos bens.

Este valor irá necessariamente produzir alterações na forma como conduzimos a análise custo benefício. Até agora só as preferências individuais eram consideradas. Se a elas acrescentarmos o valor do mérito, a eficiência na distribuição dos recursos determinará um favorecimento deste tipo de bens¹⁵.

- Os direitos humanos e o valor dos bens de mérito

Foi dito que o valor dos direitos humanos não pode ser medido exclusivamente em termos do que os indivíduos estão dispostos a pagar por eles, ou da utilidade que deles tiram. Partindo do equilíbrio oferta-procura anteriormente descrito, o valor social de um bem de mérito será determinado através da soma do valor que tem para os indivíduos, ao qual se deverá somar o mérito. A consequência será um deslocamento da curva da procura de modo a que o ponto de equilíbrio já não será o obtido através da simples análise custo benefício. O nível óptimo de protecção situar-se-á num nível superior se for realizada uma análise de mérito, comparando o custo para o Estado em aumentar a protecção com o seu valor social, valor esse que inclui a procura por parte dos cidadãos mais o seu mérito.

A pergunta que surge nesta altura é, obviamente, quem, ou o que é que, determina o mérito do bem? Será que existem preferências que têm prevalência sobre outras? Por que razão deveremos nós atribuir um valor social irredutível a estes direitos?

Segundo Cooter, este é um problema “que deve incomodar quem acredita que Economia e o Estado devem responder às preferências dos cidadãos”¹⁶. Diríamos que este é um problema que afecta tanto os espíritos

14 Neste sentido, EATWELL, J. et al (Ed.). *The new palgrave: a dictionary of economics*. London: Mcmillan Press, v. 3, 1998. p. 452.

15 Este último comentário pede um esclarecimento. Da mesma maneira que se refere que certos bens possuem um valor social irredutível (mérito), também se pode conceber que certos bens possuam um valor social negativo, superior à soma de todos os valores negativos individuais (demérito). Nesse caso, a distribuição óptima de recursos vai determinar um gasto menor nestes bens do que o ditado por uma normal análise de custo benefício.

16 Cf. COOTER, R. Op. cit., p. 255.

consequencialistas como os não consequencialistas. Os primeiros têm uma abordagem cognitivista que procura e crê na possibilidade de encontrar a “verdade” dos valores morais através de argumentos racionais. Os segundos optam por uma abordagem não cognitiva que, não concebendo essa possibilidade, trata os valores como meras preferências¹⁷. A resposta à pergunta que foi colocada não é mais fácil para estes, que acabam por cair em argumentos paternalistas ao tentar justificar porque é que, embora a “Economia deva responder às preferências dos cidadãos”, existem preferências e preferências.

Cooter responde a este problema argumentando que são as políticas públicas e a filantropia privada que implementam este conceito¹⁸. Transpondo esta ideia para um outro contexto, poder-se-ia dizer que os direitos humanos, como bens de mérito, vêm o seu conteúdo determinado pelos movimentos sociais, as organizações não governamentais e a prática estadual, nomeadamente a vontade demonstrada pelos Estados em serem parte em convenções e tratados internacionais. Contudo, há algo de circular num argumento que procura a justificação de determinada política na própria política. É precisamente neste ponto que uma análise cognitivista de tipo deontológica pode ser mais influente na análise económica, fornecendo argumentos que confiam uma justificação mais convincente ao conceito de mérito.

- A análise de mérito como ferramenta analítica adequada

Independentemente da resposta a esta questão, a análise de mérito é uma ferramenta analítica adequada, na medida em que absorve ambas as componentes dos direitos humanos: a componente constitutiva e a instrumental ao tipo de sociedade em que queremos viver¹⁹. Embora a abordagem deontológica seja bem sucedida no tratamento da primeira (e a prova é que se impôs como filosofia dominante), o pensamento consequencialista, na vertente da análise económica, é mais eficaz no fornecimento de estratégias e modelos que apontem os meios que melhor prosseguem objectivos específicos. E a razão pela qual isso acontece prende-se com importância que confere aos possíveis *resultados* de qualquer escolha social, levando-os em conta na escolha entre políticas e instituições alternativas.

Outra vantagem do pensamento consequencialista e utilitarista é o facto de nos chamar a atenção para a necessidade de ter em conta o bem-estar dos indivíduos na avaliação das políticas e normas de direitos humanos²⁰. Estes também servem o propósito de aumentar o bem-estar social, através da satisfação das preferências dos indivíduos. Contudo, a compo-

17 Cf. EDMUNSON, W. A. *An introduction to rights*. Cambridge University Press, 2004. p. 187.

18 Cf. COOTER, R. Op. cit., p. 256.

19 Cf. SEN, A. *Development as freedom*. New York: Anchor Books, 2000. p. 17.

20 Ibid., p. 60.

nente constitutiva não permite a sua submissão à arbitrariedade e contingência dessas preferências, o que significa que, para ter algum papel prescritivo em direitos humanos, a análise económica deve ser baseada num utilitarismo incluyente que considere alguma norma alternativa à da simples satisfação das preferências individuais com vista à maximização do bem-estar geral.

O conceito de mérito integra preocupações de índolo deontológica numa análise que parte de uma premissa utilitarista. De resto, a análise económica tem procurado integrar outros valores que a afastam de uma vertente puramente utilitarista²¹, valores que a sociedade realiza independentemente de qualquer concepção agregativa de utilidade, ainda que isso implique custos de eficiência ao nível de uma simples análise custo benefício.

2.3 Os direitos como trunfos

- A relevância do mérito de determinados direitos humanos

Não obstante tudo o que foi dito até agora, certos direitos humanos parecem possuir um mérito tal que o seu preço deixa de ter qualquer relevância na análise. O direito estabelecido no art. 3º da CEDH, por exemplo, exprime uma norma existente em todos os países que dita que ninguém deverá ser submetido a tortura, independentemente do valor que lhe possa ser atribuído por alguém. Da mesma maneira que ninguém se pode oferecer ou vender para escravatura. Por outras palavras, o valor privado não é de forma alguma relevante nas escolhas e decisões relativas a estes direitos.

