

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Vitor Amaral Medrado

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA NO BRASIL: a consolidação da
jurisprudência brasileira em diálogo com o constitucionalismo norte-americano**

Belo Horizonte
2018

Vitor Amaral Medrado

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA NO BRASIL: a consolidação da jurisprudência brasileira em diálogo com o constitucionalismo norte-americano

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Campos Galuppo

Belo Horizonte
2018

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M4921 Medrado, Vitor Amaral
Liberdade de expressão e democracia no Brasil: a consolidação da jurisprudência brasileira em diálogo com o constitucionalismo norte-americano / Vitor Amaral Medrado. Belo Horizonte, 2018.
150 f.: il.

Orientador: Marcelo Campos Galuppo
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Liberdade de expressão . 2. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 3. Censura. 4. Direito comparado. 5. Estados Unidos [Constitution]. 6. Liberdade de imprensa. I. Galuppo, Marcelo Campos. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 342.727

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito– CRB 6/2999

Vitor Amaral Medrado

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA NO BRASIL: a consolidação da jurisprudência brasileira em diálogo com o constitucionalismo norte-americano

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Prof. Dr. Marcelo Campos Galuppo (Orientador) – PUC MINAS

Profa. Dra. Alessandra Machado Brandão Teixeira (Coorientadora) – PUC MINAS

Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro – PUC MINAS

Prof. Dr. Mortimer Newlin Stead Sellers (University of Baltimore)

Prof. Dr. Ronaldo Porto Macedo Júnior (Universidade de São Paulo)

Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (PUC Minas)

Prof. Dr. Pablo Alves de Oliveira (PUC Minas)

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2018.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela bênção que é a minha vida.

À minha mãe e à minha família, por tudo.

À Fernanda, pela compreensão, e pelo amor.

Aos colegas de Grupo de Pesquisa, especialmente Daniel, Matheus e Felipe, pelas valiosas críticas e sugestões a esse trabalho.

Ao professor Fernando Armando, pelas valiosas críticas e sugestões que muito acrescentaram ao trabalho.

Aos amigos e colegas do curso de Filosofia da UFMG, por fazerem mais leves os caminhos da academia.

Aos amigos e colegas do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, pelo companheirismo e pelo apoio de sempre.

Ao amigo e companheiro de tese, Rafael, com quem aprendi e continuo aprendendo.

Aos funcionários do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, pelo auxílio em todos esses anos de pós-graduação.

À professora Alessandra, orientadora acadêmica e de coração, pelas valiosas sugestões e pelo carinho de sempre.

Agradeço especialmente ao professor Marcelo Galuppo, a quem devo todos os possíveis acertos da presente tese e muito mais.

“Sunlight is said to be the best of disinfectants”
(BRANDEIS, 1927)

RESUMO

Apesar do contraste histórico entre as jurisprudências das Cortes Constitucionais do Brasil e dos Estados Unidos sobre a liberdade de expressão, há uma tendência recente de consolidação, no Supremo Tribunal Federal, de uma jurisprudência mais favorável à garantia da liberdade de expressão. Isso se evidencia a partir da análise das principais decisões da Suprema Corte sobre o tema nos últimos anos, tais como a do Caso da Lei de Imprensa (ADPF nº 130/DF, de 2009) e a do Caso das Biografias (ADI nº 4.815/DF, de 2015). Entretanto, existem desafios ainda pendentes de resolução pela Suprema Corte, especialmente a polêmica sobre a proteção ou proibição do discurso de ódio. Todavia, o principal precedente sobre o tema, o Caso Ellwanger (HC 82.424/RS), tem sido progressivamente superado pela Corte, o que se evidencia pelas decisões no Caso Abib (RHC 134.682/BA) e no Caso do Enem (MC SL 1.127/DF). Como defendemos, essa progressiva mudança do entendimento da Corte sobre o discurso de ódio pode ser melhor compreendida à luz do debate acadêmico. Nesse debate, destaca-se a lição de Dworkin: a liberdade e a igualdade não são valores antagônicos, mas cooriginários. A igualdade está implícita na ideia de que todos devem ter o direito de opinar e participar da vida pública, por mais temerários que sejam os seus pontos de vista. Da mesma forma, Sandel e Sellers mostram a ilegitimidade de se limitar a participação de todos na arena pública. Portanto, a recente tendência do Supremo Tribunal Federal de conferir primazia às liberdades está fundada na concepção mais adequada da liberdade de expressão.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Supremo Tribunal Federal. Censura. Discurso de ódio. Direito comparado. Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Liberdade de imprensa.

ABSTRACT

Despite the historical contrast between the jurisprudence of the Supreme Courts of Brazil and the United States on free speech, there is a recent trend of consolidation in the Brazilian Supreme Court of a jurisprudence more favorable to the guarantee of free speech. This is evident from the analysis of the main decisions of the Brazilian Supreme Court on the subject in recent years, such as the case of the Press Law (ADPF nº 130 / DF, 2009) and the Case of Biographies (ADI nº 4.815 / DF, 2015). Nevertheless, there are challenges still pending for resolution by the Brazilian Supreme Court, especially the controversy over the protection or prohibition of hate speech. However, the Ellwanger Case (HC 82.424 / RS) has been progressively overtaken by the Court, as evidenced by the decisions in the Abib Case (RHC 134.682 / BA) and in the Enem Case (MC SL 1,127 / DF). As we have argued, this progressive shift in the Court's understanding of hate speech can best be understood in the light of the academic debate. In this debate, Dworkin's lesson stands out: freedom and equality are not antagonistic but co-operative values. Equality is implicit in the idea that everyone should have the right to express opinions and take part in public life, however reckless their views may be. Likewise, Sandel and Sellers argue for the illegitimacy of limiting everyone's participation in the public arena. Therefore, the recent tendency of the Brazilian Supreme Court to give preferred position to freedoms is based on the best understanding of free speech.

Keywords: Free Speech. Brazilian Supreme Court. Censorship. Hate speech. Comparative law. First Amendment to the United States Constitution. Freedom of the Press.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI-5	Ato Institucional nº 5
CF	Constituição Federal de 1988
EUA	Estados Unidos da América
<i>First Amendment</i>	Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos
<i>Fourth Amendment</i>	Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros
MBL	Movimento Brasil Livre
MC SL	Medida Cautelar na Suspensão de Liminar
ENEM	Exame Nacional do Ensino Médio
ONU	Organização das Nações Unidas
PGR	Procuradoria-Geral da República
PP	Partido Progressista
Primeira Emenda	Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos
PSC	Partido Social Cristão
Quarta Emenda	Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos
RHC	Recurso Ordinário em Habeas Corpus
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
<i>Supreme Court</i>	Suprema Corte dos Estados Unidos
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
1 DA TOLERÂNCIA À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	23
1.1 A tolerância na antiguidade.....	25
1.2 A tolerância na modernidade.....	28
1.3 A tolerância religiosa	33
1.4 O mercado livre de ideias.....	39
1.5 O desenvolvimento do <i>free speech</i> nos Estados Unidos.....	41
1.6 A reviravolta jurisprudencial do início do século XX.....	45
2 LIBERDADE E CENSURA NO BRASIL	55
2.1 Lei para inglês ver.....	55
2.2 Liberdade de expressão e liberdade de imprensa no Brasil	61
2.3 Pela liberdade, contra a Lei de Imprensa	65
2.4 A posição de preferência das liberdades	70
2.5 O Caso das Biografias.....	72
3 LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	81
3.1. Os madisonianos.....	81
3.2 Os <i>new dealers</i>	85
3.3. O privilégio da imprensa.....	87
3.4 Valores e contravalores.....	88
3.5 O temor da desregulamentação do discurso.....	91
3.6 O temor do discurso de ódio	94
4 PROIBIR OU PROTEGER O DISCURSO DE ÓDIO?	97
4.1 O problema do mercado livre de ideias.....	97
4.2 O problema do argumento da autonomia individual.....	98
4.3 O dano no discurso de ódio.....	103
4.4 Dignidade, segurança e status.....	108
4.5 O discurso de ódio e a ofensa	112
5 UMA JURISPRUDÊNCIA EM FORMAÇÃO E SEUS FUNDAMENTOS.....	115
5.1 Uma defesa liberal das liberdades	115
5.2 A pornografia deveria ser censurada?	116
5.3 Uma defesa republicana da liberdade	122
5.4 Uma jurisprudência em formação.....	129
5.4.1 O Caso Abib – RHC 134.682/BA.....	131
5.4.2 O Caso do Enem – MC SL 1.127/DF	137
CONCLUSÃO.....	138
REFERÊNCIAS.....	143

INTRODUÇÃO

Em 28 de junho de 2016, na cidade de Goiânia, a Justiça do estado cumpriu um mandado de busca e apreensão na residência de Ana Smile, uma artista plástica de 32 anos. Ana Smile se envolveu em uma polêmica com a comunidade católica ao fazer e vender esculturas de santos da Igreja Católica inspirados na cultura pop. As vendas aconteciam tanto em sua loja física quanto nas redes sociais através do perfil digital “Santa Blasfêmia”. Dentre os personagens retratados em seu trabalho, estão Superman, Batman, Minnie, Malévola e Galinha Pintadinha:

Figura 1 – Santa Blasfêmia



Fonte: Ana Smile/Divulgação.

Um mês antes do cumprimento do mandado, em ação levada a cabo pela Arquidiocese de Goiânia, o juízo da 9ª Vara Cível de Goiânia havia deferido liminar proibindo Ana Smile de fazer e comercializar as suas esculturas sob pena de multa de 50 mil reais em caso de descumprimento. Não há ainda uma sentença sobre o mérito da causa, mas o juiz da causa justificou da seguinte forma o deferimento da liminar¹: “Embora os direitos e garantias fundamentais estejam na mesma ordem, sem hierarquia ou primazia de um sobre o outro, quando houver conflito entre eles, deve prevalecer o direito à dignidade pessoal, à honra e à vida privada”².

¹ Posteriormente, esta tutela de urgência foi afastada no julgamento do Agravo de Instrumento interposto por Ana Smile. A nova decisão do Tribunal de Justiça de Goiás de afastar a tutela de urgência, entretanto, foi tomada apenas em fevereiro de 2018.

² TÚLIO, Silvio. Juiz proíbe artista de fazer esculturas de santos inspiradas na cultura pop. **G1 Goiás**, Goiânia, 1 jun. 2016.

Isso significa que, segundo o juiz, existe uma primazia da dignidade pessoal, da honra e da vida privada em relação a liberdade artística e a liberdade de expressão. É interessante notar que esse ímpeto para a limitação das liberdades está presente também na sociedade civil. É o que se observa no recente caso envolvendo uma mostra do Santander Cultural. A mostra *Queermuseu – Cartografias da Diferença na Arte Brasileira* estaria em cartaz no Santander Cultural, em Porto Alegre, entre os dias 15 de agosto e 8 de outubro de 2017. Com curadoria de Gaudêncio Fidelis, a exposição tinha ao todo 270 trabalhos de 85 artistas que abordavam questões relativas ao movimento LGBT. Entre os artistas, havia nomes consagrados como Alfredo Volpi, Cândido Portinari, Clóvis Graciano, Ligia Clark e Leonilson.

Viabilizada pela captação de R\$ 800 mil por meio da Lei Rouanet, a mostra foi alvo de protestos, incluindo vídeos de autoria do Movimento Brasil Livre (MBL), que tiveram um impacto significativo nas redes sociais. Os opositores da mostra afirmaram que a exposição promovia a pedofilia, enquadrando-se no artigo 208 do Código Penal³. Em 11 de setembro de 2017, o Santander Brasil cancelou a mostra e divulgou uma nota, na qual, em meio a pedidos de desculpas, afirmava que “algumas das obras da exposição Queermuseu desrespeitavam símbolos, crenças e pessoas, o que não está em linha com a nossa visão de mundo”⁴. Seja na Justiça, seja no imaginário da sociedade civil, os direitos da personalidade devem prevalecer em relação à liberdade de expressão artística. Aliás, especialmente no caso da exposição *Queermuseu*, os direitos da personalidade também foram considerados mais importantes que a promoção da diversidade e da pluralidade, já que a exposição pretendia tornar visíveis algumas concepções não ortodoxas de arte e de vida.

Em outro caso, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi envolvido em uma polêmica. Em agosto de 2013, o juiz João Batista Damasceno, do TJRJ, pendurou em seu gabinete o quadro *Por uma cultura de paz*, de Carlos Latuff, que critica explicitamente a violência da Polícia Militar do Rio de Janeiro contra a população em situação de vulnerabilidade:

³ Art. 208. Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

⁴ REDAÇÃO DA EXAME. Após protestos, Santander fecha museu sobre diversidade. **Exame**, São Paulo, 11 set. 2017.

Figura 2 – Por uma cultura de paz, de Carlos Latuff



Fonte: Charge de Carlos Latuff/Reprodução

Ciente do fato, o deputado estadual Flávio Bolsonaro, atualmente do Partido Social Cristão (PSC/RJ) e à época do Partido Progressista (PP/RJ), promoveu uma representação por descumprimento de dever funcional. O deputado argumentou que o quadro é uma crítica a outra instituição e que este não é o comportamento esperado de um juiz⁵. Além disso, o deputado buscou encorajar policiais a processarem o juiz já que, segundo ele, a imagem “retrata uma cena de cunho difamatório não somente à instituição, mas inclusive à sua própria honra objetiva e subjetiva”⁶. No dia 02 de setembro de 2013, a Presidente do TJRJ leu em sessão plenária o ofício do deputado Flávio Bolsonaro e ordenou que o juiz Damasceno retirasse o quadro. Retirado o quadro, entretanto, o Desembargador Siro Darlan de Oliveira, da Sétima Câmara do TJRJ, decidiu por dar-lhe “asilo artístico (...), em solidariedade a um magistrado perseguido por ter a coragem de defender seu ponto de vista em defesa da moralidade e da causa pública”⁷. Ademais, justificou o Desembargador, “é um direito constitucional, o da livre manifestação do pensamento, que não lhe pode ser negado”⁸. Após novas tentativas da Corregedoria do TJRJ de retirar a obra de suas dependências, o quadro de

⁵ LEMES, Conceição. Juiz vai a julgamento no Rio de Janeiro por pendurar quadro que denuncia genocídio contra os pobres. **Viomundo**, Higienópolis, 9 mar. 2014.

⁶ REDAÇÃO DO UOL. Deputado Bolsonaro ajuda PMs a processarem autor de charge exposta no TJ-RJ. **Uol Notícias**, Rio de Janeiro, 29 ago. 2013.

⁷ REDAÇÃO DO UOL. Deputado Bolsonaro ajuda PMs a processarem autor de charge exposta no TJ-RJ. **Uol Notícias**, Rio de Janeiro, 29 ago. 2013.

⁸ REDAÇÃO DO UOL. Deputado Bolsonaro ajuda PMs a processarem autor de charge exposta no TJ-RJ. **Uol Notícias**, Rio de Janeiro, 29 ago. 2013.

Carlos Latuff foi leiloado juntamente com outras obras. Com o dinheiro arrecado dessa e de outras ações⁹, foi adquirida uma casa para a família do pedreiro Amarildo, desaparecido após sequestro, tortura e morte em uma ação da polícia do Rio de Janeiro¹⁰.

O que os casos da artista Ana Smile, da exposição Queermuseu e do TJRJ têm em comum? Em todos eles, a liberdade de expressão e os direitos a ela correlatos foram preteridos em favor de outras exigências. Em outros casos, entretanto, a Justiça brasileira assegurou o exercício da liberdade de expressão em detrimento de outras reivindicações. É o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 187, que tratou da “marcha da maconha”. Em junho de 2011, o Supremo Tribunal Federal considerou lícita a realização dos eventos chamados “marcha da maconha”, que reúnem manifestantes favoráveis à descriminalização da droga. No caso, a Procuradoria-Geral da República (PGR) pediu que fosse fixada interpretação conforme a Constituição em relação ao artigo 287 do Código Penal¹¹ para que não fossem impedidas futuras manifestações públicas desse tipo.

Na ocasião, os ministros não pouparam palavras de enaltecimento em relação à liberdade de expressão e de reunião. O Ministro Ayres Britto chamou a atenção para o aspecto coletivo da liberdade de expressão, já que “a dignidade da pessoa humana não se exaure no gozo de direitos rigorosamente individuais, mas de direitos que são direitos coletivamente experimentados”¹². Para o Ministro Marco Aurélio Mello, “mesmo quando a adesão coletiva se revela improvável, a simples possibilidade de proclamar publicamente certas ideias corresponde ao ideal de realização pessoal e de demarcação do campo da individualidade”¹³. Por sua vez, a Ministra Rosa Weber brindou o plenário com um depoimento pessoal: “sinto-me inclusive aliviada de que minha liberdade de pensamento e de expressão de pensamento esteja garantida”¹⁴. A Ministra faz parte de uma comissão internacional que estuda a descriminalização do uso de algumas drogas.

⁹ TORRES, Livia. Família de Amarildo comemora casa comprada na Rocinha com doações. **G1 Rio**, Rio de Janeiro, 29 out. 2013.

¹⁰ REDAÇÃO DO G1 RIO. Caso Amarildo: juíza condena 12 dos 25 policiais militares acusados. **G1 Rio**, Rio de Janeiro, 1 fev. 2016.

¹¹ Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime. Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

¹² Ministro Carlos Ayres Britto, nos autos do ADPF 187/DF, p. 177.

¹³ Ministro Marco Aurélio Mello, nos autos do ADPF 187/DF, p. 188.

¹⁴ Ministra Rosa Weber, nos autos do ADPF 187/DF, p. 183.

Mesmo ponderando que essas manifestações devam ser pacíficas e que podem ser proibidas caso dirigidas a incitar ou provocar ações ilegais iminentes¹⁵, a Corte decidiu, por unanimidade de 8 votos¹⁶, por acatar o pedido da PGR e viabilizar juridicamente as marchas da maconha no Brasil. Assim, em sentido contrário às decisões e tendências nos casos supracitados, a decisão do STF na ADPF 187 deu preferência à liberdade de expressão frente a outras reivindicações, e mesmo ao desejo majoritário da população¹⁷.

A flagrante dissonância entre decisões da Justiça Brasileira evidencia que não há, ainda, uma compreensão adequada da liberdade de expressão no Brasil. Além do mais, no Brasil, a discussão sobre a liberdade de expressão é ainda incipiente se comparada, por exemplo, à literatura jurídica existente em língua inglesa. Nos Estados Unidos, um rico debate foi desenvolvido no último século envolvendo tanto o Judiciário como a academia sobre o *free speech*. Sobretudo ao longo do último século, a *Supreme Court* tem se debruçado sobre o tema da liberdade de expressão em vista de estabelecer a sua abrangência e os seus limites.

A consolidação da jurisprudência da *Supreme Court* sobre a liberdade de expressão foi acompanhada de um profundo debate acadêmico que chegou até os dias de hoje. Entretanto, foi apenas a partir da primeira metade do século XX que a jurisprudência americana passou a dar primazia à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa. Hoje, a jurisprudência da *Supreme Court* é uma espécie de vanguarda das liberdades no mundo. Ao passo que outras democracias desenvolvidas são marcadas pela limitação a essas liberdades frente a outras exigências, a Suprema Corte dos Estados Unidos considera as liberdades direitos prioritários, mesmo em casos que envolvem a segurança do governo e as opiniões extravagantes e perigosas.

O Brasil e os Estados Unidos, assim, parecem caminhar por destinos aparentemente opostos em relação ao direito à liberdade de expressão. Entretanto, a última década foi marcada por importantes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o *free speech*. A nossa tese é a de que as decisões recentes da Suprema Corte evidenciam a progressiva consolidação de uma jurisprudência mais favorável à liberdade de expressão em um constante diálogo com o constitucionalismo norte-americano. Como defendemos, essa ideia propicia a compreensão das decisões mais recentes, e polêmicas, da Corte.

¹⁵ O relator do caso, Ministro Celso de Mello, fez referência ao voto do Juiz Oliver Wendell Holmes, Jr., proferido, em 1919, no julgamento do caso *Schenck v. United States*, do qual trataremos a seguir. Ver: Ministro Celso de Mello, nos autos do ADPF 187/DF, p. 108 ss.

¹⁶ Ausentes os ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. O Ministro Dias Toffoli se declarou impedido.

¹⁷ Em pesquisa de 2016, a Hello Research apurou que 6 em cada 10 brasileiros desaprovam a descriminalização da maconha no país. Ver: BRETAS, Valéria. O que diz o brasileiro sobre a descriminalização da maconha. **Exame**, São Paulo, 1 jun. 2016.

Para demonstrar essa tese, no primeiro capítulo, desenvolveremos a compreensão de que a liberdade de expressão está ligada historicamente ao conceito de tolerância. Para tanto, criaremos uma narrativa que aborda a tolerância na antiguidade e a tolerância moderna para mostrar a centralidade da ideia de tolerância no mundo moderno. Mostraremos, nesse sentido, que a compreensão da tolerância na modernidade se relaciona especialmente à conjuntura de diferentes concepções do bem, sobretudo quanto à religião, passarem a existir em um mesmo tempo e lugar. Para tanto, abordaremos os estudos de Locke sobre a tolerância religiosa. Apresentaremos também o conceito do “livre mercado de ideias”, uma ideia de Mill que influencia sobremaneira o debate atual acerca da liberdade de expressão. No final do capítulo, enfim, desenvolveremos uma compreensão da liberdade de expressão a partir da evolução da jurisprudência sobre o *free speech* nos Estados Unidos.

No segundo capítulo, desenvolveremos uma narrativa que percorre a história das primeiras constituições brasileiras ao desenvolvimento atual da jurisprudência pátria sobre a liberdade de expressão. Para tanto, discutiremos a forma como as antigas constituições brasileiras abordaram as liberdades, assim como a maneira como a Constituição de 1988 trata do assunto, além dos tratados e convenções internacionais sobre a liberdade de expressão que vigoram no Brasil. Em seguida, analisaremos o Caso da Lei de Imprensa (ADPF nº 130/DF, de 2009) e o Caso das Biografias (ADI nº 4.815/DF, de 2015) para demonstrar como foram dados os primeiros passos no sentido da consolidação do entendimento atual do STF sobre a liberdade de expressão. Nesse contexto, analisaremos os votos dos Ministros em um diálogo com a jurisprudência da *Supreme Court*.

No terceiro capítulo, mostraremos que algumas concepções da Primeira Emenda à Constituição Americana se prestam a fundar o entendimento firmado pela maioria dos Ministros nos Casos da Lei de Imprensa e das Biografias. À vista disso, desenvolveremos as concepções de Meiklejohn, Sunstein e Fiss sobre a *First Amendment*. Mostraremos, em seguida, como essas concepções, sobretudo a de Fiss, servem-se a justificar considerações de alguns Ministros contrárias à liberdade de expressão, mas sobretudo à liberdade de imprensa, no Caso da Lei de Imprensa. Ao final do capítulo, a pretexto do temor expressado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto no caso da ADPF 130, faremos algumas considerações sobre o discurso de ódio, introduzindo uma discussão que foi mais bem desenvolvida nos dois últimos capítulos.