De facto, certos direitos são tidos como tão fundamentais que poucas razões podem justificar a sua violação, podendo-se, nesse caso, dizer que são concebidos como “constrangimentos a qualquer princípio agregativo maximizador”²². Direitos nesta aceção são *trunfos*. O trunfo bate qualquer outra carta do jogo. Neste caso batem qualquer concepção utilitarista bem como os poderes discricionários dos Estados.

Embora a consideração dos direitos como trunfos não permita concessões em termos de riqueza ou bem-estar social, restrições são sempre possíveis em caso (e só nesse caso) de conflito de direitos com a mesma natureza de “trunfo”²³.

21 Nomeadamente, a recomendação de que a escolha social se deve basear exclusivamente nos efeitos que tem no bem-estar dos indivíduos (ver KAPLOW, L.; SHAVELL, S. Any non-welfarist method of policy assessment violates de pareto principle. *Journal of Political Economy*, v. 19, p. 281-286, 2001) foi fortemente criticada. Ver, por todos, CHANG, H. The possibility of a fair paretian. *Yale Law Journal*, v. 110, p. 251-258, 2000.

22 R. Dworkin introduziu pela primeira vez a noção de direitos como “trunfos”. Segundo ele, a perspectiva de se obterem ganhos utilitaristas não pode justificar que se impeça alguém de fazer aquilo a que tem direito. Cf. DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1977. p. 193. Veja-se ainda a análise dos direitos com trunfos em termos económicos em COOTER, R. Op. cit., p. 257 e ss.

23 Cf. COOTER, R. Op. cit., p. 257.

3 ANÁLISE ECONÓMICA DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

- Nem todos os direitos garantidos pela CEDH são interpretados pelo Tribunal como limitando qualquer tipo de consideração utilitarista

Foram apresentadas três maneiras de valorar os direitos. Podem avançar-se alguns argumentos que suportam a conclusão de que nem todos os direitos garantidos pela CEDH são interpretados pelo Tribunal como limitando qualquer tipo de consideração utilitarista.

Veja-se o art. 8º, por exemplo. O direito ao respeito pela vida privada e familiar pode ser legitimamente restringido pelos Estados em nome do “bem-estar económico do país”. Ou seja, um benefício público económico de grande ordem pode justificar acções por parte do Estado que, de outra forma, seriam tidas como violações ao direito. Assim sendo, uma análise de mérito que pese os efeitos positivos do direito no bem-estar económico do país parece estar mais em conformidade com o texto da CEDH do que a concepção do direito como um trunfo no sentido que lhe é dado por Dworkin.

O próprio direito à liberdade de expressão, sobre o qual este capítulo irá incidir, parece, por vezes, inteiramente subordinado à noção de interesse público no raciocínio desenvolvido pelo TEDH, que pouca protecção confere ao discurso cuja função não possa identificar-se com a de promover o “diálogo público construtivo”. Em caso de conflito com outro direito (como o direito ao respeito pela vida privada), o discurso que não cumpra essa “missão” é imediatamente preterido²⁴.

Esta funcionalização do direito a um objectivo externo está mais próxima de um raciocínio utilitarista do que de uma abordagem puramente deontológica como a que está na base da concepção dos direitos como trunfos. Por outro lado, a jurisprudência do TEDH mostra-nos que este direito é balanceado com o contido no art. 8º. Vimos que este último admite uma excepção que dificilmente permite a sua consideração como um trunfo. A consistência manda que também o direito à liberdade de expressão não seja concebido como um trunfo já que, de outra forma, só poderia ser restringido quando outro trunfo estivesse em causa, o que não é o caso como o direito ao respeito pela vida privada.

A concepção da liberdade de expressão como um bem público com um valor social irreduzível (bem de mérito) permite a aplicação da análise económica sem que tal implique a adopção de uma abordagem puramente utilitarista.

3.1 A livre expressão como um bem público

- A livre expressão apresenta as características de um bem público

24 Tal como aconteceu em *Von Hannover v. Germany*, Julgamento de 25 de novembro de 1996, Ap. 17419/90.

A livre expressão apresenta as características de um bem público²⁵. São elas a não-exclusão e não-rivalidade no consumo. Por um lado, os benefícios produzidos para o consumidor estão directamente relacionados com a total disponibilidade do bem, sendo que o benefício de um não depende do benefício obtido por outro. Nesse sentido, pode falar-se em não-rivalidade no consumo. O uso benéfico que uma pessoa faz de uma ideia não diminui o benefício que outra pessoa possa obter dessa mesma ideia. Trata-se de um bem que pode ser partilhado sem custos, já que o custo marginal de incluir mais pessoas é zero. Assim sendo, um critério de eficiência económica determina uma forte disseminação de ideias. Por outro lado, o princípio da igualdade reforça a característica da não-exclusão, uma vez que não é possível aumentar o âmbito de protecção de um indivíduo sem garantir o mesmo a todos os outros.

Por possuir estas características, os economistas consideram que este bem tem tendência para existir em quantidades menores do que aquilo que seria desejável, sendo extremamente críticos em relação às tentativas dos governos de o restringir. As restrições são encaradas como produzindo resultados ineficientes e a livre expressão de ideias vista como eficiente por transmitir informação que as pessoas valorizam.

Contudo, a mesma informação é valorizada de forma diferente por diferentes pessoas e nem todas as ideias produzem os mesmos efeitos positivos quando comunicadas. A teoria dos bens públicos pode ser usada para explicar quando é que a expressão deve ser protegida no sentido de aumentar a sua oferta e quando é que, pelo contrário, deve ser restringida.

Em economia, uma externalidade refere-se a situações em que custos ou benefícios privados diferem dos custos ou benefícios sociais²⁶. Estas transacções involuntárias sem pagamento podem ser benéficas ou prejudiciais. A poluição é um exemplo de uma externalidade negativa em que o poluidor não paga pelo mal causado aos outros. Contrariamente, no caso de uma externalidade positiva, quem a causa não é ressarcido pelo benefício obtido por outros²⁷. Os bens que criam externalidades negativas tendem a ser fornecidos pelo mercado numa quantidade superior ao que seria desejável. Já o contrário acontece com os bens que criam externalidades positivas²⁸.

A expressão é uma ferramenta poderosa que pode ser usada com diversos fins. Além da importância que adquire na realização de outros direitos, como a liberdade de consciência, e no pleno desenvolvimento indivi-

25 Cf. COOTER, R. Op. cit., p. 309.

26 Cf. SAMUELSON, P.; NORTHAUS, W. *Economics*. 10. ed. New York: MacGraw-Hill, 1976. p. 36 e 745.

27 I.e., os cidadãos responsáveis que mantêm e embelezam os seus jardins, graças aos quais o aspecto da cidade melhora significativamente; a comunicação de ideias que contribuem para o desenvolvimento social e científico, etc.

28 Cf. COOTER, R. Op. cit., p. 311.

dual como pessoa, é um instrumento indispensável à prossecução dos objectivos e princípios democráticos. Paralelamente, o discurso é veículo de ideias que atentam contra todos os ideais democráticos, gera instabilidade social, ofende e fere a sensibilidade de certas pessoas. Estes efeitos externos negativos podem ser extremamente perversos e justificar restrições.

3.2 O livre mercado das ideias

Se o discurso tem efeitos externos positivos, a quantidade de discurso benéfico produzido pelo mercado é insuficiente pelo que leis e actos que o restrinjam só agravam o problema²⁹.

- A livre expressão favorece a concorrência que estimula a inovação, promovendo a disseminação de ideias – o “mercado das ideias”

A promoção da concorrência que estimula e dissemina as invenções é um argumento em favor do mercado livre. Um inovador tem lucros extraordinários durante a vantagem temporária que dispõe sobre os competidores a partir da descoberta de um novo produto ou técnica que se dissipam com o tempo e com a concorrência. Da mesma maneira se pode esperar que um orador que expressa uma ideia ou abordagem nova obtenha vantagens materiais que podem ou não dissipar-se com a disseminação da ideia. Desta forma, apresenta-se como lógica a conclusão de que a livre expressão favorece a concorrência que estimula a inovação, promovendo a disseminação de ideias, uma dedução que fez com que muitos economistas se referissem à livre expressão com o “mercado das ideias”³⁰.

Esta abordagem não está muito longe do caminho seguido pela TEDH que confere especial protecção ao discurso que tem como objectivo informar o público e promover o debate³¹. A letra do art. 10, ao prever as circunstâncias em que as restrições são admissíveis, sugere, desde logo, a missão do Tribunal: fazer o balanço entre diversos valores que competem entre si. Em particular, o direito à liberdade de expressão pode competir com “a protecção da honra ou dos direitos de outrem”. Se assim for, quando mais protecção lhe for garantida, menos protecção se garantirá aos direitos de outrem.

- A livre expressão institucionaliza a concorrência política

Por outro lado, as restrições colocadas pelos Estados diminuem a oferta e impedem a disseminação de ideias. As restrições ao direito à liberdade de

29 Ibid.

30 O Juiz Holmes do Supremo Tribunal dos Estados Unidos foi o primeiro a fazer uso desta expressão numa opinião dissidente em *Abrams v. United States* (1919), onde refere: “*The best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market*”. Veja-se, ainda, COOTER, R. Op. cit., p. 311; POSNER, R. Free speech in an economic perspective. *Suffolk University Law Review*, v. 20, p. 1-54, 1986; COASE, R. The market for goods and the market for ideas. *American economic review, papers and proceedings*, v. 64, p. 384-91, 1974; e RUSHTON, M. The economic analysis of freedom of expression. 2001, p. 10. Disponível em: <<http://www.econ.uregina.ca/research/papers/093.pdf>>.

31 Ver *Jersild v. Denmark*, Julgamento de 23 de setembro de 1994, Série A, n. 298.

expressão, tal como um monopólio, beneficiam um pequeno número de pessoas criando vantagens especiais que prejudicam o público em geral. Ao institucionalizar a concorrência política, a livre expressão impede que os governantes cedam à tentação de suprimir certas formas de discurso político que os possam prejudicar. É por esta razão que são os tribunais, na jurisdição nacional, e o TEDH, no sistema do Conselho da Europa, quem têm a última palavra em relação à legitimidade das restrições, e não os políticos. Este direito fundamental exerce uma função importantíssima que é a de garantir e manter uma concorrência efectiva entre os opositores políticos³².

A teoria económica fornece uma regra simples para determinar o nível de protecção que o Tribunal deve garantir ao direito contido no art. 10. Para qualquer tipo de discurso, a protecção deve ser maior quanto maiores forem os seus efeitos externos positivos (1) e quanto maior o poder de monopólio conferido pela regulação restritiva (2)³³.

3.3 O discurso político

Cabe agora analisar o nível de protecção que deve ser conferido a um tipo específico de discurso, analisando o efeito das restrições nas duas variáveis descritas.

- O discurso político é fundamental à manutenção da concorrência política

Como já foi referido, o discurso político é fundamental à manutenção da concorrência política. Um aspecto muito importante na garantia da liberdade de expressão relativamente ao discurso político é o facto de ele transmitir informação que afecta a escolha política dos governantes. A supressão de informação relevante produz distorções nessa escolha e, como consequência, reduz o bem-estar geral³⁴. Numa hierarquia dos diversos tipos de discurso estabelecida de acordo com o seu valor social, o discurso político deve receber o maior nível de protecção por ser condição *sine qua non* da livre concorrência no mercado de trabalho político.

- Outros aspectos positivos da livre expressão política

A livre expressão política tem ainda efeitos positivos ao nível da própria actuação dos órgãos de soberania. A imprensa publicita os seus fracassos, a corrupção e a incompetência, dados que governantes prefeririam manter ocultos, mas que um sistema de liberdade de expressão os impede de o fazerem. São obrigados a actuar num sistema que lhes fornece incentivos para agradar os eleitores, respondendo às suas preferências, caso con-

32 Cf. COOTER, R. Op. cit., p. 312.

33 Ibid.

34 Cf. POSNER, R. Op. cit., 1986. p. 11.

trário, a afastarem-se. Nesse sentido a expressão política é um bem de mérito e o aumento na primeira variável é significativo.