No quarto capítulo, desenvolveremos o polêmico debate sobre a proteção ou proibição do discurso de ódio. Para tanto, retomaremos a concepção do livre mercado de ideias de Mill para demonstrar a sua insuficiência para dar conta da polêmica. Seguidamente, apresentaremos

o argumento de Baker que relaciona a autonomia individual à necessidade da garantia da liberdade de expressão. Mais a diante, desenvolveremos os argumentos de Waldron que pretendem fundar a necessidade da legislação contra o discurso de ódio. Como mostraremos, para Waldron, há um dano inerente ao discurso de ódio: ele tornaria mais difícil o gozo da igual-cidadania por parte de cidadãos que pertencem a grupos vulneráveis.

No quinto e último capítulo, desenvolveremos o argumento de Dworkin sobre qual é a concepção mais adequada da Primeira Emenda em vista da garantia da liberdade e da igualdade. Nesse contexto, abordaremos a polêmica questão da proibição de certas formas de pornografia. Essa discussão tornará possível refutar, com Dworkin, os argumentos de Waldron a favor da legislação contra o discurso de ódio. Em seguida, desenvolveremos uma defesa do *free speech* a partir da concepção dworkiniana de que há uma cooriginalidade entre a liberdade e a igualdade. Em seguida, demonstraremos, a partir de Sandel e Sellers, que é possível também a defesa da liberdade a partir de uma matriz republicana.

Por fim, a partir da discussão sobre o *hate speech* e dos entendimentos majoritários nos Casos da Lei de Imprensa e das Biografias, demonstraremos, no quinto capítulo, que as decisões recentes da Suprema Corte evidenciam a progressiva consolidação, no Brasil, de uma jurisprudência mais favorável à liberdade de expressão. No mesmo sentido, analisaremos a decisão do STF no Caso Abib (RHC 134.682/BA) para mostrar que ela representa um distanciamento da Primeira Turma em relação ao precedente do Caso Ellwanger (HC 82.424/RS). Em seguida, analisaremos a decisão monocrática da Ministra Cármen Lúcia no Caso do Enem (MC SL 1.127/DF) evidenciando que também esse julgamento evidencia a progressiva consolidação de uma nova jurisprudência da Suprema Corte em relação à liberdade de expressão.

1 DA TOLERÂNCIA À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

"Posso não concordar com o que você diz, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo"¹⁸. Essa frase, que foi atribuída equivocadamente a Voltaire, é na verdade de autoria de Evelyn Beatrice Hall, uma escritora britânica que escreveu uma biografia do famoso filósofo francês¹⁹. Seja como for, a frase é bastante representativa, pois relaciona claramente a liberdade de expressão com a tolerância. Mas, afinal, o que é tolerância?

No início da primavera parisiense de 1997, intelectuais de todo o mundo se reuniram por ocasião do Foro Internacional sobre a Intolerância em busca de se compreender em que consiste a tolerância e a intolerância. O encontro resultou na publicação de um livro, no mesmo ano, em que alguns daqueles intelectuais, tais como Umberto Eco e Paul Ricouer, foram chamados a escrever sobre a história das teorias da tolerância, sobre as lutas pela tolerância hoje e sobre o conceito de intolerância. Era de se esperar que ensaios em um mesmo livro sustentassem um conceito uníssono de tolerância, ou ao menos não divergissem acentuadamente sobre ele, entretanto, uma análise dos textos evidencia uma profunda discordância dos autores sobre o significado de tolerância e de intolerância.

Vamos começar pelo conceito de intolerância. Umberto Eco afirma que a intolerância é natural e “está situada aquém de qualquer doutrina. Ela tem raízes biológicas, manifesta-se entre os animais em forma de territorialidade e baseia-se em reações emocionais superficiais”²⁰. Por outro lado, Italo Mereu sustenta que a intolerância tem raízes no dogmatismo de pensamento, já que “é baseada na certeza de se possuir a verdade absoluta e no dever de impô-la pela força”²¹. A falta de uma compreensão uníssona também se mostrou em relação ao conceito de tolerância. Françoise Héritier sustenta que tolerar é “aceitar a ideia de que os homens não são definidos apenas como livres e iguais em direito, mas que todos os humanos sem exceção são definidos como homens”²². Por sua vez, André Chouraqui afirma

¹⁸ I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it.

¹⁹ Ver: BOLLER, Paul F.; GEORGE, John H. **They Never Said It: A Book of Fake Quotes, Misquotes, and Misleading Attributions**. New York: Oxford University Press, 1990.

²⁰ ECO, Umberto. Definições léxicas. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**: Foro Internacional sobre a Intolerância. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 17).

²¹ MEREU, Italo. A intolerância institucional: origem e instauração de um Sistema sempre dissimulado. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**: Foro Internacional sobre a Intolerância. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 42.

²² HÉRITIER, Françoise. O Eu, o Outro e a intolerância. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**: Foro Internacional sobre a Intolerância. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 27.

que “a tolerância seria encontrar uma mediação que permitisse uma convivência fraternal” e que “ainda estamos bem longe” disso, uma vez que “somos vítimas da herança de desconhecimento, de ódio e de hostilidade que absorvemos em nossa educação”²³.

Ou seja, não há clareza sobre o que seja tolerância ou intolerância. Se é difícil encontrar similaridades em definições tão discrepantes, não é, todavia, difícil imaginar as razões disso. Posto o valor da questão da tolerância, era de se esperar que diversos estudiosos se debruçassem sobre o tema com o intuito de fornecer um conceito de tolerância. Um debate dessa amplitude geralmente esbarra em dificuldades conceituais como essa. Entretanto, talvez seja possível contorná-las se atentarmos para a frase de Evelyn Beatrice Hall. A frase “posso não concordar com o que você diz, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo”²⁴ traz um elemento importante para a discussão: a atitude de reconhecer o direito do outro de se expressar de maneira diferente ou mesmo oposta. Essa noção de tolerância exposta é compartilhada por alguns importantes estudiosos do assunto.

O filósofo norte-americano Michael Walzer, por exemplo, identifica diferentes níveis de tolerância²⁵: (1) a *resignação*, (2) a *indiferença*, (3) a *curiosidade* e (4) o *entusiasmo*²⁶. A (1) resignação está na origem da tolerância religiosa nos séculos XVI e XVII e significa basicamente uma aceitação resignada da diferença em nome da paz. A (2) indiferença é passiva, é uma espécie de abrandamento, um desinteresse benigno. Por sua vez, a (3) curiosidade representa uma abertura em relação ao outro, o respeito, uma boa vontade curiosa para escutar e aprender com o outro. Por fim, o (4) entusiasmo é um endosso estético da diferença, fundado na admiração da grandiosidade e da diversidade da criação de Deus ou da natureza em si mesma, ou um endosso funcional, fundado na ideia de que a diferença é uma condição necessária para o florescimento humano, na medida em que ela nos dá a chance de escolher e tornar cheia de significado a nossa autonomia. Levando-se em conta os “níveis” de

²³ CHOURAQUI, André. O povo da Aliança. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**: Foro Internacional sobre a Intolerância. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 75.

²⁴ I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it.

²⁵ WALZER, Michael. The Politics of Difference: Statehood and Toleration in Multicultural World. **Ratio Juris**. v. 10. n. 2, 1997, p. 166 ss.

²⁶ Também Paul Ricoeur posiciona-se no mesmo sentido. Para Ricoeur, foi preciso passar primeiro por passar por uma etapa em que se tolera o que se desaprova, mas não se pode impedir. Posteriormente, passou-se à tentativa de compreender as convicções contrárias, mas sem aderir a elas. A etapa subsequente é a mais decisiva, posto que reconhece o direito ao erro, associado a ideia de que cada um tem o direito de viver segundo suas convicções. Entretanto, é com a crise da ideia de verdade que a tolerância transpõe um limite crítico. Para Ricoeur, é aqui que a simpatia pelas ideias das quais não compartilhamos dá lugar à suposição de que uma parte da verdade pode estar em outro lugar não nas convicções que fundamentam as tradições em que fomos educados. Ver: RICOEUR, Paul. Etapa atual do pensamento sobre a intolerância. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**: Foro Internacional sobre a Intolerância. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 22-23.

tolerância de que fala Walzer, é possível dizer que a atitude atribuída a Voltaire estaria, pelo menos, no nível da *curiosidade*. Ou seja, uma atitude de abertura em relação à diferença representada pelo outro e o endosso do seu direito de se expressar.

Um outro elemento da tolerância subjacente à atitude atribuída a Voltaire é a *abstenção intencional de se opor e intervir na esfera do outro*. Com efeito, mesmo divergindo fundamentalmente do outro, Voltaire aparentemente não acreditava que tinha o direito de obstruir a sua manifestação. Ao contrário, por princípios, ele engajou na defesa irrestrita do direito do outro de se expressar. A ideia de que a tolerância implica a abstenção intencional de se opor a outrem é esmiuçada por Andrew Jason Cohen. Em seu artigo intitulado *What Toleration Is*²⁷, Cohen sugere que um ato de tolerância é abster-se intencionalmente e por princípios de se opor a outros em situações de diversidade quando o agente *acredita ter o poder de interferir*.

Se levarmos em conta a concepção da tolerância atribuída a Voltaire e as análises de Walzer e Cohen, é possível dizer que a tolerância implica então *diversidade, abstenção, intencionalidade e um (suposto) poder de intervenção*. Uma pessoa não é propriamente tolerante com quem se expressa de maneira similar à forma como ela própria se expressa. Somente é possível ser tolerante com o diferente. A tolerância também implica uma *abstenção de se opor a outrem*, isto é, uma omissão. Isso significa que o tolerante se abstém de intervir de forma *intencionada* e não por mero acidente na esfera do outro. Por fim, o tolerante acredita que tem o *poder de intervir*, mas mesmo assim opta por se abster.

Apesar de não ser normativa, mas descritiva, essa definição é preliminar para discussões relativas à norma. Ao evidenciar cada um dos elementos que subjazem à tolerância, a análise conceitual nos previne de enfrentar falsos problemas. Por exemplo, se tolerância implica diversidade, é certo que passará progressivamente ao centro do debate com a emergência e o desenvolvimento das sociedades plurais modernas. Entretanto, apesar de ser um desafio eminentemente moderno, a questão da tolerância tem a sua raiz na antiguidade.

1.1 A tolerância na antiguidade

Ao narrar a cena em que Aquiles se solidarizou com Príamo e concedeu ao velho rei a oportunidade de velar o corpo do seu filho Heitor, a *Iliada* alçou o sentimento de solidariedade ao rol de virtudes a serem desejadas e praticadas pelos gregos. Como explica

²⁷ COHEN, Andrew Jason. What Toleration Is. **Ethics**. The University of Chicago Press. v. 115, n. 1, 2004, p. 68-95.

Jacqueline de Romilly, esse “sentimento da humanidade comum entre os dois adversários”, pode ser compreendido como uma apologia à tolerância e será “o grande achado do pensamento grego durante os séculos seguintes”²⁸. Essa ideia de abertura em relação ao outro irá, com o passar tempo, penetrar o mundo moderno com contundência, no qual irá, por assim dizer, adquirir toda a sua realidade.

É possível dizer, afora Homero, que há no mundo grego um precursor da tolerância. Por um lado, o politeísmo não se presta à intolerância, ou, na feliz passagem de Jacqueline de Romilly, “deuses múltiplos podem ser partilhados entre povos diversos”²⁹. É o que ocorria, por exemplo, em Homero, em cujas narrativas aqueus e troianos partilhavam dos mesmos deuses. Ademais, há relatos de que no século V a.C., em Atenas, os gregos reconheciam em alguns deuses de outros povos o equivalente estrangeiro dos deuses cultuados na Grécia³⁰. Da mesma forma, Heródoto reconheceu alguns deuses gregos na cultura egípcia, mas com outros nomes³¹. Daí que “o princípio do politeísmo é, pois, sua extraordinária abertura às outras religiões”³².

Além da tolerância inerente ao seu politeísmo, os gregos passaram progressivamente a se utilizar de palavras relacionadas à ideia de tolerância a partir do século V a.C.. Assim, de Heródoto a Aristóteles, a palavra *epielkeia*, que “significa uma equidade que não é exercida pela justiça, no sentido estrito e muito rigoroso”³³ e é comumente traduzida por tolerância, é mais frequentemente utilizada com o passar dos anos:

Levantando as ocorrências dessa palavra, verificamos que ela aparece, em ordem cronológica, quatro vezes em Heródoto, **quatro vezes nos três trágicos**, nove vezes em Tucídides, e, cinquenta anos depois, será encontrada quarenta e duas vezes em Isócrates, trinta e três vezes em Demóstenes, setenta e duas vezes em Platão, **noventa e duas vezes em Aristóteles**. Os gregos descobrem a tolerância e condenam tudo que vai contra ela, como selvageria, falta de equidade, brutalidade.³⁴ (Grifo da autora).

É evidente, entretanto, que as comunidades antigas não vivenciaram plenamente o problema da intolerância, ao menos como vivenciamos no mundo moderno. Um exemplo

²⁸ DE ROMILLY, Jacqueline. A Grécia Antiga contra a intolerância. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**: Foro Internacional sobre a Intolerância. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 31-34, p. 33.

²⁹ DE ROMILLY, Jacqueline. A Grécia Antiga contra a intolerância, *Op.cit*, p. 31.

³⁰ DE ROMILLY, Jacqueline. A Grécia Antiga contra a intolerância, *Op.cit*, p. 31.

³¹ DE ROMILLY, Jacqueline. A Grécia Antiga contra a intolerância, *Op.cit*, p. 32.

³² DE ROMILLY, Jacqueline. A Grécia Antiga contra a intolerância, *Op.cit*, p. 32.

³³ DE ROMILLY, Jacqueline. A Grécia Antiga contra a intolerância, *Op.cit*, p. 33.

³⁴ DE ROMILLY, Jacqueline. A Grécia Antiga contra a intolerância, *Op.cit*, p. 33.

curioso disso pode ser encontrado em Sócrates. Quando Sócrates foi acusado, processado e condenado pelo Tribunal de Atenas, as acusações contra ele eram duas: corromper a juventude e introduzir novos deuses na *pólis*³⁵. Sobretudo quanto à segunda acusação, os desavisados poderiam supor que Sócrates teria, de fato, inaugurado a tradição dos filósofos em contestar e “corromper” os costumes. Esses desavisados se surpreenderiam se soubessem que, na verdade, Sócrates negou as duas acusações. Como relata Platão, em seu *Apologia de Sócrates*, o pai da dialética teria, além de negado as acusações, jurado que acreditava nos deuses na cidade. Sócrates teria dito em sua própria defesa que:

Evidentemente, se, com a força de persuasão de minhas súplicas, vos levasse ao perjúrio, eu vos estaria ensinando a não crer na existência dos deuses e, com tal defesa, simplesmente me estaria acusando de não crer em deuses. Muito ao contrário, Atenienses, **eu acredito como nenhum de meus acusadores e espero de vós e da divindade que vossa sentença a meu respeito seja a melhor para mim e para vós**³⁶. (Grifo nosso).

Bem compreendidas as comunidades antigas, não há nenhum estranhamento na postura de Sócrates. Ao contrário das sociedades complexas contemporâneas, as comunidades antigas eram marcadas pela homogeneidade cultural. Isso significa que os indivíduos das comunidades antigas tendiam a compartilhar uma mesma concepção do bem, isto é, quanto ao que é digno de valor ou não, do que é certo e do que é errado. Nem mesmo Sócrates teria escapado a essa congruência quanto aos valores. Assim, apesar do desenvolvimento da ideia de tolerância poder ser remetida a, pelo menos, o mundo grego do século V em diante, a tolerância não poderia ser considerada um problema fundamental para as comunidades antigas, pelo menos da maneira radical como o é hoje. Isso porque as comunidades antigas eram marcadas por certa homogeneidade de pensamento e de práticas culturais.

Será na sociedade moderna, com o seu pluralismo e sua heterogeneidade quanto aos valores, que o problema da intolerância irá aparecer em sua radicalidade. Como veremos, é justamente a inexistência de uma única forma de vida considerada mais elevada que as demais que será a marca da sociedade moderna e, posteriormente e com mais contundência, das sociedades complexas contemporâneas. O pluralismo de valores, de práticas e de ideias alçará a virtude da tolerância, a pedra de toque da organização da sociedade.

³⁵ Como se lê a *Apologia de Sócrates*: “Sócrates comete crime corrompendo os jovens e não considerando como Deuses os Deuses que a cidade considera, porém outras divindades novas”

³⁶ PLATÃO. *Defesa de Sócrates*. Tradução de Jaime Bruna. In: PESSANHA, José Américo Motta (Seleção de textos). **Os Pensadores**: Sócrates, 4. ed., São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 52.

1.2 A tolerância na modernidade

Existe uma característica em comum entre a organização da *polis* grega e dos monastérios medievais: ambos pressupõem um único centro orientador para toda ação. Nesses contextos, a ação correta era um espelho da ordem e medida do cosmos espelhadas na comunidade e na *polis*. Assim, havia uma primazia ontológica do todo sobre a parte³⁷. Portanto, não havia lugar, seja na Antiguidade, seja na Idade Média, para a existência do homem como indivíduo. É nesse contexto que é possível dizer que aquilo que distingue as comunidades antigas e medievais é a sua homogeneidade.

A modernidade, ao contrário, é fundamentalmente marcada pelo desencadeamento de três grandes eventos: a descoberta da América, a Reforma Protestante e a invenção do telescópio. A descoberta da América desencadeou a exploração contínua de toda a Terra, ao passo que a Reforma “expropriando as propriedades eclesiásticas e monásticas, desencadeou o duplo processo de expropriação individual e acúmulo de riqueza social”³⁸. Além disso, a invenção do telescópio possibilitou o surgimento de uma nova ciência que passará a conceber a natureza “do ponto de vista do universo”³⁹. Esses acontecimentos não devem ser concebidos como fatos que emergiram e sumiram de um dia para o outro, mas como fenômenos ainda em pleno desenrolar até os dias de hoje. Assim, esses acontecimentos não têm o condão de explicarem sozinhos toda a conjuntura do mundo nascente, mas, em seu conjunto, ajudaram a mudar para sempre a forma como concebemos o mundo e a nós mesmos. Se tomarmos como exemplo a descoberta da América a partir das grandes navegações do início da modernidade, levando-se em conta o acelerado processo de globalização que elas representaram, fica evidente a sua continuidade no nosso tempo. Se o encontro entre civilizações mudou o curso da história para todo o sempre, é certo também que esse processo se aprofundou no desenvolver da modernidade e atingiu o seu cume no mundo contemporâneo com a invenção da internet e outras tecnologias.

Em outras palavras, a transição do mundo antigo para o mundo moderno se caracterizou por um progressivo processo de *descentramento radical*. Como explica Galuppo, “enquanto o mundo antigo e medieval se caracterizava pela existência de um centro unificador de toda a ação humana, fosse esse centro a *polis*, fosse a Igreja, o mundo moderno é um

³⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. Democracia e tolerância, *Op.cit.*, p. 221.

³⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 260.

³⁹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. *Op.cit.*, p. 260.

mundo sem centro”⁴⁰. A existência de “centros” para a orientação da ação humana implicava a ideia de uniformidade, identidade⁴¹. Nessa perspectiva, ao contrário do indivíduo antigo, o indivíduo moderno não goza de um centro unificador e orientador para a sua conduta, sendo, portanto, descentrado. Devido a isso, uma série de autores do início da modernidade vão pretender refundar as bases do conhecimento, e assim também do indivíduo. Nesse sentido, a solução moderna seria transformar o indivíduo no cerne de sua própria ação, cada qual se converterá em um centro subjetivo para a orientação da ação ética e política. Assim, a grande novidade moderna é o surgimento da ideia de sujeito e de indivíduo com existência independente da totalidade em que está inserido⁴². Pouco a pouco, como queriam esses autores, sobretudo Descartes⁴³, o indivíduo moderno se transformará no centro de suas próprias ações.

Essa novidade moderna trouxe consigo uma inversão da metafísica subjacente à esfera política. Ao passo que no mundo antigo e medieval havia uma precedência ontológica do todo sobre a parte, a modernidade colocou o indivíduo, isto é, a parte, em uma posição privilegiada em relação ao todo, isto é, a sociedade. Não é, então, uma coincidência que as teorias do contrato social sejam uma concepção moderna. Nesse sentido, um efeito interessante dessa mudança de perspectiva são as teorias do contrato social. Se por um lado, no mundo antigo, a existência da comunidade era entendida como um dado natural e irreversível, por outro, na modernidade, a própria existência da sociedade e do Estado serão frutos de reflexão. Se no mundo antigo os laços entre os indivíduos e as cidades-Estado eram tomados como naturais e fundados em certos vínculos de solidariedade e de compartilhamento de uma cultura comum, os teóricos do contrato social irão repensar os laços, agora entendidos como artificiais, entre indivíduos e Estado. O movimento do pensamento moderno de abandono da tradição fará com que todos os aspectos da vida em sociedade sejam reexaminados e sujeitados a crítica. Assim, a própria vida civil passará a ser concebida, não como um dado natural, mas como um artifício humano. A própria ideia de um contrato hipotético realizado entre indivíduos iguais e livres, na medida em que pressupõe o desenraizamento do indivíduo frente às suas tradições e laços culturais, é um efeito do processo de descentramento moderno.

⁴⁰ GALUPPO, Marcelo Campos. **A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo**. Comunicação apresentada na mesa redonda “Câmbio epistemológico e jurídico”, realizado no II Congresso Internacional de Ética e Cidadania, Curitiba, em outubro de 2000, p. 195.

⁴¹ GALUPPO, Marcelo Campos. **A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo**, *Op.cit.*, 2000, p. 195.

⁴² GALUPPO, Marcelo Campos. Democracia e tolerância, *Op.cit.*, p. 222.

⁴³ É conhecido, nesse sentido, o movimento de Descartes em suas *Meditações*. Ver: DESCARTES, René. **Meditações sobre a filosofia primeira**. Tradução de Fausto Castilho. Campinas: UNICAMP, 1999.

Mais ainda, alguns autores, como Hobbes, sinalizam por diversas vezes no decorrer de suas obras o fato de os homens não serem dados à cooperação, ou pelo menos que essa cooperação não pode ser tomada como fácil ou natural. É essa ideia que está por trás da sua famosa frase: *o homem é o lobo do homem*. Assim, em Hobbes, a necessidade da criação do Estado, um ente dotado de força coercitiva exclusiva para aplicar o direito, baseia-se não na possível benevolência ou na moralidade humana, mas em um simples cálculo prudencial. O ímpeto de fundar a sociedade e o Estado sem recorrer à moral ou a sentimentos benéficos, cuja existência na natureza humana é, ao menos, controversa, é, inclusive, o grande apelo intuitivo do contratualismo hobbesiano. Nesse sentido, um dos grandes obstáculos à construção da modernidade é o problema da cooperação entre indivíduos. Assim, se o homem moderno é esse ser egoísta e pouco dado à cooperação, como então é possível a coexistência entre os diversos planos de ação individuais? O indivíduo moderno, em sua própria criação, já carrega em si uma *aporia* que, de resto, jamais será resolvida por completo: como é possível a convivência entre indivíduos que não mais compartilham de uma única visão de mundo, são autocentrados e com pouco, ou nenhuma, empatia para com o próximo?