Para além dos efeitos externos positivos, o aumento na segunda variável também justifica que esse discurso seja sujeito a poucas restrições. A limitação da expressão política cria um risco muito grande de monopólio no poder político. Como em todos os monopólios, as vantagens de um pequeno grupo serão obtidas como sacrifício de um número maior, com uma agravante: a escolha pública cria facilmente benefícios concentrados acompanhados de custos difusos. O pequeno número de beneficiários tem um incentivo a colaborar e a investir recursos na propagação do seu ponto de vista, enquanto que as vítimas, devido ao seu grande número, podem ser individualmente só ligeiramente afectadas tendo, como consequência, pouco incentivo para investir num esforço conjunto, já que o ganho esperado aproxima-se do zero. Nessa situação a liberdade de imprensa ganha uma importância adicional³⁵.

- O nível de protecção superior do discurso político

O TEDH reconhece a importância fundamental do discurso político e garante-lhe um nível de protecção superior em relação a outros tipos de discursos³⁶. Contudo, admite por vezes restrições a certo tipo de afirmações políticas consideradas ofensivas por se referirem a assuntos em relação aos quais alguns Estados são particularmente sensíveis.

No caso *Wabl*³⁷, um político foi impedido de fazer uso da expressão “jornalismo nazi”, ou qualquer outra semelhante, como forma de expressão de um juízo de valor em relação à conduta de certos jornalistas. Temos dúvidas que tal restrição seja “necessária, numa sociedade democrática”. Muitas das vezes, mais *discurso* cumpre o mesmo objectivo que as restrições tentam atingir: impedir a propagação do “mau discurso”, o discurso que gera ódios e ofende sensibilidades. O contraditório, um discurso de resposta, o confronto com visões opostas, expõe as falácias e falsidades do “mau discurso”³⁸. É da

35 Ibid., p. 22.

36 Cf. *Lingens v. Austria*, Julgamento de 8 de julho de 1986, Série A, n. 103; *Oberschlick v. Austria*, Julgamento de 23 de maio de 1991, Série A, n. 204; *Wingorve v. UK*, 25 de novembro de 1996, Ap. 17419/90.

37 *Andreas Wabl v. Austria*, Julgamento de 21 de março de 2000, Ap. 24773/94.

38 É esta a ideia vertida na famosa passagem do Juiz Brandeis da sua opinião dissidente em *Whitney v. Califórnia*, 274 U.S. 357 (1997), 375-377: “The fitting remedy for evil counsels is good ones... No danger flowing from speech can be deemed clear and present unless the incident of the evil apprehended is so imminent that it may befall before there is opportunity for full discussion. If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence”. O Juiz Greve do TEDH parece raciocinar em termos semelhantes na sua opinião dissidente no Caso *Wabl*, supra mencionado, ao referir o seguinte: “Nazism is in essence political although criminalised for its extreme victimisation. The combat against Nazism is in essence political although criminalised for its extreme victimisation. The combat against Nazism can never be only legal; primarily it is a political ‘battle’. The recourse that individuals have to courts – here in Austria – cannot but be a fallback position, especially when the political fight against Nazism and its different methods and manifestations fail or the individuals affected are at a disadvantage in terms of political clout for political confrontation. I find it necessary in and for a democratic society to permit and encourage a political discourse to prevent the recurrence of Nazism, even if certain statements may be emotional value-judgements” (grifo nosso).

essência da liberdade de expressão como pilar da democracia que as “boas ideias” sejam as que resultam da livre concorrência de ideias e não que a garantia funcione apenas como veículo de uma particular visão do mundo e do bem.

- As restrições não estatais à livre expressão

Nem sempre é o Estado a directamente impor restrições à livre expressão dos indivíduos. Muitas organizações o fazem e tal é tido como condição essencial para a sua efectividade. Um estudante não pode falar numa sala de aula sem que lhe seja dada a palavra, um padre católico não pode defender a prática do aborto, empregados das empresas são normalmente impedidos de defender as suas convicções políticas no local de trabalho, etc. Estas restrições permitem que as organizações prossigam os seus objectivos, ficando a garantia da liberdade de expressão protegida pela livre concorrência entre elas. Por exemplo, alguém que discorde das ideias promovidas pela Igreja Católica é livre de a abandonar e prosseguir as suas, ou juntar-se a uma qualquer outra instituição religiosa. É a concorrência que mantém as portas abertas³⁹. Contudo, se não é muito complicado mudar de escola ou de confissão religiosa, é impraticável mudar de país para alguém que discorda de determinada regulação governamental respeitante à liberdade de expressão.

O poder de monopólio fecha as portas e, por essa razão, o Tribunal deve ser menos tolerante quando as restrições provenham de organizações com forte poder monopolístico sobre os seus membros⁴⁰. Organizações profissionais cuja inscrição é obrigatória para o exercício de determinadas profissões, como a Ordem dos Advogados, são exemplos de instituições com essa característica. Um advogado que não esteja inscrito não pode exercer a advocacia em Portugal, logo, se discordar das suas directivas e recusar agir em conformidade com elas, pode pagar um preço considerável. Aplicada a estes casos, a regra de duas variáveis extraída da aplicação da teoria dos bens públicos à livre expressão dita que os cidadãos sejam protegidos contra o Estado ou um poder de monopólio privado, e pode justificar a aplicação de *standards* diferentes consoante estejamos perante uma instituição pública ou privada.

3.4 Os discursos de ódio e de incitamento à violência

- Os efeitos externos negativos do discurso

Até agora foram focados, sobretudo, os efeitos externos benéficos da expressão. Chegou o momento de analisar os efeitos externos negativos do discurso e sugerir formas de lidar com o problema. Se um indivíduo impõe

39 COOTER, R. Op. cit., p. 322.

40 Ibid.

um custo à sociedade pelo facto de expressar uma ideia, a ausência de regulação produz resultados ineficientes já que ele não vai ter em conta esse custo (que não o afecta) na sua decisão de se expressar ou não. Desta forma, os Estados devem dar os incentivos certos que obriguem os indivíduos a ter em conta o custo externo social.

Os discursos de ódio e incitamento à violência são um exemplo óbvio de um discurso que implica efeitos externos negativos graves. Nestes casos, a oferta de ideias torna-se superior ao que seria desejável, se medidas restritivas não forem aplicadas.

Ainda que todas as formas de expressão sejam abrangidas no âmbito de protecção do art. 10, torna-se relativamente fácil para um Estado justificar as restrições a este tipo de discurso fazendo referência a uma das exceções admitidas no nº 2⁴¹: ao exercício do direito à liberdade de expressão podem ser impostas determinadas restrições, “previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a defesa da ordem e a prevenção do crime”.

Este facto não deve fazer perder de vista o carácter constitutivo desta garantia. Se a liberdade de expressão é tida como um valor em si mesmo é porque se aceita que as boas ideias são as que resultam da livre concorrência. Assim, as restrições devem basear-se num balanço entre os efeitos positivos e os efeitos negativos do discurso e não numa suposição apriorística de que algumas ideias são mais valiosas do que outras.

- A distinção entre comunicação de ideias e o puro incitamento

O discurso é protegido porque comunica ideias que permitem a realização pessoal do indivíduo. Um discurso de incitamento à violência pode não comunicar qualquer ideia e simplesmente denunciar uma intenção perversa e criminosa. Punir uma afirmação do género “vou colocar uma bomba neste bairro onde vivem pessoas cor-de-rosa porque não gosto de pessoas cor-de-rosa” pode ser condenável com base noutro fundamento, mas não constitui certamente uma restrição à liberdade de expressão. Um discurso deste tipo encontra-se fora do mercado das ideias⁴², constituindo apenas um puro incitamento à prática de um crime, punível por quase todas as legislações nacionais. O problema é mais agudo quando o incitamento se faz com apelo a ideias. Pode ser muito difícil distinguir entre a comunicação de ideias e o puro incitamento.

A maioria dos casos perante o TEDH concerne situações em que a instigação se mistura com ideias – situações em que o discurso pode causar um mal sério. A supressão evitaria esse mal, mas também suprime informa-

41 Cf. OVEY, C.; WHITE, R. *European convention on human rights*. 3. ed. Strasbourg: Council of Europe Publishing, p. 280.

42 Cf. POSNER, R. Op. cit., 2003. p. 542.

ção que as pessoas valorizam, o que implica também uma perda de bem-estar. Como fazer, então, o balanço entre o mal a evitar e as perdas de bem-estar que as restrições implicam, de modo a concluir da necessidade de opor medidas restritivas ao discurso?

- Fórmula de balanceamento para averiguar da necessidade de medidas restritivas ao discurso

Em *United States v. Dennis*, o Juiz Hand sugeriu uma fórmula económica para proceder a este balanço. Concluiu que a gravidade do mal que advirá do discurso no caso de instigação ser bem sucedida, descontando a sua improbabilidade, deve justificar a invasão da liberdade de expressão, julgando-a necessária para evitar o perigo. Posner desenvolveu esta fórmula⁴³, concluindo pela necessidade da restrição sempre que $V + E < PL / (1 + i)^n$.

O lado esquerdo da inequação exprime o custo da supressão considerando o montante da perda social que advém de se suprimir informação valiosa (V), mais o custo do erro legal ao procurar distinguir-se entre a informação que é valiosa da informação que não o é (E). Do lado direito encontra-se o custo que implica permitir a livre expressão: PL multiplica a probabilidade que o mal proveniente do discurso ocorra pelo custo do mal caso ele se verifique. i é a taxa de desconto e n o período de tempo que decorre entre a expressão potencialmente danosa e a verificação do mal que dela resulta.

A fórmula foi avançada com o propósito de servir como um guia na decisão judicial, mesmo que haja, na prática, problemas na medição de cada uma das variáveis. A inclusão da variável E pretende precisamente incorporar este problema. Por trás de todo o raciocínio está a consideração da expressão como um bem público que será, regra geral, fornecido de forma insuficiente pelo mercado, o que faz com que as restrições sejam, só em situações excepcionais, justificáveis.

Esta inequação exprime o argumento avançado pelo Juiz Bonell para justificar a opinião dissidente da maioria dos Juizes do TEDH em *Sürek v. Trukey*⁴⁴: quanto maior for o período de tempo decorrido entre a expressão potencialmente danosa e a ocorrência do mal dela decorrente, menor será o peso do lado direito da expressão e, conseqüentemente, menores serão as perdas que resultam do facto de ser permitida a expressão. As restrições tornam-se, nesta circunstância, desnecessárias. Pelo contrário, se a expressão

43 POSNER, R. Op. cit, 1986.

44 *Sürek v. Turkey (nº 1)*, Julgamento de 8 de julho de 1999, Ap. 266682/95. O caso diz respeito a um cidadão turco que publicou duas cartas numa revista semanal por ele detida. Apesar de não ter sido o autor dessas cartas, foi acusado e condenado pela jurisdição nacional de distribuir propaganda contra a indivisibilidade do Estado e espalhar o ódio entre as pessoas. A acusação foi deduzida com base no art. 312 do Código Penal e na seção 8 da lei de prevenção do terrorismo de 1991. As cartas continham afirmações sobre a responsabilidade do governo turco pela violência da luta nacionalista no Curdistão, acusando-o de massacres em nome da "democracia".

cria um “perigo imediato”⁴⁵, a restrição será justificada nos termos da fórmula fornecida, já que a circunstância de haver um perigo imediato de verificação do mal produz um aumento significativo no lado direito da expressão.