Não é por acaso que a modernidade é também o momento em que o direito positivo deixará de ser coadjuvante na reflexão para passar, progressivamente, ao centro da discussão filosófica. É que, como é possível perceber no contratualismo, por exemplo, de Hobbes, as controvérsias inevitáveis, e possivelmente violentas, entre os indivíduos a respeito da justiça apenas podem ser dirimidas através do uso do poder coercitivo do Estado. Mais tarde, com o advento do constitucionalismo, será concebido que o poder do Estado apenas tem legitimidade à medida que ele promove os direitos absolutos e inalienáveis do indivíduo e goza do consentimento dos súditos⁴⁴.

O surgimento do indivíduo moderno desconstruiu a ideia de que a sociedade é composta por grupos homogêneos. Ao contrário, as sociedades modernas se caracterizam exatamente pela diferença, pelo fato de que as pessoas não mais comungam dos mesmos valores e ideais. A modernidade aprofundou a distância entre as pessoas⁴⁵. Daí que, como mostra Galuppo⁴⁶, é possível dizer que a pluralidade de centros na sociedade moderna gerou um paradoxo: como é possível que ocorra a integração social em um contexto em que cada

⁴⁴ Essa perspectiva lockeana influenciou fortemente a revolução americana e foi eternizada pela Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776. Ver: LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. Cambridge Texts in the History of Political Thought. Ed. Peter Laslett. Cambridge: CUP, 1997; e JEFFERSON. **United States Declaration of Independence**. Filadélfia, 04 jul. 1776.

⁴⁵ GALUPPO, Marcelo Campos. Democracia e tolerância, *Op.cit.*, p. 224.

⁴⁶ GALUPPO, Marcelo Campos. Democracia e tolerância, *Op.cit.*, p. 225.

um se percebe como um indivíduo? A filosofia política moderna tem uma resposta clássica para enfrentar esse problema. Não mais a comunidade, mas sim o indivíduo é quem existe naturalmente e caberá a ele, através de um contrato com outros indivíduos, fundar a sociedade, compreendida como um artifício humano. Nesses termos, a ideia de contrato seria impensável antes da modernidade⁴⁷. Afora as diversas concepções do contrato social em autores como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, essa visão trouxe um problema para a teoria social, uma vez que é possível que o Estado, criado a partir do contrato, venha a anular os planos individuais de ação⁴⁸.

A solução para este problema moderno deve levar em conta o pluralismo. Como explica Galuppo⁴⁹, o pluralismo é o reconhecimento de que não há um projeto único a respeito do que seja a vida boa nas sociedades modernas, e que, portanto, é preciso que haja espaço para a realização de planos de ação e projetos de vida diferentes na própria sociedade. Uma dificuldade que se coloca para as sociedades plurais diz respeito a sua sobrevivência. É que não é dada de início, como uma expectativa legítima, a possibilidade de que indivíduos egocentrados, preocupados somente com a realização plena dos seus projetos e de sua felicidade particular, possam cooperar minimamente no sentido da construção de uma sociedade plural.

Posta a conjuntura moderna, é sempre possível que um projeto de vida venha a se tornar majoritário e passar a oprimir e inviabilizar os demais projetos de vida. A única resposta possível para essa questão é o estabelecimento da sociedade moderna como uma sociedade democrática. Assim sendo, não é mera coincidência que as obras sobre a tolerância apenas foram escritas na modernidade. Ao contrário, isso mostra que a questão da tolerância adquire maior relevância no contexto da organização das comunidades políticas e religiosas que ocorreu no início da modernidade⁵⁰. Como explica Galuppo, a tolerância

Representa essencialmente isso: que a vida em sociedade tem sentido enquanto o outro puder realizar seus projetos de vida *tanto quanto eu*. Especialmente uma sociedade pluralista só pode subsistir enquanto sociedade pluralista se for também uma sociedade tolerante, o que implica ser uma sociedade que tolere, em seu processo de realização, a alternância entre vários projetos de vida concorrentes⁵¹.

⁴⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. Democracia e tolerância, *Op.cit.*, p. 223.

⁴⁸ GALUPPO, Marcelo Campos. Democracia e tolerância, *Op.cit.*, p. 226.

⁴⁹ GALUPPO, Marcelo Campos. Democracia e tolerância, *Op.cit.*, p. 227.

⁵⁰ GALUPPO, Marcelo Campos. Democracia e tolerância. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Org.); SOARES, Fabiana de Menezes. **Filosofia do Direito**: Novos cenários, velhas questões. Barueri: Manole, 2004, p. 221.

⁵¹ GALUPPO, Marcelo Campos. Democracia e tolerância, *Op.cit.*, p. 231.

A democracia moderna se caracteriza pelo preenchimento de seis condições: (1) a solidariedade, pela qual é necessária a construção de mecanismos que amenizem a oposição entre os diversos planos individuais de ação, tornando-os mais complementares e menos antagônicos; (2) a limitação aos planos individuais de ação, como uma autolimitação; (3) a radicalização da igualdade aritmética entre os indivíduos; (4) a exigência de que nenhum grupo social ou individual seja impedido de realizar os seus planos de ação e projetos de vida; (5) além disso, a possibilidade de que as normas reguladoras da sociedade e os planos individuais sejam submetidos a revisão, isto é, que as normas que norteiam o governo não sejam irreversíveis; e, por fim, (6) a democracia exige e implica o pluralismo. Essas ideias são sintetizadas da seguinte maneira: “a democracia moderna é o autogoverno do projeto comum por todos os indivíduos, concebidos como radicalmente iguais, cuja finalidade é a produção dinâmica de redes de solidariedade social, que permite, ao mesmo tempo, a realização dos projetos plurais de uma sociedade”⁵².

É precisamente por isso que a democracia moderna, pluralista, exige a tolerância como uma condição de possibilidade. A tolerância está ligada à sociedade moderna, ao pluralismo e à democracia. A permanência da sociedade implica a preservação das condições de sua existência. Além disso, a tolerância é especialmente importante no Estado Democrático de Direito, pois há neste “uma absoluta afirmação do direito à diferença e uma expressa afirmação do pluralismo como modo de organização política da sociedade”⁵³⁵⁴. No mesmo sentido, Robert Paul Wolff afirma que:

A virtude da monarquia é a lealdade, pois o Estado se confunde com a pessoa do rei, e que a sociedade enfeixa o dever pessoal de cada súdito para com o monarca. A virtude da ditadura militar é a honra; a da ditadura burocrática é a eficiência. A virtude da democracia liberal tradicional é a igualdade, ao passo que a da democracia socialista é a fraternidade; A democracia nacionalista ideal exibe a virtude do patriotismo, que se distingue da lealdade por ter como objeto o próprio Estado, e não o rei. Finalmente, a virtude da moderna democracia pluralista surgida na América moderna é a TOLERÂNCIA. A tolerância política é aquele estado de

⁵² GALUPPO, Marcelo Campos. Democracia e tolerância, *Op.cit.*, p. 230.

⁵³ GALUPPO, Marcelo Campos. Democracia e tolerância, *Op.cit.*, p. 232.

⁵⁴ Como mostra Galuppo, as matrizes Liberal e Social do Estado não reconheceram o direito à diferença. Evitamos usar o termo “paradigmas” de Estado por acreditar que a sua aplicação às humanidades é, no mínimo, problemática. Para uma análise do sentido de “paradigma” para Thomas Kuhn e a impossibilidade de aplicação ao direito, ver: GALUPPO, Marcelo Campos. Matrizes do Pensamento Jurídico: um exemplo a partir da literatura. In: GALUPPO, Marcelo Campos. (Org.). **O Brasil que Queremos**: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. 1ed., Belo Horizonte: PUC Minas, 2006, p. 515-530.

espírito e condição da sociedade que permite à democracia formular bem e concretizar o ideal de pluralismo⁵⁵.

No Estado Democrático de Direito, é necessário o reconhecimento de todas as concepções de vida como igualmente valiosas e importantes para a construção da identidade social.

A modernidade trouxe a questão da tolerância para o centro da discussão, o que foi crucial para o desenvolvimento posterior do Estado Democrático de Direito. Antes disso, porém, a tolerância serviu de bandeira contraposta por autores liberais contra a intolerância religiosa e as guerras religiosas que tomaram a Europa após o início da Reforma Protestante. Assim, compreendida a tolerância como um problema eminentemente moderno, vale evidenciar como ela se desenvolveu frente à novidade do pluralismo religioso que marcou o raiar da modernidade.

1.3 A tolerância religiosa

A Reforma Protestante possibilitou que cada fiel interpretasse a Bíblia por si mesmo. A liberdade de interpretação do Texto Sagrado, por sua vez, fez surgir vertentes do cristianismo diferentes do Catolicismo. Esse pluralismo religioso gerou uma onda de intolerância na Europa a partir do século XVI. Como explica Arturo Vermeersch, “a idade moderna se viu, assim, desgastada ou atormentada pelos conflitos agudos de duas intolerâncias civis, uma das quais sustentava a antiga bandeira católica e a outra estirava o estandarte de uma nova seita: luterana, calvinista, anglicana” (VERMEERSCH, 1950, p. 169, tradução nossa)⁵⁶. Na França, por exemplo, foram necessários cerca de quarenta anos de guerras religiosas para que a liberdade religiosa fosse, enfim, reconhecida como direito⁵⁷.

⁵⁵ WOLFF, Robert Paul. Além da tolerância. In: MARCUSE, Herbert (Org.); MOORE JR., Barrington (Org.); WOLFF, Robert Paul (Org.). **Crítica da tolerância pura**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970, p. 11-12.

⁵⁶ La edad moderna se vió así trabajada u atormentada por los agudos conflictos de dos intolerancias civiles, de las cuales una enarbolaba la antigua bandera católica y la otra desplegaba el estandarte de alguna sexta nueva: luterana, calvinista, anglicana.

⁵⁷ O pontapé inicial para o desenvolvimento da noção de tolerância no século XVI, o Édito de Nantes, foi assinado no dia 13 de abril de 1598 pelo Rei Henrique IV, garantindo a liberdade de culto, apesar de que limitada, aos protestantes calvinistas. Ver: LE GOFF, Jacques. As raízes medievais da intolerância. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**: Foro Internacional sobre a Intolerância. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 38.

Esse cenário conturbado motivou, dentre outros autores⁵⁸, John Locke (1632-1704) a se debruçar sobre o tema da tolerância, sobretudo a partir da segunda metade do século XVII, e escrever a sua *Carta para a tolerância* em 1689⁵⁹. Na *Carta*, Locke procurou demonstrar que a tolerância religiosa e a separação entre religião e Estado poderiam ser deduzidas do próprio Texto Sagrado. Para Locke, a verdadeira fé cristã é aquela do “Evangelho da paz”, cujo compromisso é com a tolerância, assim como queria, segundo ele, Cristo, o “príncipe da paz”. A tolerância é a marca da verdadeira igreja. Assim:

A tolerância com aqueles que diferem em assuntos de religião é tão agradável ao evangelho de Jesus Cristo e à razão genuína da humanidade que parece monstruoso que certos homens sejam cegos a ponto de não perceber, numa luz tão clara, a necessidade e vantagem dela.⁶⁰

O desejo de poder não corresponde ao espírito genuinamente cristão. Por isso, o fato de alguém estar em erro em relação à fé não autoriza ninguém a exigir a sua conversão através da força, e isso inclui tanto o Estado, como a Igreja. Nas palavras de Locke:

Se os infiéis devessem ser retirados de seus erros por soldados armados, sabemos muito bem que teria sido muito mais fácil para Ele fazer isso com os exércitos das legiões celestes do que para qualquer filho da igreja, por poderoso que fosse, com todos os seus soldados.⁶¹

Contra a coação e violência da fé intolerante, Locke pregou a admoestação, a persuasão não violenta. Como, entretanto, a perseguição teria sido a característica da época, sob o pretexto da religião, há a necessidade da separação entre Estado e Igreja. Como diz Locke, “por tudo isso, estimo que seja necessário, acima de todas as coisas, distinguir exatamente os assuntos do governo civil dos da religião e determinar as justas ligações entre um e outro”⁶². As controvérsias são fruto, para Locke, da confusão entre assuntos religiosos (cuidado com a alma dos homens) e civis (cuidado com comunidade ou *commonwealth*). Estes, contudo, não se confundem. A comunidade, em Locke, é fruto de um pacto entre pessoas livres para proteção da vida, da liberdade e da propriedade umas das outras e do

⁵⁸ Destaca-se, nesse contexto, o teólogo batista Roger Williams, que pregou a liberdade religiosa e a separação entre a Igreja e o Estado na primeira metade do século XVII. Ver: WILLIAMS, Roger. **The Bloody Tenent of Persecution for Cause of Conscience**. London: Cornell University Library, 1848 (primeira edição de 1644).

⁵⁹ Antes da *Carta sobre a tolerância*, Locke escreveu, entre 1660 e 1662, o *Dois Opúsculos sobre o Governo* e, em 1667, o *Ensaio sobre a tolerância*. O rascunho do *Ensaio sobre o Entendimento Humano* também é anterior à *Carta*, tendo sido escrito em 1671.

⁶⁰ LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. Tradução de Ari Ricardo Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2007, p. 37.

⁶¹ LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. *Op.cit.*, p. 38.

⁶² LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. *Op.cit.*, p. 38.

inimigo externo. O poder e o dever do magistrado, portanto, restringem-se aos assuntos civis e não podem ser estendidos para a salvação da alma.

Ora, que toda a jurisdição do magistrado abrange somente esses assuntos civis, e que todo o poder civil, o direito e o domínio são limitados pela tarefa única de promover essas coisas, as quais não podem nem devem ser estendidas para a salvação das almas⁶³.

Ou seja, o poder civil está restrito aos assuntos civis, já que (1) Deus não concedeu ao magistrado a autoridade do cuidado das almas, nem o povo poderia concedê-la; (2) ainda que o magistrado tivesse a autoridade (jurisdição) sobre os assuntos da alma, não teria poder, pois seu poder se resume à força externa e “penas absolutamente não são capazes de produzir tal crença”⁶⁴; e ainda que tivesse jurisdição e poder, isso não bastaria para a salvação da alma. Esses são os três argumentos apresentados por Locke a favor de que o poder do Governo Civil se limite aos assuntos civis:

Essas considerações, omitindo muitas outras que podem ser apresentadas para o mesmo propósito, parecem-me suficientes para concluir que todo o poder do governo civil relaciona-se apenas com os interesses civis dos homens, está limitado aos cuidados com as coisas deste mundo e não tem nada a ver com o mundo que virá depois⁶⁵.

A igreja, por sua vez, equivale a qualquer associação civil em que se entra por livre e espontânea vontade e da qual também se deve poder sair. Por consequência, as regras da igreja são da alçada da própria igreja. Assim, o que se professa dentro de uma Igreja são opiniões privadas e, como tal, desde que não afetem as leis civis, não interessam a quem está de fora. Como consequência, o uso da força não cabe à Igreja, e sim exclusivamente ao magistrado civil e “a posse de todos os bens externos está sujeita à sua jurisdição”⁶⁶. Assim, cabe aos membros de uma igreja o respeito às suas regras internas. A quebra, contudo, não pode ensejar o uso da força, apenas admoestações, conselhos e, em último caso, a excomunhão.

Como quer Locke, nenhuma religião tem poder sobre a outra (e todas se submetem ao governo civil, nos assuntos civis). As diversas igrejas não têm nenhuma forma de jurisdição sobre as demais. Além disso, não é lícito ao governo outorgar jurisdição ou poder a nenhuma igreja em particular, “pois as igrejas não têm nenhuma jurisdição sobre os assuntos

⁶³ LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. *Op.cit.*, p. 39.

⁶⁴ LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. *Op.cit.*, p. 41.

⁶⁵ LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. *Op.cit.*, p. 42.

⁶⁶ LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. *Op.cit.*, p. 46.

mundanos, nem são o fogo e a espada instrumentos adequados para convencer a mente dos homens de seu erro ou informá-los da verdade”⁶⁷. Bispos, sacerdotes, presbíteros, têm autoridade apenas sobre assuntos de seu ministério. Nunca sobre assuntos de outras igrejas ou sobre assuntos civis. Devem, igualmente, abster-se da violência⁶⁸.

Da mesma forma, o poder do magistrado não alcança o cuidado com as almas. Tal cuidado pertence apenas ao próprio indivíduo. Sendo assim, não é lícito ao magistrado forçar um homem a ser saudável ou rico. De modo igual, não pode forçá-lo a ser salvo da danação eterna. Isso, na verdade, não seria sequer possível, pois “nem o interesse pela comunidade nem o direito de promulgar leis fazem com que o magistrado descubra o caminho que leva ao Céu com maior certeza do que a busca e estudo fazem com que cada homem privado o descubra por si mesmo”⁶⁹. Assim, a tarefa da salvação da alma deve ser deixada às próprias consciências individuais: todo homem é livre do domínio dos outros e do governo em assuntos de religião, mesmo porque “nem o direito nem a arte de governar carregam necessariamente consigo um conhecimento correto das coisas, menos ainda da religião verdadeira”⁷⁰.

No sentido de explicar com clareza o dever da tolerância do magistrado para com as igrejas, Locke opera uma distinção entre os ritos de culto (forma externa) e os artigos de fé (doutrina). Para Locke, o magistrado não tem poder algum sobre os ritos de culto, não só porque igrejas são sociedades livres, mas porque “o bem comum é a regra e a medida de toda legislação”⁷¹. Ritos são indiferentes ao governo civil, já que não têm qualquer conexão com os assuntos civis. Entretanto, os ritos que tiverem o condão de ser prejudiciais à comunidade não devem também ser permitidos às igrejas. Assim, “o que é legal pelas leis da comunidade não pode ser proibido pelo magistrado dentro da igreja (...), mas as coisas prejudiciais à comunidade de um povo no seu uso comum e, por conseguinte, proibidas pelas leis não devem ser permitidas às igrejas em seus rituais sacros”⁷².

Locke, contudo, enfatiza que há momentos em que é necessária a intervenção do magistrado na igreja. Tal intervenção se dá, primeiramente, como já visto, quando há o conflito com as leis civis. Isso ocorre, por exemplo, quando determinada igreja ensine opiniões contrárias à sociedade ou à moral necessária à sua preservação. Nas palavras de

⁶⁷ LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. *Op.cit.*, p. 50.

⁶⁸ LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. *Op.cit.*, p. 52.

⁶⁹ LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. *Op.cit.*, p. 57.

⁷⁰ LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. *Op.cit.*, p. 58.

⁷¹ LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. *Op.cit.*, p. 64.

⁷² LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. *Op.cit.*, p. 69.

Locke: “Digo que, primeiro, nenhuma opinião contrária à sociedade humana ou àquelas regras morais necessárias à preservação da sociedade civil devem ser toleradas pelo magistrado”⁷³. Resta, contudo, saber quais “regras morais” são essas, posto que não parece haver, em Locke, uma clareza quanto a isso. Mais à frente, Locke dirá que

Portanto, aqueles que atribuem aos fiéis, religiosos e ortodoxos, isto é, sem meias palavras, que atribuem a si mesmos qualquer privilégio ou poder peculiares sobre os outros mortais em assuntos civis; ou aqueles que, sob o pretexto da religião, desafiam qualquer tipo de autoridade que não esteja associada a eles em sua comunhão eclesiástica, desses eu digo que não têm o direito de ser tolerados pelo magistrado, assim como não podem ser tolerados aqueles que não aceitam e não ensinam o dever de tolerar os homens em assuntos de mera religião⁷⁴.

Ou seja, para Locke, os intolerantes em matéria religiosa não devem ser tolerados. Esses intolerantes são caracterizados por desafiarem a autoridade civil ou por não se abster da perseguição e do uso da força. Curiosamente, entretanto, Locke elenca também os ateus no rol dos que não merecem ser tolerados. É que, em suas palavras, “a retirada de Deus, mesmo que só em pensamento, a tudo dissolve”⁷⁵.

O pensamento de Locke, assim, busca esclarecer os limites entre as diversas igrejas e o Estado. Do ponto de vista de Locke, a Igreja não possui jurisdição sobre as coisas civis, bem como nenhuma força de coação. Caso seja sediciosa e contrária à paz pública, não deve ser tolerada. A conclusão de Locke é que a causa das guerras não é exatamente a diversidade de opiniões de religiões, mas a intolerância. Em suas palavras:

Não é a diversidade de opiniões, algo que não pode ser evitado, mas a recusa da tolerância com os que são de opinião diferente, o que deveria ser reconhecido, que tem produzido todas as batalhas e guerras que correm no mundo cristão, sob o pretexto da religião⁷⁶.

A *Carta sobre a tolerância*, de 1689, é, ao mesmo tempo, um protesto sobre a necessidade da separação entre Estado e Igreja e em favor da liberdade religiosa. A liberdade de consciência (religiosa), por ser um Direito Natural, não pode ser violada nem pelos governos civis nem pelas igrejas. Assim, o dever de tolerância que, do ponto de vista de Locke, decorre também das Escrituras exige a separação entre os governos e as diversas igrejas. Ao governo, em razão do contrato social, cabe zelar pelo bem-estar mundano da

⁷³ LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. *Op.cit.*, p. 82.

⁷⁴ LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. *Op.cit.*, p. 84.

⁷⁵ LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. *Op.cit.*, p. 85.

⁷⁶ LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. *Op.cit.*, p. 92.

comunidade, consunstanciados nos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade. À religião, em razão de ser uma livre associação baseada na fé, cabe zelar pela salvação da alma e adoração a Deus.

Por isso, Locke traça um limite separando as duas esferas, civil e religiosa (Governo e Igreja), que se resume na máxima: o que é permitido ao cidadão na vida civil deve ser permitido a qualquer religioso; o que é proibido, também o deve ser a qualquer religioso.

Locke escreveu a sua *Carta* no contexto de várias crises e guerras religiosas. A *Carta* de Locke e os protestos de outros intelectuais da época se tornaram trunfos para reivindicações progressistas quanto à tolerância religiosa nos anos que seguem. Assim, após mais de um século da revogação do Édito de Nantes por Luís XIV da França, Luís XVI promulgou um novo édito em favor das pessoas que não professam a fé católica no território francês, motivando Voltaire (1694-1798) a escrever sua obra *Tratado Sobre a Tolerância*, em 1762.

Voltaire defendeu a liberdade de se expressar e analisou a irracionalidade da perseguição religiosa. Em suas palavras:

A fraqueza de nossa razão e a insuficiência de nossas leis se fazem sentir diariamente; mas em que ocasião percebe-se melhor sua miséria do que quando a preponderância de uma única voz condena ao suplício um cidadão?⁷⁷

A obra de Voltaire conta a história de Jean Calas, um francês que fora condenado à morte na “roda do suplício” pelo Tribunal de Toulouse por supostamente ter praticado homicídio contra seu filho, Marc-Antoine, impedindo-o de se converter ao catolicismo.

O enredo é complexo. A história se passa numa família tradicionalmente calvinista cujos membros eram negociantes na cidade de Toulouse há mais de 40 anos. Marc-Antoine não lidava bem com as atividades econômicas exercidas pela família e almejava a magistratura. Porém, não atendia aos requisitos para o exercício da magistratura na corte por não ter os certificados católicos necessários. Como explica Voltaire, o jovem, pressionado pela família tradicionalmente calvinista, e também pressionado pela sociedade que não aceitava uma religião que não fosse a católica, desesperançado por não ter as devidas chances de exercer a atividade que aspirava, se matou.