No referido caso, a inexistência de perigo imediato, somado à circunstância de se tratar de um discurso que, apesar de potencialmente danoso, era também um discurso político (o que aumenta o custo da restrição), sugere uma fraca ponderação por parte do Tribunal de todos os interesses em jogo.

3.5 Liberdade de expressão e a protecção da moral

- A restrição do direito à liberdade de expressão em nome da protecção da moral

O art. 10 permite que os Estados adotem medidas restritivas do direito à liberdade de expressão, desde que legais e necessárias numa sociedade democrática, em nome da protecção da saúde ou da moral. O Tribunal dá-lhes mesmo, relativamente a esta excepção, uma larga margem de apreciação. Não obstante, deve manter-se presente que a margem de apreciação anda de mãos dadas com a supervisão europeia⁴⁶ relativamente ao objectivo e necessidade da medida restritiva. As situações que normalmente surgem perante o Tribunal no âmbito desta excepção dizem respeito ao discurso obsceno ou blasfémico.

A protecção da moral pode surgir, em termos económicos, como um objectivo que justifica a aceitação de medidas restritivas, desde que formulada de uma certa forma.

Os indivíduos têm diferentes gostos e sensibilidades que fazem com que cada um valorize certos tipos de discurso de forma diferente. Enquanto uns podem valorizar o prazer que a pornografia lhes traz, como a quantidade enorme de recursos gastos em pornografia parece demonstrar, outros sentir-se-ão ofendidos e insultados. Quando isso acontece, o autor do discurso não tem de pagar pelo mal-estar causado às outras pessoas. Esta situação de exposição involuntária a um discurso obsceno configura uma externalidade negativa.

Os custos externos são geralmente medidos em termos daquilo que os indivíduos estão dispostos a pagar. Já que a base da análise económica é a soberania do consumidor, o que determina o custo social da obscenidade

45 Ibid. Cf. opinião dissidente do Juiz Bonello, onde este refere: “*I believe that punishment by the national authorities of those encouraging violence would be justifiable in a democratic society only if the incitement were such as to create ‘a clear and present danger’. When the invitation to the use of force is intellectualised, abstract, and removed in time and space from the foci of actual or impending violence, then the fundamental right to freedom of expression should generally prevail*”. Neste último caso, o aumento de *n* implica uma diminuição significativa no lado direito da expressão.

46 Cf. *Handyside v. UK*, Julgamento de 7 de dezembro de 1976, Série A, n. 24, § 49.

são os sentimentos e preferências das pessoas em relação a ela. Por princípio, aquilo que os objectores estariam dispostos a pagar para não serem submetidos a este tipo de discurso mede o custo da externalidade.

- A correção das externalidades ou o seu controlo

Os governos podem corrigir esta externalidade de duas formas: uma hipótese é o controlo directo sobre o discurso capaz de ofender a sensibilidade média das pessoas. O art. 204 (1) do Código Penal suíço, sob apreciação no Caso *Muller*⁴⁷, que criminaliza o comércio, distribuição ou exposição de artigos obscenos, é um exemplo de regulação governamental por controlo directo. Este controlo pode ainda ser exercido através de medidas menos restritivas como sejam as de permitir a expressão, mas proibir a exposição pública ou submetendo-a a condições restritivas (i. e. aviso adequado do conteúdo potencialmente ofensivo da informação, proibir o acesso a menores, etc.).

- O controlo das externalidades e os mecanismos de mercado

Os economistas tendem a preferir mecanismos de mercado, tais como os impostos, no controlo das externalidades. Uma proibição geral é menos eficiente na medida em que pode restringir discurso que causa um dano pouco significativo ao objector, negando um benefício significativo a quem deseja expor a ideia. Restrições a certos tipos de discurso obsceno como a pornografia poderiam ser substituídos por um imposto⁴⁸. Técnicas económicas medem o montante que os objectores estariam dispostos a pagar para não serem confrontados com expressão obscena. Uma regulação eficiente pela via fiscal cobraria um imposto de montante exatamente igual a quem exibisse pornografia. Consequentemente, quanto maior fosse o número de pessoas sujeitas à pornografia e mais explícito o seu conteúdo, maior o imposto que recai sobre o que a expõe. Os géneros mais condenáveis como a pornografia infantil permaneceriam criminalizados⁴⁹.

Os mecanismos de mercados possuem certas vantagens em relação aos mecanismos de controlo directo. Uma vez sujeitos a imposto, aqueles que podem facilmente substituir a informação pornográfica por informação não pornográfica fá-lo-ão, enquanto que os outros, que mais beneficiam da primeira, continuarão a expô-la. O que equivale a dizer que aqueles que podem suprimir a pornografia ao mais baixo custo irão suportar o custo da redução da pornografia no espaço público. Pela via dos impostos, os Estados podem influenciar a oferta dos diferentes tipos de discurso obsceno.

Existem ainda argumentos fundacionais a favor deste tipo de medidas. Os mecanismos de controlo directo são mais restritivos das liberdades

47 *Müller and Others v. Switzerland*, Julgamento de 24 de maio de 1991, Série A, n. 204.

48 Cf. COOTER, R. Op. cit., p. 318.

49 Ibid.

fundamentais dos indivíduos do que os impostos⁵⁰, e, de acordo com a Convenção, as restrições aos direitos devem obedecer a um critério de necessidade. Existem, portanto, boas razões para que o TEDH seja mais tolerante com restrições realizadas pela via fiscal do que com as que advêm de mecanismos de controlo directo.

No Caso *Muller*, um artista teria exibido em Friburgo três quadros descrevendo actos sexuais, confiscados de seguida pelas autoridades suíças que os consideraram obscenos.

O Tribunal não considerou, nem as multas nem o confisco dos quadros, uma restrição desproporcionada ao direito à liberdade de expressão do artista.

Aplicando a fórmula de Posner a este caso, obtém-se uma expressão mais simples já que n equivale a zero (o mal ocorre, logo os quadros são expostos às pessoas sensíveis); a probabilidade que o mal ocorra é bastante elevada uma vez que foram os próprios autores quem admitiu que o conteúdo dos quadros seria considerado chocante e repulsivo por algumas pessoas. De qualquer maneira, a restrição surge como uma reacção a um mal que já tinha sido causado, pelo que é razoável retirar P da equação, considerando que é igual a 1. Ora, se P é igual a 1 e n igual a zero, então, as restrições serão justificadas sempre que $V + E < L$.

Neste caso, e dado que a expressão não assume a forma de simples pornografia, sendo possível e provável o seu valor artístico, já que *Muller* era um artista com algum reconhecimento e que os quadros estavam inseridos numa prestigiada exposição, V deverá ser elevado. Porque os mesmos eram tão grotescos e chocantes como potencialmente valiosas obras de arte, E será também elevado. Embora L possa também ser significativo, a questão fundamental permanece a de saber se é maior do que o custo de suprimir a expressão, de modo a justificar a medida levada a cabo pelas autoridades suíças.

Havendo outras medidas menos restritivas do direito para evitar este mal, a elas deveria ser dada prevalência, já que, dessa forma, seriam evitados os custos da supressão, e os benefícios sociais da expressão manter-se-iam. Uma possibilidade seria exigir que a expressão potencialmente danosa fosse devidamente assinalada de modo a que os mais sensíveis não fossem inadvertidamente confrontados com ela. Outra alternativa seria proibir a exibição pública dos quadros sem os confiscar. Poder-se-ia dizer que, na prática, tal equivaleria a confiscar os quadros, já que o objectivo de uma obra de arte é a exposição. Contudo, precisamente porque os sentimentos das pessoas em relação a este tipo de expressão diferem tanto, os quadros poderiam facilmente ser expostos noutro lado.

50 Ibid.

- A inexistência de um “conceito europeu de moralidade”

Pode questionar-se esta larga margem de apreciação conferida aos Estados pelo TEDH neste domínio, baseada na inexistência de um “conceito europeu de moralidade”. A falta do referido conceito só aumenta o custo do erro na avaliação do valor da expressão (*E*). Discricionariedade neste campo arrisca-se a esvaziar a garantia da liberdade de expressão, submetendo-a ao que é “moralmente aceitável” numa determinada altura. A ser desta forma, bem podemos assumir que não existe nenhum valor inerente na livre expressão, devendo esta ser protegida unicamente enquanto comunicar a uma certa visão moral da sociedade (seja lá qual ela for), com o perigo adicional de ser esta moldada, em grande medida, pelo poder político.

- A liberdade de expressão e a protecção dos sentimentos religiosos

Nos casos *Otto-Preminger Institute* e *Wingrove*⁵¹, foram adicionalmente levantadas questões relativas à liberdade religiosa. Note-se que a CEDH não garante um direito à protecção de sentimentos religiosos (não se encontram no âmbito de protecção do art. 9º), muito embora estes possam justificar certas restrições impostas ao discurso. O dano infligido aos crentes por meio de um discurso desrespeitoso deve ser visto como uma externalidade negativa e, nesse caso, todo o exposto anteriormente aplica-se também a este tipo de expressão.

Contudo, certas formas de profanação de símbolos religiosos e tratamento desdenhoso e ultrajante podem traduzir-se num dano que não se limita ao dano agregado de todos os crentes. Se considerarmos que os símbolos, em particular os religiosos, são, eles próprios, um bem público que produz externalidades positivas, a sociedade como um todo terá algo a perder ao não permitir que nada seja sagrado⁵². A perda da própria ideia da santidade, consequência de se permitir demasiada profanação, pode ser algo a considerar aquando a regulação da liberdade de expressão. Chegando a uma conclusão semelhante, casos de blasfémia e discurso ofensivo de sentimentos religiosos podem ter um *L* especialmente elevado (mal infligido pelo discurso), o que tenderá a justificar restrições neste domínio.

3.6 Discurso comercial

- O âmbito de protecção do discurso comercial e publicitário

Tratando-se do discurso comercial, a primeira questão que surge diz respeito ao âmbito da protecção que lhe é conferida pelo art. 10. Pode argumentar-se (e é, aliás, a visão comum dos Estados) que o discurso publicitá-

51 *Wingrove v. UK*, Julgamento de 25 de novembro de 1996, Ap. 17419/90; e *Otto-Preminger Institut v. Austria*, Julgamento de 20 de setembro de 1994, Série A, n. 295-A.

52 Neste sentido, RASMUSEN, Eric. The economics of desecration: Flag burning and related activities. *Journal of Legal Studies*, v. 27, p 245-269, 1998.

rio não deveria receber qualquer protecção do Tribunal, já que é uma forma de discurso que não serve os objectivos que justificam a garantia estabelecida no art. 10, não promovendo a disseminação de ideias, apenas tornando público aquilo que o seu autor pretende vender. O objectivo é sempre o do lucro privado.

Após alguma hesitação⁵³, o Tribunal parece (não é fácil dizer) ter concluído que o discurso comercial também se encontra incluído no âmbito de protecção do art. 10⁵⁴.

Não o fazendo, aliás, enfrentaria a dificuldade prática de definir o conceito de discurso comercial, aquele que é dirigido inteiramente ao mercado de bens e que não transmite ao público informação valiosa. Se em abstracto este não parece um problema muito difícil de resolver, na prática é quase impossível encontrar-se um discurso que seja “puramente comercial” nos termos descritos.

Já se vê que o TEDH não tomou uma posição clara relativamente a este assunto. Para receber a protecção do art. 10, o Tribunal tem sempre de relacionar o discurso com o “mercado das ideias”, ou seja, com a comunicação de informação relevante para o público em geral, e destacá-lo de fins comerciais. Ainda que estes possam existir, o discurso deve prosseguir outros fins legítimos e não ser meramente publicitário⁵⁵.

Não existe nenhuma razão conceptual para excluir o discurso comercial do âmbito de aplicação do art. 10, já que a sua letra sugere que este é vasto, compreendendo “a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias”, e que é o próprio Tribunal quem refere que este “não se aplica apenas a certos tipos de informação ou ideias”⁵⁶.