A multidão, entretanto, insurgiu-se contra os Calas, entendendo se tratar de homicídio, e não de suicídio. Para os populares, Jean Calas e sua família teriam decidido por assassinar o próprio filho para impedir que ele se convertesse ao catolicismo no dia seguinte. Jean Calas

⁷⁷ VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: a propósito da morte de Jean Calas. São Paulo: Escala, 2002, p. 9.

fora levado a um julgamento no qual havia uma escassez de provas e também grandes dissonâncias na visão dos magistrados presentes. O resultado foi que dos treze conselheiros que compunham a corte, oito condenariam Jean. Para o entendimento da época, “era preferível supliciar um velho calvinista inocente a expor oito conselheiros que haviam se enganado”⁷⁸. A questão toma a seguinte forma: teria a multidão, tradicionalmente católica, induzido os magistrados a condenarem um inocente ou, ao contrário, teria a família calvinista preferido a morte do filho à sua conversão ao catolicismo? A irracionalidade do fanatismo faz com que pessoas sejam mortas “por palavras, parágrafos, opiniões e crenças”⁷⁹.

Três anos após a morte de Jean Calas, a corte viria a inocentar a família, determinando ainda que os Calas passassem a receber uma indenização do Estado francês. A conclusão de Voltaire foi que as liberdades de religião e de consciência jamais causariam um mal como o narrado em seu livro. A intolerância e a opressão, para Voltaire, causam mais malefícios que benefícios, e “odiar o próximo por suas opiniões”⁸⁰ é uma das superstições mais perigosas, sendo necessário combater o fanatismo com o racionalismo.

A tolerância, assim, tornou-se uma questão fundamental na modernidade a partir da discussão sobre a tolerância entre as religiões. Os intelectuais que se rebelaram contra os diversos atos de intolerância do início na modernidade foram considerados os fundadores da matriz liberal da justiça. Autores como Locke e Voltaire refletiram sobre a necessidade da limitação do poder do Estado em vista de se garantir os direitos do indivíduo, entendidos como as liberdades básicas de consciência, de religião e de se expressar. A compreensão atual do *free speech*, entretanto, é tributária particularmente da concepção de John Stuart Mill da liberdade de se expressar.

1.4 O mercado livre de ideias

Na perspectiva de Mill, existe uma tendência natural de que determinadas opiniões se consolidem como *verdades* no debate público, fazendo cessar a controvérsia a respeito de determinadas questões. Contudo, para Mill, a busca da verdade ou do consenso em torno de determinadas opiniões não é a razão de ser do debate público. Ao contrário, o ponto mais fundamental do debate público é a controvérsia, e é fundamental manter vivo o espírito do debate.

⁷⁸ VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: a propósito da morte de Jean Calas. Op.cit., p. 10.

⁷⁹ VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: a propósito da morte de Jean Calas. Op.cit., p. 12.

⁸⁰ VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: a propósito da morte de Jean Calas. Op.cit., p. 15.

Isso, muitas vezes, resulta na necessidade de nos esforçarmos para encontrar pontos de vista diferentes em relação às verdades estabelecidas para fomentar o debate. Isso significa que, na perspectiva de Mill, todas as ideias são bem-vindas no debate público, mesmo as menos factíveis. Para Mill, com vistas ao bem comum da sociedade, é preciso que o debate público seja compreendido como um *mercado livre de ideias*, no qual as ideias deveriam se confrontar em busca de uma verdade em constante e eterna construção.

Mill considerava, entretanto, que o progresso natural da humanidade faria com que algumas questões fossem superadas e passasse a existir um acordo sobre elas. Nos dias de hoje, é possível dizer que esse é o caso da ideia de que os afrodescendentes são seres inferiores. Existe um amplo acordo, hoje, de que essa é uma ideia equivocada. Nas palavras de Waldron, “existem dissidentes periféricos, alguns loucos que dizem acreditar que as pessoas de ascendência africana são uma forma inferior de animal; mas por meio século ou mais, avançamos como sociedade na premissa de que isso não é mais uma questão para debate sério” (WALDRON, 2012, p. 195, tradução nossa)⁸¹.

É preciso, entretanto, que a todo momento as ideias dissidentes sejam encorajadas a participar do debate público. Isso porque o mercado livre de ideias precisa ser incrementado, e, em grande medida, esse mercado é feito a partir dos pensamentos não ortodoxos. Nesse sentido, Mill advoga por uma praticamente irrestrita liberdade de expressão, em benefício do ganho de todos pelo desvelamento progressivo das verdades. É como explica Baker:

De acordo com essa teoria do mercado e ideias, o valor do discurso não reside nos interesses de liberdade dos falantes individuais, mas nos benefícios sociais derivados da discussão sem obstáculos. Esse ganho social da discussão sem obstáculos é tão grande, e qualquer perda em se permitir o discurso é tão pequena, que a sociedade não deve tolerar nenhuma restrição sob a busca verbal pela verdade. (BAKER, 1989, p. 93-95, tradução nossa)⁸².

Ou seja, o cálculo utilitário favorece a proteção à liberdade do discurso, mesmo para as ideias menos consistentes. Ao final, o benefício social da busca pela verdade no mercado livre de ideias tende a prevalecer sobre os possíveis benefícios da restrição da *busca discursiva pela verdade*. Em Mill, o discurso somente deve ser limitado para proteger as pessoas de um dano possível. Em suas palavras: “o único propósito possível para tal poder ser

⁸¹ There are outlying dissenters, a few crazies who say they believe that people of African descent are an inferior form of animal; but for half a century or more, we have moved forward as a society on the premise that this is no longer a matter of serious contestation.

⁸² According to this marketplace of ideas theory, the value of speech lies not in the liberty interests of individual speakers but in the societal benefits derived from unimpeded discussion. This social gain from unimpeded discussion is so great, and any loss from allowing speech is so small, that society should not tolerate any restraint on the verbal search for truth.

licitamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é para prevenir dano a outros.”. (MILL, 1863, p. 23, tradução nossa)⁸³. Ou seja, o *harm principle* estabelece que, apesar de haver a possibilidade da restrição ao discurso, tal restrição somente pode ocorrer em vista de proteger os demais participantes do debate de um possível dano.

Os ideais modernos acabaram por consolidar a concepção de que não compartilhamos mais de uma única definição do “bem” e de que não existe mais um único modelo de vida boa a ser seguido. Cada indivíduo é capaz de dar sentido a sua existência mediante suas próprias escolhas. É essencial, por isso, que o espaço público permita que todos expressem suas visões particulares daquilo que lhes parece ser certo e errado, bom ou ruim. É somente por meio dessa característica deliberativa que a democracia pode cumprir com sua finalidade agregativa, em que todos, mesmo os intolerantes, tenham a oportunidade de se manifestar e viver de acordo com suas próprias convicções.

A liberdade de expressão é a base de qualquer sistema democrático comprometido com os ideais de liberdade e autonomia. Por esse motivo, não há que se falar em capacidade deliberativa dos cidadãos sem que antes se garanta aquilo que é tão bem expresso na locução da língua inglesa *speak your mind*, isto é, o direito de “falar o que pensa”. Do ponto de vista do seu desenvolvimento, o direito à liberdade de expressão guarda relação intrínseca com a história dos Estados Unidos. Desde os tempos coloniais até os dias de hoje, o *free speech* foi compreendido pelos norte-americanos das mais diversas formas. Mas foi, sobretudo, a partir de votos vencidos em julgados da *Supreme Court* nas primeiras décadas do século XX que o sentido atual do *free speech* passou a ser construído.

1.5 O desenvolvimento do *free speech* nos Estados Unidos

A consolidação da jurisprudência que privilegia a liberdade de expressão em relação a outros direitos se relaciona com um ideário fundante da cultura e da democracia americanas. Ratificada em 4 de julho de 1776, a Declaração de Independência dos Estados Unidos tomou como verdades autoevidentes que, nascendo todos livres e iguais em direitos, o papel dos governos é o de simplesmente assegurar esses direitos, posto que derivam “seus justos poderes do consentimento dos governados” (JEFFERSON, 1776, tradução nossa)⁸⁴. Para os

⁸³ The only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others.

⁸⁴ Their just powers from the consent of the governed.

founding fathers liderados por Thomas Jefferson, “sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la” (JEFFERSON, 1776, tradução nossa)⁸⁵. Essa aversão ao autoritarismo do Estado é, pois, fundante da compreensão americana dos direitos individuais.

Foi preciso, entretanto, alguns séculos para que fosse consolidado, nos Estados Unidos, o entendimento atual sobre as liberdades. Durante o período colonial, as leis vigentes nas colônias inglesas da América do Norte advinham da Inglaterra, onde quase não havia proteção à liberdade de expressão. Ao contrário, a Inglaterra tinha um sistema bastante eficaz para inviabilizar que as pessoas pensassem e se expressassem de maneira heterodoxa. A título de exemplo, havia um sistema de licenciamento, pelo qual era preciso que as pessoas obtivessem uma licença antes de publicar materiais. Como explica Lewis:

Os licenciadores eram burocratas que agiam com extrema arbitrariedade. Demoravam o tempo que desejassem para decidir se algo podia ser impresso e não justificavam suas decisões. Quando diziam não, não cabia recurso. (LEWIS, 2007, p. 1-2, tradução nossa).⁸⁶

Isso significa que os colonos na América do Norte sofriam censura prévia e não podiam, por isso, escrever e publicar o que bem entendessem durante os séculos XV e XVI. O sistema de licenciamento prévio apenas deixou de vingar em 1694. Segundo Lewis, existia ainda um segundo mecanismo de repressão, a Lei de Difamação Sediciosa. A lei tornava crime a publicação de qualquer material que desrespeitasse a igreja, o Estado ou seus representantes. A ideia da difamação sediciosa era de que tais instituições e pessoas deviam gozar de respeitabilidade por parte da sociedade. Nem mesmo a verdade das alegações poderia ser levantada em defesa do réu.

A Lei de Difamação Sediciosa vigorou quase plenamente durante os séculos XVI e XVII. Foi apenas no século XVIII que alguns casos jurídicos começaram a evidenciar uma tensão entre os métodos de censura e uma imprensa cada vez mais combativa. Em contrapartida, também o público começou a resistir. Nesse contexto do final do século XVII e início do século XVIII, várias autoridades começaram a temer a possibilidade dos processos gerarem indignação pública. Entretanto, a Lei de Difamação Sediciosa continuava vigorando. Foi nesse contexto que ocorreu a primeira promulgação da liberdade de imprensa como um

⁸⁵ Whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it.

⁸⁶ The licensers were bureaucrats who operated with utter arbitrariness. They took as long as they wished to decide whether something could be printed, and they gave no reasons for their decisions. When they said no, there was no appeal.

princípio fundamental. A Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, considerou que a liberdade de imprensa somente poderia ser cerceada por governos despóticos.

Entretanto, existiam dois problemas que impediam a eficácia da declaração da Virgínia. Por um lado, a tese de que apenas a restrição prévia configurava censura, isso significa que não haveria nenhum problema jurídico em se processar e condenar pessoas pela Lei da Difamação Sediciosa. Por outro lado, não havia uma clareza de que as constituições tinham força de lei. Ao contrário, a tese mais difundida era a de que as constituições, e assim também a declaração de direitos de Virgínia, tinham um ímpeto apenas de exortação, e não de lei propriamente dita⁸⁷. Até que foi promulgada, nos Estados Unidos, a Constituição Federal de 1787.

A Constituição dos Estados Unidos, entretanto, não havia previsto nenhuma proteção especial em relação à liberdade de expressão. Isso não seria possível, já que o processo de independência dos EUA foi marcado pela extrema dificuldade ou, pelo menos, um intenso debate acerca de quais deveriam ser os poderes atribuídos à União. A própria Constituição Federal apenas foi ratificada devido ao acordo de que o primeiro Congresso deveria fazer passar uma *Bill of Rights* que garantisse os direitos dos estados frente à União. Foi nesse contexto de realização da ideia de federação que a liberdade de expressão se tornou a *First Amendment* à Constituição Federal dos Estados Unidos. A Primeira Emenda é parte de um conjunto de direitos e garantias constitucionais previstas no *Bill of Rights*, de 1791, e dispõe o seguinte:

O Congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas. (GOVERNMENT PUBLISHING OFFICE, **Amendments to the Constitution of the United States of America**, 1791, tradução nossa)⁸⁸.

Por vezes consideradas obscuras, essas palavras foram o pontapé inicial para uma compreensão moderna do direito à liberdade de expressão. Muitos juízes, chamados de *originalistas* no debate em língua inglesa, defendem ainda hoje que a interpretação dessas palavras apenas pode ser levada a cabo corretamente caso se considere o contexto da sua

⁸⁷ Como explica Lewis, apenas em 1780 juízes passaram a usar de disposições constitucionais para anular práticas do *common law*. Ver: LEWIS, Anthony. **Freedom for the Thoughts That We Hate: A Biography of the First Amendment**. New York: Basic Books, 2007, p. 7.

⁸⁸ Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

criação, especialmente os debates realizados no congresso e o processo até a sua ratificação⁸⁹. Entretanto, como explica Anthony Lewis:

Mas essa exploração tem pouco a dizer sobre a Primeira Emenda. Madison propôs a ideia na Câmara, a linguagem foi mudada em comissão e no Senado, e nada digno de nota foi dito. Na verdade, o Senado não manteve nenhum registro de seus debates. O nascimento da Primeira Emenda não lançou nenhuma luz sobre como seu escopo deve ser entendido. Mas não demorou muito para que a Constituição e o país tenham fossem submetidos a um teste profundo do que se entende por "liberdade de expressão, ou da imprensa". (LEWIS, 2007, p. 9, tradução nossa)⁹⁰.

Isto é, os significados da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa não brotam espontaneamente de uma interpretação literal do texto constitucional. Foi apenas com o passar dos anos que a jurisprudência americana foi fixando o seu entendimento sobre a real extensão da proteção ao discurso consubstanciada na primeira emenda. Entretanto, em 4 de julho de 1798, foi aprovada a Lei de Sedição, que tornava a difamação sediciosa um crime federal nos Estados Unidos. A Lei de Sedição tornava crime escrever ou publicar informações “falsas, escandalosas e maliciosas” sobre o Presidente ou os membros do Congresso. A justificativa à época era tentar barrar as ideias surgidas com a Revolução Francesa, sobretudo em sua fase do terror. A Lei de Sedição foi vendida como uma reforma liberalizante da antiga Lei de Difamação Sediciosa, vez que, nos termos da lei, era preciso que o texto fosse falso para que fosse censurado⁹¹. Na prática, os juízes faziam com que o réu fosse quem devesse provar a veracidade da afirmação. Assim, várias pessoas foram processadas porque não podiam ou não conseguiram demonstrar que o que falavam ou publicavam era verdadeiro.

A Lei de Sedição foi um plano dos federalistas para conseguir vantagem na eleição presidencial. A lei causou um intenso debate público e foi assunto na corrida presidencial. Ao

⁸⁹ Os originalistas buscam compreender o que pretenderam os *founding fathers* com a redação da Constituição Americana. A partir de uma leitura histórica do contexto de produção da Constituição, os originalistas procuram descobrir qual era o real significado do texto constitucional. A tarefa dos originalistas, entretanto, é árdua, já que não há clareza sobre qual era o ímpeto dos legisladores à época, se é que havia um ímpeto único. Desde a sua investidura em 1986, *justice* Antonin Scalia se destacou como defensor da tese originalista na *Supreme Court*.

⁹⁰ But such exploration has little to say about the First Amendment. Madison proposed the idea in the House, the language was changed in committee and in the Senate, and nothing of note was said. Indeed, the Senate then kept no record of its debates. The birth of the First Amendment threw no light on how its scope should be understood. But it was not long before the Constitution and the country underwent a profound test of what was meant by “the freedom of speech, or of the press.”

⁹¹ Para Dworkin, a Lei de Sedição se baseou em uma tradicional concepção britânica da liberdade de expressão que dizia que o *free speech* significava apenas a proibição da chamada “censura prévia”, mas que era permitido a punição posterior caso a publicação fosse considerada afrontosa ou perigosa. Ver: DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 314.

final, o plano dos federalistas não foi bem-sucedido, vez que Adams foi derrotado por Jefferson na eleição de 1800. É curioso como a constitucionalidade da Lei não fora colocada à prova perante a Suprema Corte. O debate foi político e não jurídico. Entretanto, os opositores da Lei buscaram levantar a discussão sobre a sua constitucionalidade perante a Constituição, e, sobretudo, a primeira emenda.

O principal opositor da Lei de Sedição foi James Madison. Juntamente com Jefferson, Madison se dedicou a incitar as legislaturas estaduais contra a Lei de Sedição. Madison redigiu uma resolução da Assembleia do estado da Virginia elaborando um argumento clássico a favor das liberdades de expressão e de imprensa, compreendendo-as como essenciais ao sistema político republicano. Nos termos das Resoluções:

Um poder não delegado à Constituição, mas, ao contrário, proibido de forma expressa e positiva por uma de suas emendas – odeio que, mais do que qualquer outro, deveria causar alarme universal, porque é dirigido contra o direito de examinar livremente medidas e personagens públicos, e de livre comunicação entre as pessoas sobre eles, que sempre foi corretamente considerado único guardião eficaz de todos os demais direitos. (LEWIS, 2007, p. 17, tradução nossa)⁹².

Isto é, o argumento de Madison é que a liberdade de expressão e de imprensa são essenciais à República, por isso merecem uma proteção especial. Para Madison, era o povo e não governo quem possuía a soberania absoluta. Ao se tornar presidente, em 1801, Jefferson indultou todos os homens que haviam sido condenados com base na Lei de Sedição.

1.6 A reviravolta jurisprudencial do início do século XX

Durante o século XIX, a Suprema Corte, via de regra, rejeitava assim as reivindicações de liberdade expressão tomando-as como um assunto sem importância. A tese comumente defendida pela Suprema Corte era de que era permitido reprimir toda expressão que tivesse tendência nociva. Nesses termos, já no século XX, essa tese foi usada pelo Justice Oliver Wendell Holmes Jr., um dos mais importantes ministros da história da *Supreme Court*. No caso *Patterson vs Colorado* (1907)⁹³, justice Holmes Jr. decidiu pela condenação de Thomas M. Patterson, um editor que havia sido preso por criticar um juiz. O argumento do

⁹² A power not delegated by the Constitution, but, on the contrary, expressly and positively forbidden by one of the amendments thereto—a power which, more than any other, ought to produce universal alarm, because it is leveled against the right of freely examining public characters and measures, and of free communication among the people thereon, which has ever been justly deemed the only effectual guardian of every other right.

⁹³ *Patterson vs. Colorado*, 205 U.S. 454 de 1907.

Ministro foi o de que a principal ideia da Primeira Emenda era proibir as restrições prévias, mas que era possível punir discursos que contrários ao bem-estar público.

Mas, *justice* Holmes Jr. irá mudar o seu posicionamento alguns anos mais tarde. Com a entrada dos Estados Unidos na Primeira Guerra Mundial, foi criada a Lei de Espionagem, que buscava impedir motins e críticas ao serviço militar. Em decorrência da lei, centenas de pessoas foram condenadas por se expressarem. Três casos jurídicos são, nesse contexto, paradigmáticos. Em todos os casos, a Suprema Corte ratificou condenações criminais com base na Lei de Espionagem. Entretanto, é notável a mudança do fundamento das decisões em relação à liberdade de expressão.

Em *Schenck vs. United States (1919)*⁹⁴, os acusados haviam distribuído panfletos aos convocados para o serviço militar denunciando que o serviço militar era um tipo de escravidão. O voto de *justice* Holmes Jr. foi no sentido de condená-los, mas o fundamento foi um tanto diferente. Holmes Jr. desenvolveu uma fórmula para decidir quando a liberdade de expressão poderia ser punida. Em suas palavras, a questão em todos os casos

É se as palavras usadas são em circunstâncias tais e são de natureza tal que criam um perigo claro e presente de causar os males substantivos que o Congresso tem direito de impedir. (*Schenck vs. United States*, 249 U.S. 47 de 1919, tradução nossa)⁹⁵.

Essa é a fórmula do perigo claro e presente que guiou as decisões da *Supreme Court* sobre a liberdade de expressão por algum tempo. Holmes Jr. também formulou em *Schenck vs. United States (1919)* uma analogia famosa. Em suas palavras: “a mais rigorosa proteção da liberdade de expressão não protegeria um homem que gritasse falsamente fogo em um teatro, causando pânico.” (*Schenck vs. United States*, 249 U.S. 47 de 1919, tradução nossa)⁹⁶. Com isso, *justice* Holmes Jr. pretendeu evidenciar em quais casos a liberdade de expressão mereceria uma punição. Essa ideia do Ministro foi aplicada também aos casos *Frohwerk vs. United States* e *Debs vs. United States* sempre no sentido de condenar os acusados. Em *Debs vs. United States*, por exemplo, Eugene V. Debs foi condenado a dez anos de prisão (apesar de ter sido libertado após três anos) por discursar no estado de Ohio contra o alistamento compulsório. O argumento de Holmes Jr. foi de que o Debs havia se expressado tão claramente que o resultado seria obstruir o recrutamento.

⁹⁴ *Schenck vs. United States*, 249 U.S. 47 de 1919.

⁹⁵ Is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent.

⁹⁶ The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theater and causing a panic.

Na decisão do caso *Abrams vs United States*⁹⁷, em 1919, entretanto, *justice* Holmes Jr. modificou pontualmente, mas de maneira relevante, a sua fórmula. O julgamento aconteceu apenas oito meses após a última das decisões anteriores. O caso tratava de quatro refugiados russos que protestaram contra a intervenção dos Estados Unidos na Rússia. Os protestantes lançaram panfletos do alto de um prédio conclamando por uma greve geral contra a intervenção. Assim como nos casos anteriores, os quatro radicais foram processados com base na Lei de Espionagem de 1918. Apesar da condenação por parte da Corte, *justice* Holmes Jr. divergiu da maioria, acrescentando duas palavras à sua fórmula do perigo *claro e presente*. Era preciso também que o perigo fosse *iminente e imediato*. Nas palavras de Holmes Jr.:

Ora, ninguém pode supor que a publicação sub-reptícia de um folheto tolo por um desconhecido, sem nada mais, apresentaria algum perigo imediato de que suas opiniões impedissem o sucesso das forças do governo. (...) Neste caso, sentenças de vinte anos de prisão foram impostas pela publicação de panfletos que, acredito, os réus tinham tanto direito de publicar quanto o governo tem de publicar a Constituição dos Estados Unidos agora invocada por eles vão. (*Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616 de 1919, tradução nossa)⁹⁸.

Apesar de sempre ter negado, parece evidente a mudança da postura de Holmes Jr., não apenas quanto ao resultado, mas também em relação ao raciocínio⁹⁹. Essa visão amena da fórmula exposta nos julgamentos imediatamente anteriores poderia, inclusive, inocentar os acusados nos julgamentos sucedidos. Ainda hoje não se sabe ao certo quais foram os motivos, ou possíveis influências, que fizeram *justice* Holmes Jr. mudar de opinião sobre a proteção à liberdade de expressão no final da década de 1920. Em seu voto dissidente no caso *Abrams vs United States*, *justice* Holmes Jr. proferiu algumas das palavras mais significativas sobre a liberdade de expressão. Vale a pena transcrever algumas delas:

A perseguição pela expressão de opiniões me parece perfeitamente lógica. Se alguém não duvida de suas premissas ou de seu poder e quer de o todo coração determinado resultado, naturalmente expressa seus desejos em leis e se livra de toda oposição. (...) Mas, quando os homens tiverem se dado conta que o tempo desorganizou muitos credos que lutam entre si, talvez passem acreditar, ainda mais do que acreditam nas

⁹⁷ *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616 de 1919.