Refira-se ainda que a oferta de informação através da publicidade estimula a concorrência e os mercados (enquanto que a regulação que o restringe pode muito bem restringi-la), o que constitui, em si mesmo, um interesse público, embora sirva igualmente interesses comerciais privados. “A defesa dos direitos humanos não tem necessariamente de promover o interesse público, podendo servir interesses privados”, tal como reconhecido pelo Tribunal⁵⁷. Assim sendo, mais uma razão para não excluir este tipo de discurso do âmbito de aplicação do art. 10.

- As razões de maior protecção concedida ao discurso político

53 Em *Barthold v. Germany*, 25 de março de 1985, Série A, n. 90, § 42, o Tribunal deixa em aberto esta questão.

54 Ver *Casado Coca v. Spain*, 24 de junho de 1994, Série A, n. 285.

55 Ibid.

56 Cf. *Müller*, cit. § 27.

57 Cf. *Casado Coca*, cit., § 34.

Talvez a hesitação em incluí-lo se deva antes a um receio de evitar as questões complexas que tal levantaria. O discurso comercial é comumente sujeito a inúmeras restrições por parte dos Estados, muitas vezes para proteger interesses comerciais privados, o que não seria fácil de justificar ao abrigo da CEDH. Na sua opinião dissidente em *Barthold v. Germany*, o Juiz Petiti refere que, “mesmo que se conceda que o poder regulatório do Estado é mais extensivo em relação à publicidade comercial”, esta deve, não obstante, ser incluída na esfera da liberdade de expressão⁵⁸.

A teoria económica explica-nos porque é que o discurso económico deve gozar de menos protecção do que o discurso político. Enquanto o primeiro promove a concorrência nos mercados comerciais de bens e serviços, o segundo assegura-a na política. Um monopólio naquele traduz-se em preços mais elevados e na menor qualidade e quantidade dos produtos. Os detentores da posição monopolística obterão vantagens especiais à custa de uma diminuição no bem-estar do público em geral, já que o seu lucro é conseguido através da apropriação da totalidade ou de parte do excelente do consumidor⁵⁹. Por outro lado, um monopólio no poder político compromete os valores fundamentais da democracia e separação dos poderes. Os assuntos de Estado serão conduzidos tendo em conta os interesses de poucos, contra os interesses de muitos, o que gerará significativas perdas sociais. Assegurar a concorrência no mercado de bens é importante, mas não tanto como assegurá-la na política.

Existe ainda uma segunda razão para conceder maior protecção ao discurso político que concerne a distinção entre bens público e privados. Os últimos têm efeitos nas pessoas que os produzem e consomem, possuindo poucos efeitos externos, ao contrário dos primeiros. Os efeitos externos positivos do discurso político, inexistentes no discurso comercial, justificam que àquele seja conferida uma maior protecção. A inexistência de efeitos externos positivos no discurso comercial pode mesmo justificar uma menor protecção face ao discurso não comercial e não político.

CONCLUSÕES

- O conceito do “mercado das ideias” na interpretação do art. 10 da CEDH

A interpretação do art. 10 da CEDH assenta no conceito do “mercado das ideias”, segundo o qual estas constituem um bem valioso produzido num mercado concorrencial. São ainda um bem público que possui externalidades positivas: promovem e possibilitam a democracia, bem como

58 Cfr. *Barthold*, cit., opinião dissidente do Juiz Petiti.

59 Montante que os consumidores beneficiam por poderem comprar um produto a um preço inferior ao que estariam dispostos a pagar.

o desenvolvimento artístico, científico e económico. Conseqüentemente, os Estados não podem, por princípio, colocar restrições à liberdade de expressão, sendo o mercado quem determina a qualidade da mesma.

O mercado das ideias exprime a essência da liberdade de expressão como princípio constitutivo: as boas ideias são as que nascem da livre concorrência de visões opostas e não de um qualquer mecanismo de censura. Uma abordagem que faz depender a aplicação desta garantia aos fins que são prosseguidos pela expressão torna-se vazia de qualquer significado, um instrumento a ser preenchido por uma qualquer moral dominante.

Contudo, embora a teoria económica sugira um vasto âmbito de aplicação do art. 10 da CEDH, reconhece que a expressão pode produzir significativos efeitos externos negativos. Como qualquer outro mercado, este também precisa de ser regulado, devendo restringir-se a oferta de informação quando maiores forem os seus efeitos externos negativos. Por outro lado, quando se verificam externalidades positivas no discurso, como no caso do discurso político, e quando a medida restritiva cria fortes poderes monopolísticos, deve o TEDH considerá-la inadmissível.

- As vantagens em integrar uma abordagem de tipo consequencialista na linguagem e no estudo dos direitos humanos

Tentaram demonstrar-se as vantagens em integrar uma abordagem de tipo consequencialista na linguagem e no estudo dos direitos humanos. No sentido de não romper com a sua base deontológica, foi sugerido o conceito económico de bem de mérito como forma de atenuar a tensão existente entre os dois tipos de análise. Não cremos que, com isto, fique resolvida a oposição. Não obstante, não cremos na necessidade de a resolver e sim na de adoptar ferramentas que integrem os dois tipos de raciocínio, já que tanto a abordagem consequencialista como a não consequencialista deixam questões por resolver. Para esse efeito, a análise de mérito revela-se um mecanismo adequado na medida em que compreende uma análise custos-benefícios baseada na soberania do consumidor e uma norma alternativa que dita o mérito, e à qual não pode deixar de se atribuir um significado deontológico.

Não se afigura razoável que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem adopte uma abordagem económica, abandonando todas as outras no processo de decisão, nem, tão pouco, é nossa intenção sugerir que a teorização dos direitos humanos se deve fundar num puro raciocínio económico. Contudo, cremos ter demonstrado a utilidade de o integrar no estudo destes direitos. Ainda que as implicações em termos de reforma do sistema jurídico possam ser limitadas, não pode, não deve ignorar-se o potencial do utilitarismo em termos de teoria crítica de justificação moral, nem fugir ao desafio que a análise económica representa no pensamento convencional.