⁹⁸ Now nobody can suppose that the surreptitious publishing of a silly leaflet by an unknown man, without more, would present any immediate danger that its opinions would hinder the success of the government arms. . . . In this case sentences of twenty years imprisonment have been imposed for the publishing of two leaflets that I believe the defendants had as much right to publish as the Government has to publish the Constitution of the United States now vainly invoked by them.

⁹⁹ Nas palavras de Dworkin: “Holmes, cujo ceticismo o fazia relutar em reverter qualquer decisão legislativa, demorou um pouco mais para se converter; mas, quando isso aconteceu, foi como um leão”. Ver: DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana, *Op. Cit.*, p. 315.

próprias bases de sua conduta, que o bem final desejado é alcançado mais facilmente pela livre troca de ideias – que o melhor teste da verdade é o poder do pensamento para se tornar aceito na competição do mercado, e que a verdade é o único terreno sobre o qual seus desejos podem ser executados com segurança.

Esta é, de qualquer maneira, a teoria de nossa Constituição. Ela é um experimento, como toda a vida é um experimento. (...) Enquanto esse experimento fizer parte de nosso sistema, penso que devemos estar eternamente vigilantes contra tentativas de frear a expressão de opiniões que abominamos e acreditamos estarem carregadas de morte, a menos que elas ameacem de forma tão iminente interferir de imediato nos propósitos ilícitos e prementes da Lei que um freio imediato seja necessário para salvar o país (...).

Apenas a emergência que torna imediatamente perigoso deixar a correção de maus conselhos a cargo do tempo justifica abrir qualquer exceção à ordem abrangente “O congresso não fará nenhuma lei (...) que restrinja a liberdade de expressão”. É claro que me refiro apenas a expressões de opinião e exortações, que é só o que foi pronunciado aqui, mas lamento não poder usar palavras mais impressionantes para expressar minha crença de que em sua condenação com base nesse indiciamento os réus foram privados de seus direitos nos termos da Constituição dos Estados Unidos. (*Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616 de 1919, tradução nossa)¹⁰⁰.

O voto de Holmes Jr. foi seguido por *justice* Louis D. Brandeis. Ambos os ministros estiveram juntos em uma série de votos vencidos na década posterior. Uma vitória simbólica dos dois nesse período, entretanto, é digna de nota. No caso *Gitlow vs New York*¹⁰¹, de 1925, em que figuram como votos vencidos os dois ministros, a Corte reconheceu que a Décima Quarta Emenda aplicava a cláusula da liberdade de expressão da Primeira Emenda aos estados¹⁰². A partir daí, lidou com muitos casos de arbitrariedades por parte de autoridades estatais. Nesse contexto, *justice* Brandeis se destacou no caso *Whitney vs California*¹⁰³, de 1927, no qual proferiu umas das mais importantes manifestações em juízo em defesa da liberdade de expressão. Em suas palavras:

¹⁰⁰ Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power and want a certain result with all your heart, you naturally express your wishes in law and sweep away all opposition. . . . But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas— that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. . . . While that experiment is part of our system I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country. . . . Only the emergency that makes it immediately dangerous to leave the correction of evil counsels to time warrants making any exception to the sweeping command, “Congress shall make no law . . . abridging the freedom of speech.” Of course I am speaking only of expressions of opinion and exhortations, which were all that were uttered here, but I regret that I cannot put into more impressive words my belief that in their conviction upon this indictment the defendants were deprived of their rights under the Constitution of the United States.

¹⁰¹ *Gitlow vs. New York*, 268 U.S. 652 de 1925.

¹⁰² LEWIS, Anthony. **Freedom for the Thoughts That We Hate: A Biography of the First Amendment**, *Op.cit.*, p. 34.

¹⁰³ *Whitney vs. California*, 274 U.S. 357 de 1927.

Aqueles que conquistaram nossa independência (...) acreditavam que a liberdade era o segredo da felicidade e que a coragem era o segredo da liberdade. Acreditavam que as liberdades de pensar como se quiser e de falar o que se pensa são meios indispensáveis para a descoberta e a disseminação da verdade política; que sem as liberdades de expressão e de reunião a discussão seria fútil; que com elas a discussão geralmente fornece proteção adequada contra a disseminação de doutrinas perniciosas; que a maior ameaça à liberdade é um povo inerte; que a discussão pública é um dever político; que esse deve ser um princípio fundamental do governo americano. Eles reconheciam os riscos a que todas as instituições humanas estão sujeitas. Mas sabiam que a ordem não pode ser garantida meramente pelo medo da punição por infringi-la; que é arriscado desencorajar o pensamento, a esperança e a imaginação; que o medo gera a repressão; que a repressão gera o ódio, que o ódio ameaça a estabilidade do governo. (...) Acreditando no poder da razão aplicado por meio da discussão pública, eles evitaram o silêncio coagido por lei – o argumento da força em sua pior forma. Reconhecendo as tiranias ocasionais das maiorias governantes, eles emendaram a Constituição para que as liberdades de expressão e de reunião fossem garantidas. O simples medo de danos sérios não pode justificar a repressão da liberdade de expressão e de reunião. Muitos temiam bruxas e queimaram mulheres (...). (*Whitney vs. California*, 274 U.S. 357 de 1927, tradução nossa)¹⁰⁴.

Apesar de ter sido vencido no julgamento da Suprema Corte, o voto de *justice* Brandeis serviu de fundamento para um indulto do governador da Califórnia à época em favor de Anita Whitney.

Um último voto marcante desse período que merece ser lembrado é o *justice* Holmes Jr. no caso *United States vs. Schwimmer*¹⁰⁵, de 1929. Rosika Schwimmer era uma imigrante húngara que se candidatou a receber a cidadania americana. Entretanto, era preciso à época que ela jurasse pegar em armas para defender os Estados Unidos em caso de guerra. Todavia, Schwimmer professava a religião Quaker, que pregava o pacifismo. Ela se recusou a fazer o julgamento. Por isso, foi-lhe negado o direito de receber a cidadania americana, decisão ratificada pela *Supreme Court*. Em voto vencido, entretanto, Holmes Jr. defendeu o direito de Schwimmer com as seguintes palavras memoráveis:

¹⁰⁴ Those who won our independence . . . believed liberty to be the secret of happiness and courage to be the secret of liberty. They believed that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth; that without free speech and assembly discussion would be futile; that with them, discussion affords ordinarily adequate protection against the dissemination of noxious doctrine; that the greatest menace to freedom is an inert people; that public discussion is a political duty; and that this should be a fundamental principle of the American government. They recognized the risks to which all human institutions are subject. But they knew that order cannot be secured merely through fear of punishment for its infraction; that it is hazardous to discourage thought, hope and imagination; that fear breeds repression; that repression breeds hate; that hate menaces stable government. . . . Believing in the power of reason as applied through public discussion, they eschewed silence coerced by law—the argument of force in its worst form. Recognizing the occasional tyrannies of governing majorities, they amended the Constitution so that free speech and assembly should be guaranteed. Fear of serious injury alone cannot justify suppression of free speech and assembly. Men feared witches and burnt women. . . .

¹⁰⁵ *United States vs. Schwimmer*, 279 U.S. 644 de 1929.

Algumas das respostas dela podem incitar o preconceito das pessoas, mas, se há um princípio da Constituição que exige fidelidade de forma mais imperativa do que qualquer outro, é o princípio do livre pensamento – não livre pensamento para aqueles que concordam conosco, mas liberdade para as ideias que odiamos. Acredito que devemos aderir a esse princípio em relação ao ingresso e à vida neste país. E, recorrendo ao voto que obstruí o caminho da querelante, eu sugeriria que os juizes fizessem o possível para tornar esse país o que ele é, que muitos cidadãos concordam com a crença da requerente e que até este momento eu não supunha que lamentássemos nossa incapacidade de expulsá-los porque eles acreditam mais do que alguns de nós nos ensinamentos do Sermão da Montanha. (*United States vs. Schwimmer*, 279 U.S. 644 de 1929, tradução nossa)¹⁰⁶.

A formulação de *Justice* Holmes Jr. de que a Primeira Emenda protege a liberdade de expressão para as ideias heterodoxas será um ponto crucial para as discussões nas décadas seguintes, e, em especial, para a mudança do entendimento do *Supreme Court*.

A década de 1930 marcou uma virada na compreensão da liberdade de expressão pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Em *Stromberg vs California*¹⁰⁷, de 1931, a Corte declarou inconstitucional uma lei do estado da Califórnia que proibiu a exibição de bandeiras vermelhas em oposição ao governo. *Justice* Charles Evans Hughes redigiu o voto da maioria (sete contra dois) afirmando que a oportunidade de discutir em público com propósito de responsabilizar o governo é uma premissa do sistema constitucional americano.

Nesse mesmo contexto, emergiu outra questão importante: a de saber se as expressões baseadas em fatos (que podem ser verdadeiras ou falsas) também se encontram protegidas pela égide da Primeira Emenda. Em 1927, um conhecido antissemita chamado Jay M. Near publicou uma série de reportagens no *Saturday Press* denunciando um suposto conluio entre gangsters judeus e funcionários públicos para corromper o governo. O jornal acabou sendo interditado. Ao julgar o caso em *Near vs Minnesota*¹⁰⁸, de 1927, a *Supreme Court* decidiu, em maioria apertada (cinco contra quatro), que a interdição era inconstitucional, uma vez que se tratava de uma restrição prévia. Poucos anos após o julgamento do caso, os ministros vencidos abandonaram a sua posição em um novo julgamento em *Grosjean vs American Press Co.*¹⁰⁹, de 1936.

¹⁰⁶ Some of her answers might excite popular prejudice, but if there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought— not free thought for those who agree with us but freedom for the thought that we hate. I think that we should adhere to that principle with regard to admission into, as well as to life within this country. And recurring to the opinion that bars this applicant's way, I would suggest that the Quakers have done their share to make the country what it is, that many citizens agree with the applicant's belief and that I had not supposed hitherto that we regretted our inability to expel them because they believe more than some of us in the teachings of the Sermon on the Mount.

¹⁰⁷ *Stromberg vs. California*, 283 U.S. 359 de 1931.

¹⁰⁸ *Near vs. Minnesota*, 283 U.S. 697 de 1931.

¹⁰⁹ *Grosjean vs. American Press Co.*, 297 U.S. 233 de 1936.

A decisão da *Supreme Court* no caso *Near vs Minnesota*¹¹⁰ é ainda hoje considerada um divisor de águas na compreensão da liberdade de imprensa nos Estados Unidos. Ela estabeleceu que não há necessidade de se provar a veracidade do fato antes da sua publicação. Entretanto, uma outra questão importante continuava sem resposta da Suprema Corte: o alvo de matéria de jornal poderia exigir que o seu autor demonstrasse a sua veracidade sob pena de responsabilização? A resposta da Suprema Corte a essa questão foi dada no caso *New York Times vs Sullivan*¹¹¹, de 1964, um dos casos mais importantes casos envolvendo a Primeira Emenda. Em março de 1960, o *New York Times* publicou um anúncio em que acusava, sem citar nomes, os funcionários públicos racistas do Sul de usarem de táticas ilegais contra o movimento de direitos civis liderado por Dr. Martin Luther King Jr. Nesse contexto, um funcionário público chamado L. B. Sullivan, um comissário de polícia da cidade de Montgomery, no estado do Alabama, processou o jornal por difamação. O corte estadual decidiu que o pedido era procedente e condenou o *Times* a pagar uma indenização de US\$ 500 mil para Sullivan. O juízo se baseou na legislação do estado do Alabama que exigia que responsável pela publicação difamatória provasse a sua veracidade, uma legislação comum em vários estados à época. Provocada, a *Supreme Court* reafirmou os valores da liberdade de expressão e de imprensa. Em passagem do seu voto, *Justice Brennan* afirmou que:

Assim, consideramos este caso tendo como pano de fundo um profundo compromisso nacional com o princípio de que o debate de questões públicas deve ser irrestrito, robusto e aberto, e que ele bem pode incluir ataques ao governo e a funcionários públicos que sejam veementes, cáusticos e às vezes desagradavelmente contundentes. (*New York Times Co. vs. Sullivan*, 376 U.S. 254 de 1964, tradução nossa)¹¹².

O voto do *justice Brennan*, em geral, reafirmou que a liberdade é crucial para a construção de um país democrático. Nessa medida, o Ministro corroborou o entendimento de que não há espaço na sociedade americana para instrumentos de censura como a Lei de Sedição, que, nesse momento, foi declarada inconstitucional 163 anos após a sua expiração. *Justice Brennan* considerou que os funcionários públicos apenas faziam jus à indenização em casos de difamação caso provassem que se tratava de uma mentira deliberada. Anos mais tarde, a *Supreme Court* estendeu o entendimento do caso *Sullivan* também para figuras

¹¹⁰ *Near vs. Minnesota*, 283 U.S. 697 de 1931.

¹¹¹ *New York Times Co. vs. Sullivan*, 376 U.S. 254 de 1964.

¹¹² Thus we consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials.

públicas, que passaram a ter que provar a ocorrência de uma falsificação deliberada ou imprudente para fazer jus à indenização por difamação.

O caso *Sullivan* é a pedra de toque de uma maneira de conceber a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa que, como visto, marca a jurisprudência dos Estados Unidos a partir da década de 1960. Diante dos riscos à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, a *Supreme Court* desenvolveu uma forte tendência em limitar o campo de atuação do Estado quanto à regulação da imprensa ou à proibição do discurso de ódio. Isso não significa, porém, que a compreensão das liberdades de expressão e de imprensa desenvolvida pela *Supreme Court* a partir da década de 1960 tenha exaurido todos os desafios que a envolvem.

Na década de 1950, um casal de americanos e seus cinco filhos foram feitos reféns por fugitivos em sua própria casa. Apesar do pânico inerente à situação, os fugitivos trataram James Hill, sua esposa e seus filhos com respeito e acabaram sendo capturados. A intensa cobertura do caso pela imprensa submeteu a família Hill à exposição pública. Traumatizada e em busca de obscuridade, a família se mudou do subúrbio da Filadélfia para Connecticut. Dois anos depois, todavia, uma peça estreou na Broadway narrando um caso semelhante, mas alterando a estória para torná-la mais dramática, com cenas de brutalidade, ameaças sexuais e intimidação. No entanto, a revista *Life* publicou uma matéria informando que a peça da Broadway representava o terror sofrido pela família Hill. Muito abalada, a família Hill processou a Time, Inc., que publicava a revista *Life*, por violação à privacidade, uma vez que a matéria associava a família a acontecimentos que não eram verdadeiros.

Em casos como a da família Hill, a prevalência absoluta da liberdade de imprensa causa um desconforto. Afinal, como é possível proteger a insensatez de um veículo de imprensa que, em busca irresponsável por audiência, atribui falsidades a cidadãos comuns, ignorando deliberadamente o seu direito à privacidade? Nesse sentido, a justiça de Nova Iorque condenou a Time, Inc. a pagar indenização de US\$ 30 mil à família Hill. Insatisfeita com a condenação, entretanto, a Time, Inc. recorreu à Suprema Corte Americana argumentando que houve desrespeito à sua liberdade de imprensa nos termos da Primeira Emenda.

A decisão da *Supreme Court* em *Time, Inc. vs. Hill*¹¹³, de 1967, contou com reviravoltas nos bastidores, mas, por maioria de cinco votos contra quatro, resolveu por anular

¹¹³ *Time, Inc. vs. Hill*, 385 U.S. 374 de 1967.

o julgamento da Suprema Corte do Estado de Nova Iorque. A tese da maioria foi redigida por *justice* Brennan, que argumentou o seguinte:

As garantias para a expressão e a imprensa não exclusivas da expressão política ou de comentários sobre questões públicas, por mais essenciais que elas sejam a um governo saudável. Basta que se tome qualquer jornal ou revista para compreender a vasta gama de material publicado que expõe pessoas à observação pública, tanto cidadãos privados como ocupantes de cargos públicos. A exposição de si a outros em graus variados é concomitante à vida em uma comunidade civilizada. O risco dessa exposição é um incidente essencial da vida em uma sociedade que atribui um valor primordial à liberdade de expressão e de imprensa. (*Time, Inc. vs. Hill*, 385 U.S. 374 de 1967, tradução nossa)¹¹⁴.

A decisão da Suprema Corte no caso *Time, Inc. vs Hill* rejeitou a privacidade como um valor importante. Para *justice* Brennan, esse é o preço para uma comunidade civilizada. Entretanto, a questão do direito à privacidade em seu conflito com a Primeira Emenda continua um debate vivo nos Estados Unidos. Muitos acadêmicos e vários ministros em votos vencidos têm levantado a importância de repensar a prevalência da liberdade de imprensa sobre o direito à privacidade.

No caso *Branzburg vs Hayes*¹¹⁵, de 1972, a Suprema Corte concordou em rever três casos nos quais repórteres haviam se recusado a testemunhar perante o grande júri mesmo sendo intimados a comparecer. Em relação a essa questão, que passou a ser conhecida como “o privilégio do repórter”, a Suprema Corte, por maioria de cinco contra quatro, rejeitou as alegações dos repórteres sob o seguinte argumento redigido por *justice* Byron R. White:

A questão nestes casos é se exigir que jornalistas compareçam e testemunhem perante grandes júris federais ou estaduais cerceia a liberdade de expressão e de imprensa garantida pela Primeira Emenda. Julgamos que não. (*Branzburg vs. Hayes*, 408 U.S. 665 de 1972, tradução nossa)¹¹⁶.

A maioria apertada em desfavor da imprensa e a relutância de alguns votos da maioria fizeram com que a discussão acerca dos privilégios da imprensa e da sua relação com a Primeira Emenda continuasse na ordem do dia. Isso fez com que, nas décadas posteriores ao

¹¹⁴ The guarantees for speech and press are not the preserve of political expression or comment upon public affairs, essential as those are to healthy government. One need only pick up any newspaper or magazine to comprehend the vast range of published matter which exposes persons to public view, both private citizens and public officials. Exposure of the self to others in varying degrees is a concomitant of life in a civilized community. The risk of this exposure is an essential incident of life in a society which places a primary value on freedom of speech and press.

¹¹⁵ *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 de 1972.

¹¹⁶ The issue in these cases is whether requiring newsmen to appear and testify before state or federal grand juries abridges the freedom of speech and press guaranteed by the First Amendment. We hold that it does not.

julgamento, decisões em várias instâncias estaduais confrontassem o entendimento da Suprema Corte sobre o assunto, ao menos o entendimento expresso formalmente pela maioria (já que existia um debate sobre se os fundamentos de alguns votos da maioria não representavam, na prática, um apoio velado à tese vencida dos privilégios da imprensa).

No Brasil, apenas nas últimas duas décadas o Supremo Tribunal Federal passou a debater a liberdade de expressão e a liberdade imprensa, a sua proteção na ordem constitucional e a relação desses direitos com outros, tais como o direito à honra, o direito à intimidade e à dignidade da pessoa humana. Para analisar a compreensão do STF sobre o *free speech*, entretanto, é preciso investigar como as diversas constituições brasileiras trataram do tema da liberdade de expressão, mas, sobretudo, como a Constituição de 1988 garante o *free speech*.

2 LIBERDADE E CENSURA NO BRASIL

Em 2014, o Ministro Gilmar Mendes concedeu a ordem em um habeas corpus promovido pela defesa do ex-médico Roger Abdelmassih, condenado em primeira instância a 278 anos de prisão pelo estupro de várias mulheres. Revoltada com a decisão, a artista Monica Iozzi postou em sua conta do Instagram uma foto do Ministro com o questionamento “cúmplice?” acompanhada da seguinte legenda: “Gilmar Mendes concedeu Habeas Corpus para Roger Abdelmassih, depois de sua condenação a 278 anos de prisão por 58 estupros”.

O Ministro ajuizou uma ação na Justiça do Distrito Federal em que pedia 100 mil reais a título de indenização por danos morais. Ao julgar o caso, o juízo da 4ª Vara Cível de Brasília entendeu que a artista:

Abusa do seu direito de liberdade de expressão (...), tornando questionável o seu caráter e imparcialidade na condição de julgador. (...) Isto porque a requerida é uma pessoa pública, que trabalha com comunicação, mídias e programas de auditório, reconhecidos por alcançarem altos índices de audiência. O que a requerida pensa e fala é repercutido em alta escala. (...) O fato de a requerida não ter sido a 'criadora' da imagem publicada e, apenas, uma das várias pessoas que a reproduziram não é suficiente para afastar a caracterização da conduta ilícita.¹¹⁷

Sob esse fundamento, Monica foi condenada a pagar 30 mil reais a Gilmar Mendes a título de indenização por danos morais. Com isso, o juízo concedeu primazia à honra do Ministro em detrimento da liberdade de expressão da artista.

Sabidamente, o pouco apreço das liberdades é uma marca da história e do Brasil. Ironicamente, entretanto, todas as constituições brasileiras trataram do tema da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa.

2.1 Lei para inglês ver

A Constituição do Império, ortogada em 25 de março de 1824, já garantia a liberdade de expressão e de imprensa, sem dependência de censura, mas estabelecia que os abusos poderiam ser punidos:

Art. 179 – (...)

IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de

¹¹⁷ LUIZ, Gabriel. Justiça arquiva processo movido por Gilmar Mendes contra Monica Iozzi. **G1 Distrito Federal**, Brasília, 22 mai. 2017.

responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fôrma, que a Lei determinar.

No mesmo sentido, a Primeira Constituição da República, promulgada em 24 de fevereiro 1891, garantia a livre manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa, sem dependência de censura:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fôrma que a lei determinar. Não é permitido o anonymato (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926).

Isso significa que, em relação ao *free speech*, a Constituição de 1891 seguiu parâmetros muito parecidos com a Constituição do Império, mas inovou ao proibir o anonimato. Por sua vez, a Constituição da Segunda República, promulgada em 16 de junho de 1934, legislava o seguinte:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É segurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.

Ou seja, a Constituição de 1934 também pretendeu garantir, em alguma medida, as liberdades de expressão e de imprensa, mas tratou de estabelecer mais claramente os seus limites. Assim como as Constituições de 1824 e 1891, a Constituição de 1934 garantia a livre manifestação do pensamento, sem dependência de censura, e estabelecia a possibilidade de sanção jurídica em caso de abuso dessas liberdades. Além disso, seguindo os preceitos da Constituição de 1891, também proibia o anonimato. A Nova Carta Magna, entretanto, inovou em três aspectos: (I) ao estabelecer o direito de resposta; (II) ao proibir “propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social”; e (III) ao estabelecer uma exceção à regra da não censura prévia quanto a “espetáculos e diversões públicas”.

A Constituição de 1934 vigorou por apenas três anos e, em 10 de novembro de 1937, foi promulgada a Constituição do Estado Novo. Apesar de marcado pela arbitrariedade, o novo regime tratou de formalizar o direito de manifestar o pensamento nos seguintes termos:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

Isso significa que, ao contrário da Constituição de 1934, a Constituição de 1937 tratou com superficialidade da liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, praticamente deixando para a lei toda a regulamentação. Ademais, a Constituição do Estado Novo não salvaguardou o direito de expressão independente de censura prévia, como era tradição constitucional no Brasil desde a Constituição do Império.

A Carta de 18 de setembro de 1946, por sua vez, pretendeu reestabelecer os direitos e garantias fundamentais que haviam, na prática, sido ignorados durante a ditadura varguista. Para tanto, legislava em seu artigo 141:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

Isto é, a Constituição de 1946 basicamente reestabeleceu as proteções e limitações em relação às liberdades de expressão e de imprensa que haviam sido estabelecidas pela Constituição de 1934, apenas inovando em relação a esta em dois aspectos: (I) ao estabelecer com maior clareza a proibição da censura prévia em relação à “publicação de livros e periódicos”; e ao (II) proibir as propagandas baseadas em “preconceitos de raça ou de classe”.

O Ato Institucional nº 2, de 1966, entretanto, alterou o §5º do artigo 141 da Constituição de 1946 por meio do seu artigo 12, que dizia:

Art. 12 - A última alínea do §5º do 141 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação:

Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de subversão, da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

Ou seja, o AI-2 basicamente retirou os termos “processos violentos”, “política” e “social” previstos na redação original da Constituição de 1946. Por sua vez, a Constituição de 1967, promulgada em 24 de janeiro daquele ano, também anunciava a livre manifestação de pensamento como um direito. A redação do §8º do seu artigo 150 estabelecia:

Art. 150 - (...)

§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

Ou seja, o §8º do artigo 150 da Constituição de 1967 se limitou a transcrever o §5º do artigo 141 da Constituição de 1946. Dois anos após a promulgação da Constituição de 1967, porém, a Emenda nº 1 do Regime Militar, de 17 de outubro de 1969, na prática, substituiu a Carta de 1967 por uma nova Constituição. Mesmo não tendo sido oficialmente chamada de constituição pelo Regime Militar, a Carta de 1969 trouxe o seguinte dispositivo sobre a liberdade de expressão:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

Ou seja, a Carta de 1969 tratou de transcrever o dispositivo sobre a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa já presente nas Constituições de 1946 e 1967. A última alínea, entretanto, sofreu um acréscimo significativo. Passaram a ser também consideradas intoleráveis as propagandas de preconceito de religião e “as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”.

O Regime Militar estabeleceu enorme desordem constitucional no País. A cada Ato Institucional, mais direitos eram amordaçados e o temor da opressão pelo Estado se difundia. Nesse contexto, o Ato Institucional nº 5 (AI-5), de 13 de dezembro de 1968, sobrepôs-se à Constituição de 1969, que havia sido oficialmente outorgada como Emenda nº 1. Na prática, o AI-5 desconfigurou qualquer resquício de sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais no tocante à liberdade de expressão. Nesse contexto, o artigo 5º do AI-5 dizia o seguinte:

Art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em:

(...)

III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política.

Ainda sobre o Regime Militar, é importante ressaltar a publicação do Decreto Legislativo nº 34, de 29 de maio de 1970, que foi aprovado pelo Decreto-Lei nº 1.077/1970. O Decreto-Lei tratava da "execução do artigo 153, § 8º, parte final, da Constituição da República Federativa do Brasil" e estabelecia o seguinte:

DECRETO-LEI Nº 1.077, DE 26 DE JANEIRO DE 1970

Dispõe sobre a execução do artigo 153, § 8º, parte final, da Constituição da República Federativa do Brasil.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o artigo 55, inciso I da Constituição e

CONSIDERANDO que a Constituição da República, no artigo 153, § 8º dispõe que não serão toleradas as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos costumes;

CONSIDERANDO que essa norma visa a proteger a instituição da família, preserva-lhe os valores éticos e assegurar a formação sadia e digna da mocidade;

CONSIDERANDO, todavia, que algumas revistas fazem publicações obscenas e canais de televisão executam programas contrários à moral e aos bons costumes;

CONSIDERANDO que se tem generalizado a divulgação de livros que ofendem frontalmente à moral comum;

CONSIDERANDO que tais publicações e exteriorizações estimulam a licença, insinuam o amor livre e ameaçam destruir os valores morais da sociedade Brasileira;

CONSIDERANDO que o emprêgo desses meios de comunicação obedece a um plano subversivo, que põe em risco a segurança nacional.

DECRETA:

Art. 1º Não serão toleradas as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes quaisquer que sejam os meios de comunicação.

Art. 2º Caberá ao Ministério da Justiça, através do Departamento de Polícia Federal verificar, quando julgar necessário, antes da divulgação de livros e periódicos, a existência de matéria infringente da proibição enunciada no artigo anterior.

Parágrafo único. O Ministro da Justiça fixará, por meio de portaria, o modo e a forma da verificação prevista neste artigo.

Art. 3º Verificada a existência de matéria ofensiva à moral e aos bons costumes, o Ministro da Justiça proibirá a divulgação da publicação e determinará a busca e a apreensão de todos os seus exemplares.

Art. 4º As publicações vindas do estrangeiro e destinadas à distribuição ou venda no Brasil também ficarão sujeitas, quando de sua entrada no país, à verificação estabelecida na forma do artigo 2º deste Decreto-lei.

Art. 5º A distribuição, venda ou exposição de livros e periódicos que não hajam sido liberados ou que tenham sido proibidos, após a verificação prevista neste Decreto-lei, sujeita os infratores, independentemente da responsabilidade criminal:

I - A multa no valor igual ao do preço de venda da publicação com o mínimo de NCr\$ 10,00 (dez cruzeiros novos);

II - À perda de todos os exemplares da publicação, que serão incinerados a sua custa.

Art. 6º O disposto neste Decreto-Lei não exclui a competência dos Juizes de Direito, para adoção das medidas previstas nos artigos 61 e 62 da Lei número 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

Art. 7º A proibição contida no artigo 1º deste Decreto-Lei aplica-se às diversões e espetáculos públicos, bem como à programação das emissoras de rádio e televisão. Parágrafo único. O Conselho Superior de Censura, o Departamento de Polícia Federal e os juizados de Menores, no âmbito de suas respectivas competências, assegurarão o respeito ao disposto neste artigo.

Art. 8º Este Decreto-Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 26 de janeiro de 1970; 149º da Independência e 82º da República.

EMÍLIO G. MÉDICI

Alfredo Buzaid.

O AI-5 apenas foi revogado, juntamente com os demais Atos Institucionais, no governo Ernesto Geisel. A Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1979, revogava todos os atos institucionais e complementares que fossem contrários à Constituição Federal.

Como se depreende desse breve acampanhado da história das constituições brasileiras, a liberdade de expressão e de imprensa, apesar de formalmente asseguradas, sofreram importantes limitações durante a história, chegando a ser suspensas durante os regimes ditatoriais brasileiros. Ao contrário, a atual Carta Magna, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte em 22 de setembro de 1988 e promulgada em 5 de outubro de 1988, tratou da liberdade de expressão em várias passagens, assim como também o fez em relação a questões correlatas, tais como a liberdade de imprensa e a proibição da censura. Como mostramos a seguir, a Constituição de 1988 não considerou as liberdades de expressão e de imprensa como direitos absolutos, mesmo porque nenhuma constituição do mundo o faz. Todavia, a exemplo da jurisprudência da *Supreme Court*, a Carta Cidadã lançou às liberdades a verdadeira posição

de preferência (*preferred position*), dado que existem poucas hipóteses legítimas de limitação dessas liberdades.

2.2 Liberdade de expressão e liberdade de imprensa no Brasil

A Constituição de 1988 trouxe já no seu início (Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais) a proteção às liberdades, entre elas a liberdade de expressão (ou, nos termos constitucionais, a “livre manifestação do pensamento”), além da livre manifestação da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Assim, ao estabelecer um rol de direitos e deveres individuais e coletivos (Título II, Capítulo I) em seu artigo 5º, a Constituição traz várias normas que se aplicam especificamente ao caso da livre manifestação do pensamento e as liberdades correlatas. Essas normas são extraídas especialmente dos incisos IV, V, IX, X e XIV do artigo 5º, onde se lê:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

A garantia desses direitos no texto da Constituição por si só representa um grande avanço em relação à garantia e efetivação das liberdades democráticas que haviam sido suspensas durante o regime militar das décadas de 60 e 70. Entretanto, é possível perceber que, ao mesmo tempo em que pretendeu proteger a liberdade de expressão, o constituinte originário também assegurou os direitos da personalidade. Nesse sentido, no que importa à garantia da liberdade de expressão, a Constituição assegura a liberdade de pensamento; a livre expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; o acesso à informação; além de resguardar o sigilo da fonte e proibir a censura ou a licença. Todavia,

nesses mesmos incisos, a Constituição de 1988 também esboçou direitos e garantias que, na prática, limitam a liberdade de expressão. Assim, em sentido oposto à garantia plena da liberdade de expressão, a Constituição de 1988 veda o anonimato, assegura o direito de resposta proporcional ao agravo, o direito à indenização por dano à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, considerando-as invioláveis.

O constituinte originário também tratou de assuntos conexos com a liberdade de expressão em outras partes da Constituição. No Título VIII, dedicado à Ordem Social, a Constituição traz um capítulo inteiro, de número V, destinado exclusivamente à Comunicação Social. O artigo 220 diz que “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”. Após estabelecer a não restrição aos processos e veículos de comunicação, a Constituição consagra que: “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”. Assim, nos termos da Constituição, o parlamento brasileiro está impossibilitado de criar dispositivos que venham a limitar a liberdade de informação jornalística. No entanto, o constituinte originário observou que essa limitação ao legislador deve observar o disposto, entre outros, nos incisos V e X do artigo 5º. Trocando em miúdos, também aqui o constituinte buscou assegurar a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, mas ao mesmo tempo estabeleceu mecanismos de limitação desses direitos em função dos direitos de personalidade, vez que o inciso V e X do artigo 5º tratam, como visto, do direito de resposta e da indenização por violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

O artigo 220 da Constituição traz também outros importantes dispositivos de proteção à liberdade de imprensa. Seu parágrafo 2º estabelece, assim, que é “vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”, enquanto o seu parágrafo 6º veda a censura prévia ao estabelecer que “a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade”. Por outro lado, é digno de nota também o ímpeto do legislador originário em garantir uma comunicação de qualidade. Nesse sentido, ainda no artigo 220, o parágrafo 5º pretendeu combater os monopólios e os oligopólios na comunicação social brasileira ao estabelecer que “os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”. O capítulo da Constituição de 1988 reservado à comunicação social trouxe ainda princípios aplicados à comunicação por rádio e televisão, visando direcionar o conteúdo propagado por esses veículos. Assim, o artigo 221 estabelece que:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Isso significa que a Constituição de 1988 estabelece princípios a serem seguidos pelas emissoras de rádio e televisão no que tange ao conteúdo veiculado. Nesses termos, parece claro que a Constituição abriu espaço para a regulamentação posterior dos veículos de comunicação, em vista da promoção da cultura, inclusive de produção independente, de conteúdos artísticos, educativos e informativos, além, nos termos do inciso IV, “do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”. No mesmo sentido, o parágrafo 3º do artigo 220 é claro ao autorizar o Congresso Nacional a fazer leis para regulamentar a atividade de imprensa nos seguintes termos:

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.

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Ou seja, ao passo que buscou garantir a liberdade de imprensa, o constituinte originário também pretendeu a criação de dispositivos legais com o fim de promover uma melhor comunicação social. Nessa perspectiva, o parágrafo 4º é claro em buscar restringir a veiculação de propaganda comercial a respeito de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias nos seguintes termos:

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Outros dispositivos que também compõem o ordenamento jurídico pátrio advêm dos tratados e convenções internacionais sobre os direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, estabeleceu em seu artigo 19:

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

Por sua vez, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, internalizado no Brasil em 1992, dispõe no seu artigo 19:

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. **Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.**
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
 - a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas. (Grifos nossos)

No que tange ao sistema regional de proteção aos direitos humanos, a liberdade de pensamento e de expressão está também resguardada nos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, ratificada pelo Brasil 1992. A Convenção dispõe em seu artigo 13:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
2. **O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia**, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:
 - a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. (Grifos nossos)

Ou seja, ao contrário de outros documentos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, proíbe expressamente a censura prévia, estabelecendo apenas um excessão: para espetáculos públicos, mas “com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência”.

A questão da censura prévia foi objeto de dois importantes julgamentos do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos: o Caso da Lei de Imprensa (ADPF nº 130/DF, de 2009) e o Caso da Autorização Prévia para Biografias (ADI nº 4815/DF, de 2015). Polêmica, a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) já vinha sendo problematizada por setores da sociedade desde a promulgação da Carta de 1988, até que o Partido Democrático Trabalhista (PDT) provocou o STF a respeito da sua adequação com o marco da nova Constituição.

2.3 Pela liberdade, contra a Lei de Imprensa

A Lei de Imprensa foi considerada não recepcionada pela Constituição Federal de 1988 em sede da ADPF nº 130/DF, de 2009. A decisão foi tomada por maioria de votos. Além do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, também os Ministros Eros Grau, Menezes Direito, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello votaram pela total procedência da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Os Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes votaram pela procedência parcial, e apenas o Ministro Marco Aurélio votou pela improcedência do pedido. O que nos interessa na análise do caso da Lei de Imprensa é menos as conclusões de cada Ministro e mais as razões levantadas para fundar cada voto. Independentemente do sentido de cada voto, todos os Ministros refletiram sobre a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa.

O Ministro Relator Carlos Ayres Britto argumentou que a imprensa é a “verdadeira *irmã siamesa* da democracia”¹¹⁸ e que “passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados”¹¹⁹. Isso porque “essas duas categorias de liberdade individual também serão

¹¹⁸ Ministro Carlos Ayres Britto, nos autos do ADPF 130/DF, p. 28.

¹¹⁹ Ministro Carlos Ayres Britto, nos autos do ADPF 130/DF, p. 28.

tanto mais intensamente usufruídas quanto veiculadas pela imprensa mesma”¹²⁰. O Ministro continua o raciocínio:

O que faz de todo o capítulo constitucional sobre a comunicação social um melhorado prolongamento dos preceitos fundamentais da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão em sentido lato. Comunicando-se, então, a todo o segmento normativo prolongador a natureza jurídica do segmento prolongado; que é a natureza de "DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS", tal como se lê no título de no II da nossa Constituição¹²¹.

Ou seja, segundo o Ministro Carlos Ayres Britto, o capítulo da Constituição de 1988 sobre a Comunicação Social é um aprofundamento ou, nas palavras do Ministro, um “melhorado prolongamento” dos direitos fundamentais à livre manifestação do pensamento e de expressão do artigo 5º da Constituição de 1988. Após tecer essas e outras considerações sobre as liberdades na Constituição, o Ministro evidencia a primeira conclusão do seu voto: a primazia ou procedência das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu* na sistemática da Constituição. Em suas palavras:

É hora de uma primeira conclusão deste voto e ela reside na proposição de que a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: **a das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu (que ainda abarca todas as modalidades de criação e de acesso à informação, esta última em sua triplíce postura**, conforme reiteradamente explicitado). Liberdades que não podem *arredar pé* ou sofrer antecipado controle nem mesmo por força do Direito-lei, compreensivo este das próprias emendas à Constituição, frise-se. Mais ainda, liberdades reformadamente protegidas se exercitadas como atividade profissional ou habitualmente jornalística e como atuação de qualquer dos órgãos de comunicação social ou de Imprensa¹²². (Grifos do autor)

Segundo o Ministro Carlos Ayres Britto, as liberdades de expressão *lato sensu* devem ser compatibilizadas com as restrições que a própria Constituição estabelece, tal como o direito de resposta e a proibição do anonimato. No entanto, é preciso deixar claro que a Carta de 1988 estabeleceu verdadeira primazia às liberdades de expressão *lato sensu*, que podem ser consideradas *sobredireitos*:

Outra não podia ser a escolha da nossa Lei Maior, em termos operacionais, pois sem essa absoluta primazia do que temos chamado de *sobredireitos* fundamentais **sobejariam falsas desculpas, sofismas, alegações meramente retóricas para, a todo instante, crucificá-los no madeiro da mais virulenta reação por parte dos**

¹²⁰ Ministro Carlos Ayres Britto, nos autos do ADPF 130/DF, p. 28.

¹²¹ Ministro Carlos Ayres Britto, nos autos do ADPF 130/DF, p. 28-29.

¹²² Ministro Carlos Ayres Britto, nos autos do ADPF 130/DF, p. 46.

espíritos renitentemente autoritários, antiéticos, ou obscurantistas, quando não concomitantemente autoritários, antiéticos e obscurantistas¹²³. (Grifos do autor)

Ou seja, é importante atentar para as *falsas desculpas* que são comumente usadas por pessoas autoritárias, antiéticas ou obscurantistas para restringir de maneira ilegítima as liberdades. Segundo o Ministro Relator, a Lei de Imprensa, que é de 1967, está marcada por uma realidade diametralmente oposta à Constituição de 1988. Em suas palavras, **“o que em verdade se tem é uma realidade marcada por diplomas normativos ferozmente antagônicos em sua integralidade. Visceralmente contrários, em suas linhas e entrelinhas”**¹²⁴ (Grifos do autor). Por isso, a Lei de Imprensa não se serve a nenhuma tentativa de compatibilização hermenêutica com a Constituição Federal, **“seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de ‘interpretação conforme a Constituição’”**¹²⁵. (Grifos do autor).

Nesses termos, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto votou pela total procedência da ADPF, considerando que a Lei de Imprensa não havia sido recepcionada pela ordem instituída pela Constituição Federal de 1988.

O voto do Ministro Celso de Mello foi no sentido de considerar que o regime constitucional vigente no Brasil privilegia, de modo particularmente expressivo, “o quadro em que se desenvolvem as liberdades do pensamento”¹²⁶ e que essa “realidade normativa, política e jurídica que não pode ser desconsiderada pelo Supremo Tribunal Federal”¹²⁷. Nesse sentido, o Ministro argumentou que não é possível ao Poder Público a intervenção *a priori* no pensamento e nas convicções particulares:

A liberdade de expressão representa, dentro desse contexto, uma projeção significativa do direito, que a todos assiste, de manifestar, sem qualquer possibilidade de intervenção estatal *a priori*, o seu pensamento e as suas convicções, expondo as suas idéias e fazendo veicular as suas mensagens doutrinárias¹²⁸.

¹²³ Ministro Carlos Ayres Britto, nos autos do ADPF 130/DF, p. 46-47.

¹²⁴ Ministro Carlos Ayres Britto, nos autos do ADPF 130/DF, p. 62.

¹²⁵ Ministro Carlos Ayres Britto, nos autos do ADPF 130/DF, p. 62.

¹²⁶ Ministro Celso de Mello, nos autos do ADPF 130/DF, p. 10-11.

¹²⁷ Ministro Celso de Mello, nos autos do ADPF 130/DF, p. 10-11.

¹²⁸ Ministro Celso de Mello, nos autos do ADPF 130/DF, p. 10-11.

O Ministro Celso de Mello, além disso, assevera que a liberdade de manifestação do pensamento visa proteger qualquer pessoa, inclusive as que defendem ideias que divergem das concepções prevalentes, contra restrições de natureza política ou jurídica:

É certo que a liberdade de manifestação do pensamento, impregnada de essencial transitividade, destina-se a proteger qualquer pessoa cujas opiniões possam, até mesmo, conflitar com as concepções prevalecentes, em determinado momento histórico, no meio social, impedindo que incida, sobre ela, por conta e efeito de suas convicções, qualquer tipo de restrição de índole política ou de natureza jurídica, pois todos hão de ser livres para exprimir idéias, ainda que estas possam insurgir-se ou revelar-se em desconformidade frontal com a linha de pensamento dominante no âmbito da coletividade¹²⁹.

Segundo o Ministro, ao impossibilitar a intervenção do Estado nos processos de criação artística, literária e cultural, a Constituição “mostrou-se atenta à grave advertência de que o Estado não pode dispor de poder algum sobre a palavra, sobre as idéias e sobre os modos de sua divulgação”¹³⁰. Daí que:

Essa garantia básica da liberdade de expressão do pensamento, como precedentemente assinalado, representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática. Nenhuma autoridade pode prescrever o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento¹³¹.

A Ministra Cármen Lúcia também seguiu o voto do Relator, considerando a Lei de Imprensa de todo incompatível com a Carta de 1988. Em suas palavras:

Os dispositivos afrontam, de modo direto e objetivo, os princípios e regras constitucionais relativas ao tema. São incompatíveis com a Constituição de 1988, e tudo o que há de deixar – para os que teima ou não conseguem esquecer – são as memórias amargas de tempos em que a mordaza, não a liberdade prevaleceu e fez-nos calados e surdos, porque não havia quem nos pudesse falar com liberdade, nem de liberdade¹³².

A Ministra ponderou, entretanto, “que é preciso respeitar o direito de acesso ao Judiciário (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição) sempre que alguém se sentir lesado nos seus direitos de personalidade tendo do outro lado o exercício da liberdade de expressão e informação”. Nesses casos, segundo a Ministra, “caberá ao Judiciário (em todas as suas

¹²⁹ Ministro Celso de Mello, nos autos do ADPF 130/DF, p. 16.

¹³⁰ Ministro Celso de Mello, nos autos do ADPF 130/DF, p. 11.

¹³¹ Ministro Celso de Mello, nos autos do ADPF 130/DF, p. 12.

¹³² Ministra Cármen Lúcia, nos autos do ADPF 130/DF, p. 24.

instâncias) decidir como essa relação voltará ao equilíbrio no caso concreto. Nenhum desses direitos são absolutos”¹³³. O poder-dever do Judiciário em decidir sobre a matéria foi especialmente defendido pela Ministra, que reforçou que a Justiça não deve ser vista como uma ameaça, mas como um remédio:

O Judiciário Brasileiro não pode ser considerado uma ameaça. É inadmissível considerar que, com suas instâncias ordinárias e ao menos uma extraordinária, os juízes sejam tão incompetentes a ponto de não fazerem justiça no caso concreto. No mesmo modo, o Poder Judiciário não pode ser usado como ameaça, mas para esse caso há remédio. E ele é acessível a todos¹³⁴.

A Ministra Cármen Lúcia também argumentou que a liberdade de imprensa “é manifestação da liberdade, considerada em sua amplitude humana”¹³⁵ e que “sem a liberdade de manifestação do pensamento para informar, se informar e ser informado, garantia de cada um, compromete-se a dignidade da pessoa humana”¹³⁶.

Em seu voto, o Ministro Menezes Direito também se valeu da noção de dignidade da pessoa humana como um sustentáculo, juntamente à liberdade expressão, da sociedade democrática. Em suas palavras:

A sociedade democrática é valor insubstituível que exige, para a sua sobrevivência institucional, proteção igual a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana e esse balanceamento é que se exige da Suprema Corte em cada momento de sua história¹³⁷.

O Ministro Menezes Direito, entretanto, argumentou que há uma precedência da dignidade da pessoa humana em relação à liberdade de expressão. Porém, isso “não significa que exista lugar para sacrificar a liberdade de expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas”¹³⁸. Além disso, no sentido de seguir o voto do Relator, o Ministro Menezes Direito argumenta que a democracia está intimamente ligada à livre circulação de ideias, dependendo, não apenas do voto, mas também da informação:

O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das ideias. A democracia, para subsistir, depende de informação e não apenas do voto; este, muitas vezes, pode servir de mera chancela,

¹³³ Ministra Cármen Lúcia, nos autos do ADPF 130/DF, p. 30.

¹³⁴ Ministra Cármen Lúcia, nos autos do ADPF 130/DF, p. 30.

¹³⁵ Ministra Cármen Lúcia, nos autos do ADPF 130/DF, p. 31.

¹³⁶ Ministra Cármen Lúcia, nos autos do ADPF 130/DF, p. 31.

¹³⁷ Ministro Menezes Direito, nos autos do ADPF 130/DF, p. 7.

¹³⁸ Ministro Menezes Direito, nos autos do ADPF 130/DF, p. 6.

objeto de manipulação. A democracia é valor que abre as portas à participação política, de votar e de ser votado, como garantia de que o voto não é mera homologação do detentor do poder¹³⁹.

Apesar da defesa aparentemente irrestrita das liberdades de expressão e de imprensa acima elencadas, vários Ministros também chamaram a atenção para a necessidade de impor limites às liberdades.

O caso da Lei de Imprensa evidencia não exatamente uma divisão entre os Ministros sobre as liberdades de expressão e de imprensa, mas antes a complexidade argumentativa que, ora evidencia a importância da liberdade, chegando a defender, inclusive, a sua primazia frente a outros direitos, ora chama a atenção para a necessidade de sua regulamentação por parte do Estado. O que é importante atentar no julgamento da ADPF 130/DF, todavia, é a formulação, ainda que com alguma relutância, de uma ideia que ganhará força no Supremo Tribunal com o passar dos anos: a posição de preferência da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro.

2.4 A posição de preferência das liberdades

No Caso da Lei de Imprensa, a maioria dos Ministros entendeu que havia uma completa inadequação entre aquela lei e a ordem constitucional estabelecida em 1988. É que a Lei nº 5.250/67 estabelecia restrições ilegítimas à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa. Nesse sentido, foi considerada não recepcionada pela atual Constituição. Em meio a tantas considerações dos Ministros, entretanto, não restou ainda o que evidencie a principal razão dessa completa inadequação. Pensamos que é possível encontrar uma pista no voto do Relator da ADPF, Ministro Carlos Ayres Britto.

Em seu voto, o Ministro argumentou que “a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: **a das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu**”¹⁴⁰ (Grifos do autor). Essa ideia de que alguns direitos têm uma primazia ou preferência em relação a outros direitos (*preferred position*) foi desenvolvida originariamente pela *Supreme Court* em *United States vs. Carolene Products Co. (1938)*¹⁴¹. Essa doutrina foi consolidada em casos posteriores, tais

¹³⁹ Ministro Menezes Direito, nos autos do ADPF 130/DF, p. 6.

¹⁴⁰ Ministro Carlos Ayres Britto, nos autos do ADPF 130/DF, p. 46.

¹⁴¹ *United States vs. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 de 1938.

como *Jones vs. Opelika* (1942)¹⁴², *Murdock vs. Pennsylvania* (1943)¹⁴³ e *Thomas vs. Collins* (1945)¹⁴⁴.

Expondo a *opinion of the Court* em *Jones vs. Opelika* (1942)¹⁴⁵, *justice* Reed afirmou que:

A Primeira Emenda não se limita a salvaguardar a liberdade de expressão e a liberdade religiosa contra tentativas discriminatórias para eliminá-las. Pelo contrário, a Constituição, em virtude da Primeira e da Décima Quarta Emendas, **colocou essas liberdades em uma posição de preferência**. (*Jones vs. Opelika*, 316 U.S. 584 de 1942, tradução nossa, grifos nossos)¹⁴⁶.

Em *Murdock vs. Pennsylvania* (1943)¹⁴⁷, falando pela Corte, *justice* William O. Douglas afirmou que “a liberdade de imprensa, a liberdade de expressão e a liberdade religiosa estão em uma posição de preferência” (*Murdock vs. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 de 1943, tradução nossa)¹⁴⁸. Em *Thomas vs. Collins* (1945)¹⁴⁹, falando pela Corte, *justice* Rutledge estabeleceu que:

O caso nos confronta novamente com o dever que o nosso sistema assenta nesta Corte de dizer onde a liberdade do indivíduo termina e o poder do Estado começa. A escolha neste limite é, agora, como sempre, delicada, é talvez ainda mais delicado [dizer] onde a presunção usual que dá suporte à legislação é balanceada pelo lugar de preferência em nosso esquema jurídico para as grandes e indispensáveis liberdades democráticas garantidas pela Primeira Emenda. (...) Essa prioridade dá a essas liberdades uma santidade e uma autoridade que não admitem intrusões dúbias. (*Thomas vs. Collins*, 323 U.S. 516 de 1945, tradução nossa)¹⁵⁰.

A posição de preferência da liberdade de expressão aduzida pelo Ministro Carlos Ayres Britto na ADPF 130/DF foi também reivindicada dois anos depois na ADPF 187/DF. Em seu voto, o Ministro Luiz Fux afirmou que “é certo que a liberdade de expressão, como

¹⁴² *Jones vs. Opelika*, 316 U.S. 584 de 1942.

¹⁴³ *Murdock vs. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 de 1943.

¹⁴⁴ *Thomas vs. Collins*, 323 U.S. 516 de 1945.

¹⁴⁵ *Jones vs. Opelika*, 316 U.S. 584 de 1942.

¹⁴⁶ The First Amendment is not confined to safeguarding freedom of speech and freedom of religion against discriminatory attempts to wipe them out. On the contrary the Constitution, by virtue of the First and the Fourteenth Amendments, has put those freedoms in a preferred position.

¹⁴⁷ *Murdock vs. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 de 1943.

¹⁴⁸ Freedom of press, freedom of speech, [and] freedom of religion are in a preferred position.

¹⁴⁹ *Thomas vs. Collins*, 323 U.S. 516 de 1945.

¹⁵⁰ The case confronts us again with the duty our system places on this Court to say where the individual's freedom ends and the State's power begins. Choice on that border, now, as always, delicate, is perhaps more so where the usual presumption supporting legislation is balanced by the preferred place given in our scheme to the great, the indispensable, democratic freedoms secured by the First Amendment. (...) That priority gives these liberties a sanctity and a sanction not permitting dubious intrusions.

direito fundamental, merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso, *prima facie*, maior¹⁵¹.

Essa forma de abordar a liberdade de expressão e a liberdade imprensa se repetiu em suas principais teses no Caso da Autorização Prévia para Biografias. No caso, por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.815 e declarou inexistente a autorização prévia para a publicação de biografias.

2.5 O Caso das Biografias

O Código Civil de 2002 trouxe dispositivos que regulamentam a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem das pessoas. Nesse sentido, os artigos 20 e 21 do Código Civil estabelecem o seguinte:

Art. 20. **Salvo se autorizadas**, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, **a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas**, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. (Grifo nosso)

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Apesar de o Código Civil ter sido claro ao condicionar a publicação de biografias à autorização do biografado, a Suprema Corte decidiu por dar interpretação conforme à Constituição para garantir a observância aos direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de expressão. No termos no acórdão:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, **em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexistente o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais**, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas

¹⁵¹ Ministro Luiz Fux, nos autos do ADPF 187/DF, p. 21.

retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas)¹⁵². (Grifo nosso)

Na Ementa, o pleno do STF estabeleceu que a autorização prévia de pessoa biografada ou de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes) constitui censura prévia particular. Conforme entendeu o Tribunal, os artigos 20 e 21 do Código Civil, caso fossem interpretados literalmente, poderiam inviabilizar o exercício das liberdades:

A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem¹⁵³.

A Ministra Relatora chamou a atenção para a censura por trás da cultura do politicamente correto:

A cultura do politicamente correto, expressão adotada desde a década de 80 do séc. XX, significando políticas tendentes a tornar a linguagem neutra para se evitar ofensa a pessoas ou grupos sociais discriminados historicamente, também vem sendo levada ao paroxismo, passando a constituir forma de censura da expressão. Adotam-se formas de censura implícita e particular, exercida de forma a tolher ou a esvaziar o direito à liberdade de expressão.

Com o politicamente correto, adotam-se formas de censura que mitigam ou dificultam o pluralismo ao qual a liberdade pessoal conduz, porque a censura, estatal ou particular, introduz o medo de não ser bem acolhido no grupo social. O medo e a vergonha fragilizam o ser humano em sua dignidade. Sem dignidade, não se resguarda a identidade, que faz cada ser único em sua humanidade insubstituível¹⁵⁴.

Ou seja, a cultura do politicamente correto acaba por cercear o pluralismo e esvaziar o direito à liberdade de expressão. Do ponto de vista da Ministra Cármen Lúcia, “temem-se versões equivocadas da história. Temem-se enganos e fraudes. O risco é compreensível e concreto, mas viver é arriscar. Há que se permitir o erro, para buscar-se o acerto. E garante-se a reparação sem tolher-se o direito do outro”¹⁵⁵. Isto é, o problema continua a ser a censura prévia da expressão. Como quer a Ministra, a censura não é o melhor caminho para combater as inverdades:

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/DF. Relatora: Carmen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 fev. 2015.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/DF. Relatora: Cármen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 fev. 2015.

¹⁵⁴ Ministra Cármen Lúcia, nos autos do ADI 4.815/DF, p. 56.

¹⁵⁵ Ministra Cármen Lúcia, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 107.

Poder-se-ia também imaginar os riscos das mentiras contadas. Vendedores de passados criados sob o manto que o nome de alguém expusesse. Não são apenas passados que se inventam. Até o presente se vende. Pior: compra-se a boa-fé ou a credence ingênua e desesperada vendendo-se até o futuro. São abundantes os anúncios de videntes e audientes que prosperam vendendo terrenos em céus que não se conhecem. Contam-se histórias de todos nós, a cada dia, que nem sempre aconteceram. Digo do que sobre mim mesma leio e que não tomo como mentiras, mas como verdades não acontecidas. Alguns são jornalistas. Outros, romancistas desnaturados. Não é com mordaca ou censura que se resolve a inverdade. É com mais verdade sobre o não ocorrido e narrado por má-fé ou por ignorância¹⁵⁶.

Ao concluir o seu argumento sobre a inadequação da censura para resolver o problema da inverdade, a Ministra chega a dizer de forma prosaica: “pode-se afirmar que o mal tem mais força de ser acreditado. Se o homem prefere acreditar no pior, não há remédio para crenças tais. Faço direito, não faço milagre”¹⁵⁷.

Após citar vários julgados em que foi aplicada a técnica da ponderação para resolver o conflito entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade, a Ministra conclui pela necessidade da aplicação da mesma técnica para o caso em tela. Assim fazendo, conclui o seu voto no sentido de dar interpretação conforme a Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil para afastar a possibilidade da censura prévia particular.

Por sua vez, o Ministro Luís Roberto Barroso argumenta que a colisão entre valores é a marca das sociedades plurais, e tal tensão deve ser resolvida através da técnica da ponderação:

Este caso que estamos analisando hoje, aqui, envolve uma tensão, uma colisão potencial entre a liberdade de expressão e o direito à informação de um lado; e, de outro lado, os chamados direitos da personalidade, notadamente no tocante ao direito de privacidade, ao direito de imagem e ao direito à honra. Nessas situações em que convivem normas constitucionais que guardam entre si uma tensão, e a característica das Constituições contemporâneas é precisamente esse caráter compromissório e dialético de abrigarem valores diversos, a técnica que o Direito predominantemente adota para a solução dessa tensão ou desse conflito é precisamente a denominada ponderação¹⁵⁸.

Tal como entende o Ministro, a ponderação “é uma forma de estruturação do raciocínio que se desenrola em três etapas”. Nas palavras do Ministro:

Na primeira delas, verificam-se quais são as normas que postulam incidência sobre aquela hipótese. No nosso caso concreto, são as normas que protegem a liberdade de expressão e o direito de informação, e as normas que protegem a privacidade, a imagem e a honra. A segunda etapa da ponderação exige que se verifiquem quais

¹⁵⁶ Ministra Cármen Lúcia, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 112-113.

¹⁵⁷ Ministra Cármen Lúcia, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 113.

¹⁵⁸ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 1-2.

são os fatos relevantes. E, na terceira e última etapa, testam-se as soluções possíveis. E o ideal é que se produza a concordância prática das normas em conflito, eventualmente com concessões recíprocas. No limite, porém, muitas vezes, na hipótese de colisão de direitos fundamentais, é inevitável que se façam determinadas escolhas. Essa ponderação pode ser feita pelo legislador, em tese, ou pode ser feita pelo aplicador da lei, pelo juiz ou tribunal, em cada caso concreto¹⁵⁹.

Após explicar a técnica da ponderação, o Ministro passou a analisar o direito à liberdade de expressão. Para o Ministro, a liberdade de expressão é um direito ou uma liberdade preferencial¹⁶⁰, o que resulta em “uma transferência de ônus argumentativo”¹⁶¹. Isso significa que, se alguém pretender limitar a aplicação da liberdade de expressão em um determinado caso, essa pessoa tem o ônus de demonstrar as suas razões. Nessa lógica, o Ministro Luís Roberto Barroso entende que, *prima facie*¹⁶², é a liberdade de expressão que deve prevalecer no caso concreto. O Ministro expõe as razões porque a liberdade de expressão deve ser tratada como uma liberdade preferencial:

Portanto, a **primeira razão**, no Brasil, talvez diferentemente da Alemanha, talvez diferentemente da França ou da Europa em geral, é que, aqui entre nós, a história é tão acidentada e o histórico da liberdade de expressão tão sofrido que ela precisa ser afirmada e reafirmada, eventualmente, com certo exagero.

A **segunda razão** pela qual a liberdade de expressão deve ser tratada como uma liberdade preferencial em uma sociedade como a brasileira, e talvez nas sociedades democráticas em geral, é que a liberdade de expressão é não apenas um pressuposto democrático, como é um pressuposto para o exercício dos outros direitos fundamentais. Para exercerem-se bem os direitos políticos, o direito de participação política, a liberdade de associação, a liberdade de reunião, o próprio desenvolvimento da personalidade, é preciso que haja liberdade de expressão, é preciso que haja uma livre circulação de fatos, opiniões e ideias para que cada um possa participar esclarecidamente do debate público. Ninguém deve ter o direito de selecionar quais são as informações que podem chegar ao debate público. Portanto, a segunda razão é que, sem liberdade de expressão, não existe plenitude dos outros direitos, não existe autonomia privada, não existe autonomia pública.

E a **terceira e última razão** é que a liberdade de expressão é essencial para o conhecimento da história, para o aprendizado com a história, para o avanço social e para a conservação da memória nacional¹⁶³. (Grifos do autor)

Em outras palavras, segundo o Ministro, existem três razões para que a liberdade de expressão seja considerada uma liberdade preferencial: (1) a história autoritária do Brasil impõe a necessidade da reafirmação da liberdade de expressão; (2) a liberdade de expressão é um pressuposto para o exercício de outros direitos; e (3) a liberdade de expressão é

¹⁵⁹ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 2.

¹⁶⁰ Mais a frente, o Ministro faz referência à consolidação da tese do *preferred position* na jurisprudência da *Supreme Court*.

¹⁶¹ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 4.

¹⁶² Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 4.

¹⁶³ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 6-7.

fundamental para o conhecimento da história, para a conservação da memória nacional e para o avanço social. Com isso, o Ministro elenca também três consequências de se conferir preferência para a liberdade de expressão:

De modo que eu assento, de maneira expressa, como uma das premissas teóricas e filosóficas da minha convicção nesta matéria, como nos casos de liberdade de expressão em geral, que, no Brasil, por força da Constituição e das circunstâncias brasileiras, a liberdade de expressão deve ser tratada constitucionalmente como uma liberdade preferencial. E as consequências de se estabelecer essa premissa são igualmente três. Em primeiro lugar, ao se dizer que a liberdade de expressão é uma liberdade preferencial, estabelece-se uma primazia **prima facie** da liberdade de expressão no confronto com outros direitos fundamentais. Não uma hierarquia superior, apenas uma primazia **prima facie**, a demonstrar que aquele que pretenda cercear a liberdade de expressão em nome do direito de imagem, em nome da honra, em nome da privacidade, é essa parte que tem o ônus de demonstrar o seu direito superador da preferência da liberdade de expressão. Portanto, o ônus argumentativo de quem pretende paralisar a incidência da liberdade de expressão no caso concreto é maior, evidentemente, do que de quem esteja preservando a liberdade de expressão.

A segunda consequência dessa posição preferencial da liberdade de expressão é a forte suspeição e o escrutínio rigoroso que devem sofrer quaisquer manifestações de cerceamento da liberdade de expressão, seja legal, seja administrativa, seja judicial, ou seja privada.

A terceira e última consequência dessa preferência da liberdade de expressão é a regra da proibição da censura prévia ou da licença. Quanto a essa, nem é necessária muita elaboração teórica, porque a Constituição, em cláusula expressa em dois lugares, proíbe terminantemente a censura. No art. 5º, inciso IX, quando fala "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"; e o art. 220, § 2º, que cuida da comunicação social, provê de maneira categórica "é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística"¹⁶⁴. (Grifos do autor)

Ou seja, são três as consequências de se tomar a liberdade de expressão como uma liberdade preferencial. Em primeiro lugar, isso não significa dizer que há uma hierarquia entre direitos fundamentais, mas que há, sim, uma primazia *prima facie*, que estabelece um ônus argumentativo para quem pretenda, seja o legislador, seja o juiz, limitar a apicação da liberdade de expressão. Em segundo lugar, outra consequência, segundo o Ministro, é a "forte suspeição" que deve recair em quem pretenda limitar a liberdade de expressão. Por fim, a terceira e última consequência de tomar a liberdade de expressão como uma liberdade preferencial é a proibição da censura prévia. Para o Ministro, "deve-se dar preferência para os mecanismos de reparação **a posteriori** e não impeditivas da veiculação da fala da manifestação"¹⁶⁵ (Grifos do autor).

¹⁶⁴ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 7-8.

¹⁶⁵ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 8.

Para o Ministro, a liberdade de expressão não é garantia da verdade e nem de justiça. Isso vale especialmente para os artistas e para as pessoas que ocupam cargos públicos:

A liberdade de expressão não é garantia de verdade, nem é garantia de justiça; ela é uma garantia da democracia, e, portanto, defender a liberdade de expressão pode significar ter que conviver com a injustiça, ter eventualmente que conviver com a inverdade. Isso é especialmente válido para as pessoas públicas, sejamos nós agentes públicos, sejam os artistas¹⁶⁶.

Isso significa que a liberdade de expressão é “um valor em si relevante para as democracias”¹⁶⁷ e que as pessoas que operam no espaço público estão sujeitas a toda sorte de críticas. Nas palavras do Ministro:

O que eu quero significar é que qualquer pessoa que aceite operar no espaço público está sujeita a este tipo de crítica, está sujeita à crítica injusta e à crítica justa; está sujeita à crítica construtiva e à crítica destrutiva; está sujeita à crítica mal informada e à crítica bem informada; está sujeita à crítica bem intencionada e à crítica mal intencionada. Vem com o cargo, é o preço que nós pagamos; e acho que vem com a exposição pública de quem escolheu ganhar a vida exibindo-se - no bom sentido - para a plateia.

Portanto, eu queria registrar, porque considero isso importante, que defender a liberdade de expressão - como aqui defendo e reitero - não significa dizer que ela sempre seja protagonista da verdade ou protagonista da justiça, a liberdade de expressão é protagonista da liberdade, que é um valor em si relevante para as democracias¹⁶⁸.

Diante disso, o Ministro Luís Roberto Barroso recomenda intensamente “uma autocontenção quase absoluta do Judiciário para só intervir nas situações, como essas, de ilicitude na obtenção da informação, ou da mentira deliberada, ou algum outro fundamento de gravidade insuperável, mas por exceção manifesta”¹⁶⁹. Isso porque, como argumentou o Ministro, a Constituição de 1988 reconheceu uma prioridade *prima facie* à liberdade de expressão. O Ministro Barroso argumenta, ainda, que o lugar privilegiado da liberdade de expressão tem duas justificativas: a importância que ela tem para a *democracia* e a própria *dignidade humana*:

Este lugar privilegiado que a expressão ocupa nas ordens interna e internacional tem a sua razão de ser. Ele decorre dos próprios fundamentos filosóficos ou teóricos da sua proteção, entre os quais se destacam cinco principais. **O primeiro diz respeito à função essencial que a liberdade de expressão desempenha para a democracia.**

¹⁶⁶ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 9.

¹⁶⁷ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 10.

¹⁶⁸ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 9.

¹⁶⁹ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 10.

De fato, o amplo fluxo de informações e a formação de um debate público robusto e irrestrito constituem pré-requisitos indispensáveis para a tomada de decisões pela coletividade e para o autogoverno democrático. A segunda justificação é a própria *dignidade humana*. A possibilidade de os indivíduos exprimirem de forma desinibida suas ideias, preferências e visões de mundo, assim como de terem acesso às ideias, preferências e visões de mundo dos demais é essencial ao livre desenvolvimento da personalidade, à autonomia e à realização existencial dos indivíduos, consistindo, assim, em uma emanção da sua dignidade¹⁷⁰. (Grifos nossos)

Após considerações sobre a ausência de desenvolvimento teórico e jurisprudencial no Brasil a respeito da doutrina do *preferred position*, o Ministro reafirma que essa tese estabelece três presunções em favor da liberdade de expressão. A primeira “é a presunção de primazia da liberdade de expressão no processo de ponderação”¹⁷¹; a segunda presunção “se refere à suspeição de todas as medidas – legais, administrativas, judiciais ou mesmo privadas – que limitem a liberdade de expressão”; enquanto a última é a vedação da censura, que estabelece o dever do intérprete de realizar sanções apenas *a posteriori*, quando for o caso. Nas palavras do Ministro Barroso, “disso resulta a necessidade de conferir à liberdade de expressão uma maior margem de tolerância e imunidade e de estabelecer a vedação à censura”¹⁷².

O Ministro ainda declara que a proteção a ideias negativas, ofensivas, incomôdas e chocantes é uma exigência do pluralismo e da tolerância:

Por isso, vale o registro de que a liberdade de expressão não deve proteger somente ideias positivas, socialmente aceitas, inofensivas e neutras, mas também aquelas negativas, ofensivas, incômodas e chocantes. Essa é uma exigência do pluralismo e da tolerância, essencial em uma sociedade democrática. Ainda que **alguns tipos de discurso sejam mais protegidos que outros (o discurso político é mais tutelado que a publicidade comercial, por exemplo)**, há uma presunção de que todas as formas de expressão são, em princípio, amparadas pela liberdade de expressão¹⁷³. (Grifos nossos)

O Ministro Barroso conclui o seu voto chamando a atenção ao fato de que a dispensa de autorização prévia para pessoas retratadas em biografias não equivale a estabelecer “uma primazia absoluta e abstrata da liberdade de expressão sobre os direitos da personalidade”, já que eventuais abusos de direito e danos ilegítimos aos direitos da personalidade estão sujeitos a “intervenções *a posteriori*”. No entanto, isso não afasta a preferência pela liberdade de expressão. Como aduz o Ministro:

¹⁷⁰ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 8.

¹⁷¹ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 10.

¹⁷² Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 10-11.

¹⁷³ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 18.

A proibição de divulgação somente pode ocorrer em situações excepcionalíssimas, extremas teratológicas e justificadas por uma análise de proporcionalidade que considere a posição preferencial da liberdade de expressão. Por outro lado, não será cabível qualquer tipo de reparação pela divulgação de opiniões, juízos de valor ou fatos verdadeiros, cujo conhecimento acerca de sua ocorrência tenha sido obtido por meio lícito, presumindo-se, em nome da liberdade de expressão e de informação, o *interesse público* na livre circulação de notícias e ideias. Na dúvida, portanto, a resposta será sempre a liberdade de expressão. Na feliz frase de Louis Brandeis, “*a luz solar é o melhor dos desinfetantes*”¹⁷⁴ (Grifos do autor)

Com essas considerações, o Ministro Luís Roberto Barroso acompanhou o voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia.

Por sua vez, a Ministra Rosa Weber teceu duras críticas à limitação da liberdade de indivíduos e órgãos de imprensa que pretendam fazer críticas aos agentes públicos:

Não há dúvida de que a restrição à crítica tende a propiciar um ambiente percebido como mais confortável por aqueles investidos de autoridade na seara pública. **O regime democrático, contudo, não tolera a imposição de ônus excessivos a indivíduos ou órgãos de imprensa que se proponham a emitir publicamente opiniões, avaliações ou críticas sobre a atuação de agentes públicos**¹⁷⁵ (Grifos da autora)

A Ministra também considerou que a proteção constitucional abarca as afirmações “destemperadas, descuidadas, irrefletidas, e até mesmo profundamente equivocadas”¹⁷⁶, que, no debate, são “inevitáveis”¹⁷⁷. Do ponto de vista da Ministra Rosa Weber, essas “manifestações indesejáveis”¹⁷⁸ também estão abarcadas pelo “escopo da proteção à liberdade de expressão, sob pena de se desencorajarem pensamento e a imaginação, em contradição direta com a diretriz insculpida no **art. 220, caput, da Carta da República**”¹⁷⁹ (Grifos da autora)

Em sentido próximo, o Ministro Luiz Fux aduziu que a “liberdade de expressão permite que ideias minoritárias no bojo de uma sociedade possam ser manifestadas e debatidas publicamente”¹⁸⁰. Por outro lado, “o discurso *mainstream*, amplamente aceito pela opinião pública, não precisa de tal proteção”¹⁸¹. E conclui: “cabe ao Judiciário,

¹⁷⁴ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 22-23.

¹⁷⁵ Ministra Rosa Weber, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 16.

¹⁷⁶ Ministra Rosa Weber, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 15.

¹⁷⁷ Ministra Rosa Weber, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 15.

¹⁷⁸ Ministra Rosa Weber, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 16.

¹⁷⁹ Ministra Rosa Weber, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 15.

¹⁸⁰ Ministro Luiz Fux, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 4.

¹⁸¹ Ministro Luiz Fux, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 4.

consectariamente, cumprir a sua função contramajoritária, assegurando a divulgação até mesmo de ideias inconvenientes perante a visão da maioria da sociedade”¹⁸².

Como dissemos, o Caso das Biografias foi decidido por unanimidade pela Suprema Corte, vez que o Plenário seguiu o voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia. Nos votos, os Ministros fizeram verdadeira homenagem à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa no sentido de afastar qualquer censura prévia particular em relação às biografias. No entanto, os direitos da personalidade não foram ignorados, sendo possível, excepcionalmente, a responsabilização de eventuais dados *a posteriori*. Como defendemos, é nesse sentido que deve ser interpretada a Ementa do Tribunal quando aduz:

Em vista da coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias”¹⁸³.

Em linhas gerais, o Caso das Biografias, julgado em 2015, estabeleceu com clareza a importância e a posição de preferência das liberdades frente a outros direitos. Isso porque, nos termos dos votos dos Ministros, o exercício das liberdades é fundamental para a democracia e ajuda a aprimorar o debate público. Essa ideia de que a defesa das liberdades é importante porque favorece a democracia foi desenvolvida originalmente na jurisprudência e no debate acadêmico nos Estados Unidos. Entretanto, a defesa das liberdades a partir simplesmente de um ideal de democracia também pode fundar limitações ao *free speech*.

¹⁸² Ministro Luiz Fux, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 4.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/DF. Relatora: Cármen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 fev. 2015.

3 LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Entre os *founding fathers* dos Estados Unidos, James Madison foi um dos principais idealizadores do sistema americano atual. Durante o processo de independência, Madison defendeu a instituição de uma república federal pautada na representação em oposição à forma confederada que as colônias assumiram após a independência.

No processo constituinte das últimas décadas do século XVIII, Madison e seus aliados defenderam a forma de um governo central e pautado na representação, em franca oposição ao ímpeto mais democrático dos antifederalistas. Ele duvidava seriamente da capacidade intelectual e moral dos legislativos estaduais da Confederação. No entanto, Madison não pretendia restringir o direito de participação, mas incrementá-lo.

3.1. Os madisonianos

Como ensina Heloísa Starling, Madison considerava “bem-vinda a ampliação da cidadania, a experiência de participação política e identificava na esfera da pólis o elemento de equilíbrio político entre estratos sociais muito diferentes”¹⁸⁴. Madison e muitos adeptos de sua concepção federalista se preocupavam com o caminho que a país tomaria caso fosse deixado à mercê das vontades majoritárias expressas nas legislaturas estaduais do período da Confederação. Madison construiu a ideia de representação republicana para filtrar as vontades majoritárias representadas nas assembleias legislativas estaduais e apontá-las para a causa do interesse comum. No entanto, como explica Starling:

Evidentemente, Madison desconfiava do potencial democrático de uma república em que todo o tipo de gente deveria estar diretamente representado no Legislativo – e o mecanismo de filtragem de opiniões era apenas parte do conjunto de *remetidos republicanos* inventados por ele para manter a nova ordem política afastada dos perigos da corrupção. Os federalistas estavam firmemente convencidos de que o objetivo comum do corpo de representantes era identificar o bem público – e, por essa razão, não deveriam ser transformados na vocalização pública dos interesses locais de um distrito ou região¹⁸⁵.

Ou seja, Madison estava convencido de que o melhor caminho para os estados recém independentes era a república federal, na medida em que essa forma de Estado é a mais apta a

¹⁸⁴ STARLING, Heloisa Maria Murgel. A matriz norte-americana. In: BIGNOTTO, Newton. **Matrizes do republicanismo**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013, p. 282.

¹⁸⁵ STARLING, Heloisa Maria Murgel. A matriz norte-americana, *Op.cit.*, p. 295.

identificar e realizar o bem público. O bem público esse que estava constantemente ameaçado pela formação de maiorias legislativas estatuais identificadas com os interesses de algumas facções. Contra isso, Madison argumentou a favor da necessidade de partilhar e misturar os poderes, além de aumentar a participação do executivo. Essa forma de Estado munia a república da capacidade de agir contra a usurpação do poder e o monopólio do poder por alguns grupos¹⁸⁶. Daí que Madison certa vez escreveu:

Se os homens fossem governados por anjos, dispensar-se-iam os controles internos e externos. Ao constituir-se um governo – formando por homens que terão autoridade sobre os outros homens – a grande dificuldade está em que se deve primeiro habilitar o governo a controlar o governado e, depois, obriga-lo a controlar-se a si mesmo¹⁸⁷.

A ideia de Madison era de que isso evitaria as usurpações de poder por parte de facções que não visavam o bem público, mas os seus interesses particulares. A maneira como a Confederação estava organizada viabilizava a formação de maiorias tirânicas que oprimiam os direitos das minorias. A aposta de Madison foi na pluralidade. Era preciso criar as condições para que a diversidade de interesses concorrentes inviabilizasse a formação de facções tirânicas sobre os direitos das minorias¹⁸⁸.

A concepção madisoniana de república fornece um parâmetro para se pensar a *First Amendment* a partir de uma perspectiva particular de democracia¹⁸⁹. Essa concepção foi prioneiramente elaborada por Alexander Meiklejohn, em sua obra intitulada *Political Freedom*¹⁹⁰. Para Meiklejohn, a liberdade de espírito não é inata à natureza humana. Ela pode ser cultivada, e a Primeira Emenda não proíbe que o Estado atue no sentido de cultivá-la nos cidadãos. Ao contrário, a Primeira Emenda dá ao Estado essa responsabilidade:

A liberdade de espírito que convém aos membros de uma sociedade autônoma não é uma parte determinada e fixa da natureza humana. Ela pode ser aumentada e estabelecida pela aprendizagem, pelo ensino, pelo fluxo desimpedido de

¹⁸⁶ STARLING, Heloisa Maria Murgel. A matriz norte-americana, *Op.cit.*, p. 297.

¹⁸⁷ MADISON, James. Art. 51. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **Os Artigos Federalistas**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 350.

¹⁸⁸ STARLING, Heloisa Maria Murgel. A matriz norte-americana, *Op.cit.*, p. 297.

¹⁸⁹ SUNSTEIN, Cass R.. **Democracy and the Problem of Free Speech**. New York: The Free Press, 1995. Kindle edition, Introdução. A numeração das páginas da introdução não está disponível neste *ebook*. Em *One case at a time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Sunstein defende que a intervenção regulatória do Estado é justificada se visar promover e incrementar o regime democrático. Ver: SUNSTEIN, Cass R.. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University, 1999, p. 176.

¹⁹⁰ MEIKLEJOHN, Alexander. **Political Freedom: The Constitutional Powers of the People**. New York: Oxford University Press, 1965. Ver também: MEIKLEJOHN, Alexander. **Free Speech and Its Relation to Self-Government**. New York: Harper Brothers Publishers, 1948.

informações corretas, dando saúde aos homens, vigor e segurança, reunindo-os em atividades de comunicação e compreensão mútua. E a legislatura federal não está impedida de envolver-se naquele empreendimento positivo de cultivar a inteligência geral sobre a qual o sucesso do governo autônomo, obviamente, depende. Pelo contrário, nesse campo positivo, o Congresso dos Estados Unidos tem uma responsabilidade difícil e básica para promover a liberdade de expressão. (MEIKLEJOHN, 1965, p. 20, tradução nossa)¹⁹¹

Na concepção madisoniana, a Primeira Emenda está ligada, especificamente, à implementação de um governo autônomo e democrático. Nesse perspectiva, o constitucionalismo americano pretende criar as condições para uma democracia deliberativa, e não apenas proteger interesses privados preexistentes ou servir a pressões particulares. Ao contrário, ele é projetado para garantir a participação de diferentes perspectivas que podem influenciar na deliberação e na construção dos rumos do governo. Entretanto, como explica Sunstein:

Nesta visão, o princípio da liberdade de expressão não se estende apenas ao discurso que contribui para a deliberação democrática, mas também e igualmente a formas de expressão tais como o discurso sexualmente explícito, a música, a arte, o discurso científico e o discurso comercial. Daqui resulta que a Primeira Emenda deve ser entendida como um princípio que não se limita às suas origens históricas particulares, que eram em grande parte políticas. (SUNSTEIN, 1995, introdução, tradução nossa)¹⁹².

Ou seja, na concepção madisoniana, a liberdade de expressão não se limita apenas à deliberação democrática, mas também se dá como a possibilidade de outras formas de expressão. É preciso que seja assim mesmo, porque a linha divisória traçada entre os discursos que são importantes para a deliberação política e aqueles que não o são é sempre de alguma forma arbitrária.

Uma outra forma de compreender a perspectiva madisoniana é investigar o seu desenvolvimento nos julgamentos da Suprema Corte Americana a respeito do *free speech*. Quando, nos *dissents* das decisões da Corte durante a primeira metade do século XX, Holmes Jr. e Brandeis defenderam a liberdade para o discurso com manifestações memoráveis, eles

¹⁹¹ The freedom of mind which befits the members of a self-governing society is not a given and fixed part of human nature. It can be increased and established by learning, by teaching, by the unhindered flow of accurate information, by giving men health and vigor and security, by bringing them together in activities of communication and mutual understanding. And the federal legislature is not forbidden to engage in that positive enterprise of cultivating the general intelligence upon which the success of self-government so obviously depends. On the contrary, in that positive field the Congress of the United States has a heavy and basic responsibility to promote the freedom of speech.

¹⁹² On this view, the free speech principle extends not simply to speech that contributes to democratic deliberation, but also and equally to such forms of expression as sexually explicit speech, music, art, scientific speech, and commercial speech. It follows that the First Amendment should be understood to set out a principle not limited to its particular historical well-springs, which were largely political.

muitas vezes partiram de perspectivas bastante diferentes. Ao passo que Holmes se baseou no mercado livre de ideias e em um ceticismo sobre a verdade aos moldes de Mill, sem nenhuma defesa clara do debate político, Brandeis trouxe uma perspectiva genuinamente madisoniana ao enfatizar a virtude política e o espírito público. Assim, em seu voto em *Whitney vs. California*¹⁹³, de 1927, Brandeis afirmou que “as forças deliberativas devem prevalecer sobre a arbitrariedade”¹⁹⁴ e que “aquela discussão pública é um dever político, e que isso deveria ser um princípio fundamental do governo americano”¹⁹⁵. (*Whitney vs. California*, 274 U.S. 357 de 1927, tradução nossa). A aliança entre Holmes Jr. e Brandeis era contingente. Eles provavelmente ficariam em lados opostos em outros casos. Como Sunstein argumenta:

E se um mercado de ideias permite pouco em termos de deliberação e discussão política? E se o mercado dá pouca atenção às questões públicas e à diversidade de visões? E se as despesas com o discurso refletissem grandes disparidades na riqueza? E se o mercado às vezes ajudar a produzir um “povo inerte”? E se o governo do Reino Unido não tiver interesse em promover a atenção para questões públicas e para a diversidade de visões? Aqui, Holmes e Brandeis seriam separados. Aqui, a concepção mercadológica do discurso competiria com a concepção cívica. Os dois seriam antagonistas, não aliados. Sugiro que é exatamente isso o que está acontecendo com a liberdade de expressão na era moderna. (SUNSTEIN, 1995, Introdução, tradução nossa)¹⁹⁶.

Ou seja, apesar de ambos terem defendido o *free speech*, Holmes e Brandeis tinham concepções diferentes sobre ele, e essa diferença de concepções é representativa da divisão atual de perspectivas sobre a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa. Ao passo que, em Holmes, o *free speech* se funda em um ceticismo em relação às compreensões dominantes sobre a verdade e em uma interpretação do mercado livre de ideias¹⁹⁷, em Brandeis, a liberdade se funda na promoção da deliberação e da discussão política.

Sunstein propõe uma analogia entre os defensores da perspectiva de mercado anterior ao New Deal e aqueles que defendem, hoje, a proteção absoluta ao *free speech*. Da mesma forma, propõe uma analogia entre aqueles que compreenderam e defenderam a ideia do New

¹⁹³ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 de 1927.

¹⁹⁴ The deliberative forces should prevail over the arbitrary.

¹⁹⁵ That public discussion is a political duty, and that this should be a fundamental principle of the American government.

¹⁹⁶ What if a marketplace of ideas allows for little in the way of political deliberation and discussion? What if the marketplace yields little attention to public issues and diversity of view? What if expenditures on speech reflect large disparities in wealth? What if the marketplace sometimes helps produce an “inert people”? What if government tries to regulate the marketplace in the interest of promoting attention to public issues and diversity of view? Here Holmes and Brandeis would be split apart. Here the marketplace conception of speech would compete with the civic competition. The two would be antagonists, not allies. I suggest that this is exactly what is happening to freedom of speech in the modern era.

¹⁹⁷ SUNSTEIN, Cass R. **Democracy and the Problem of Free Speech**. *Op. Cit.*, p. 25.

Deal proposta por Roosevelt e os que defendem uma revisão na compreensão atual da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa.

3.2 Os *new dealers*

Quando o Presidente Franklin Delano Roosevelt propôs o New Deal, ele era um plano ambicioso que revia em grande medida a compreensão dos americanos sobre o mercado. Até a *Great Depression* de 1929, a perspectiva majoritária nos Estados Unidos era de que o Estado não deveria intervir na economia do país. Fundada em uma compreensão que tem raízes no liberalismo clássico, baseava-se na concepção de que o mercado era naturalmente regido por certas leis e que qualquer intromissão do governo no mercado era, além de injustificada, prejudicial à economia.

Com o advento da Grande Depressão, entretanto, Roosevelt propôs uma vigorosa revisão dessa maneira de se compreender a economia. Para o presidente, a concepção do livre mercado havia se mostrado equivocada e foi a principal causa da crise econômica a que os Estados Unidos e o mundo haviam sido lançados. Em outras palavras, fora a desregulamentação da economia, e não sua regulamentação, a causa da crise. Diante disso, Roosevelt passou a defender sob o nome de New Deal uma ampla regulamentação do mercado. Para ele e os demais os *new dealers*, a omissão do Estado em regulamentar o mercado implicava uma escolha deliberada de deixar a economia à mercê, não de leis naturais e invariáveis, mas de privilégios e arbitrariedades de alguns agentes econômicos.

Os opositores do New Deal defendiam que um mercado desregulamentado implicava a garantia da liberdade dos indivíduos, ao passo que a regulamentação significaria um desrespeito dessas mesmas liberdades. Por sua vez, Roosevelt defendia que a desregulamentação do mercado não era garantia de liberdade, mas, ao contrário, muitas vezes significava o consentimento tácito do governo em relação a arbitrariedades por parte de alguns agentes econômicos que repercutia no gozo das liberdades por parte de outrem.

É interessante notar que a sociedade americana enfrentou um debate semelhante há menos tempo. Em 2008, quando a bolha do mercado imobiliário americano estourou, o Presidente George W. Bush fez uma declaração emblemática:

Eu acredito muito na livre iniciativa, por isso o meu instinto natural é se opor a intervenção do governo. Eu acredito que as empresas que tomam más decisões devem sair do mercado. Em circunstâncias normais, eu teria seguido esse curso. Mas estas não são circunstâncias normais. O mercado não está funcionando corretamente.

Houve uma perda generalizada de confiança, e grandes setores do sistema financeiro da América estão em risco¹⁹⁸

Ou seja, mesmo o Presidente Bush, defensor da liberdade de mercado, confessou a necessidade de intervenção no mercado para lidar com a crise de 2008. Posteriormente, o Presidente Barack Obama argumentou que a maneira de atuação do mercado à época tornava necessário que o governo tomasse as rédeas de alguns setores da economia. Para Obama, um dos problemas, percebidos pela população americana, era que a não regulamentação do mercado implicava a anuência do governo com práticas econômicas que geravam ônus para os próprios americanos. O Presidente Obama deu vozes à indignação popular:

Esta é a América. Aqui não menosprezamos a riqueza. Não invejamos ninguém por ter sucesso. E certamente acreditamos que o sucesso deva ser recompensado. Mas o que deixa o povo frustrado – e com razão – é ver executivos recompensados pela incompetência, principalmente quando essas recompensas são subsidiadas pelos contruintes dos Estados Unidos, vários dos quais estão passando por momentos difíceis. (OBAMA, 2009, tradução nossa)¹⁹⁹

Esse pronunciamento evidencia um problema que analogicamente ocorre também na ausência de regulamentação do discurso. Para alguns, assim como a não regulamentação do mercado não é *neutra* do ponto de vista das consequências, mas promove um estado de coisas mais justo ou menos justo, também a não regulamentação do discurso não necessariamente resulta em uma situação mais justa.

A garantia governamental do pleno direito de propriedade de alguém sobre um conglomerado midiático e, assim, do direito de usá-lo como bem entender pode gerar mais espaço para um determinado discurso e a supressão de outros. Da mesma forma, a regulamentação desse direito de propriedade sobre o veículo de mídia, no sentido de que ele promova um bem público, também implica consequências diversas para a maior ou menor liberdade de discurso de uns e de outros. Para alguns, o Estado não é o único censor, e nem mesmo o mais atuante²⁰⁰.

¹⁹⁸ BALIEIRO, Fabiana Pires e Silva. O mundo depois da crise de 2008. **Época Negócios**. São Paulo: 25 set. 2013.

¹⁹⁹ This is America. We don't disparage wealth. We don't begrudge anybody for achieving success. And we certainly believe that success should be rewarded. But what gets people upset -- and rightfully so -- are executives being rewarded for failure, especially when those rewards are subsidized by U.S. taxpayers, many of whom are having a tough time themselves.

²⁰⁰ LIMA, Venício A. de. A censura disfarçada. In: GUIMARÃES, Juarez (Org.); LIMA, Venício A. de. (Org.). **Liberdade de expressão**: as várias faces de um desafio. São Paulo: Paulus, 2013, p. 88.

3.3. O privilégio da imprensa

Ao analisar a imprensa, Venício de Lima afirma que existe um tipo de censura que decorre da própria estrutura do mercado das empresas midiáticas. O mercado da mídia é organizado de tal maneira que existe grande concentração de propriedade, o que gera instabilidade econômica em várias empresas jornalísticas. Nas palavras de Venício de Lima:

Desde quando a imprensa se transforma em *instituição*, ou melhor, em *empresa capitalista*, sua relação direta com a liberdade de expressão individual deixa de existir. Ela não guarda mais relação direta com o que se pretende por liberdade da imprensa dos grandes conglomerados globais de comunicação e entretenimento, muito deles com orçamentos superiores àqueles da maioria dos Estados membros das Nações Unidas²⁰¹.

Para o autor, essa preocupação existe desde o início do século XX. A imprensa tradicional se transformou em uma empresa e, com isso, passou a operar dentro da lógica capitalista. É que, na prática, os grandes conglomerados contemporâneos de imprensa atuam fazendo monopólios virtuais de criação, reprodução e manutenção de capital simbólico segundo a lógica do poder. Daí que os grandes conglomerados midiáticos não podem ser vistos apenas segundo a lógica da vulnerabilidade diante do poder de censura do Estado. Ao contrário, esses mesmos conglomerados praticam uma forma de monopólio e, consequentemente, também de censura, que muitas vezes ultrapassa a própria capacidade de censura dos Estados.

Nos Estados Unidos, a discussão sobre a poder e os privilégios da imprensa ajuda a pensar algumas questões importantes sobre a *freedom of the press*. No caso *Branzburg vs Hayes*²⁰², de 1972, a Suprema Corte concordou em rever três casos nos quais repórteres haviam se recusado a testemunhar perante o grande júri mesmo sendo intimados a comparecer. Em relação a essa questão, que passou a ser conhecida como “o privilégio do repórter”, a Suprema Corte, por maioria de cinco contra quatro, rejeitou as alegações dos repórteres sob o seguinte argumento redigido por *justice* Byron R. White:

A questão nestes casos é se a exigência de que jornalistas compareçam e testemunhem perante grandes júris federais ou estaduais cerceia a liberdade de expressão e de imprensa garantida pela Primeira Emenda. Julgamos que não. (*Branzburg vs. Hayes*, 408 U.S. 665 de 1972, tradução nossa)²⁰³.

²⁰¹ LIMA, Venício A. de. A censura disfarçada, *Op.cit.*, p. 99.

²⁰² *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 de 1972.

²⁰³ The issue in these cases is whether requiring newsmen to appear and testify before state or federal grand juries abridges the freedom of speech and press guaranteed by the First Amendment. We hold that it does not.

A maioria apertada em desfavor da imprensa e a relutância de alguns votos da maioria fizeram com que a discussão acerca dos privilégios da imprensa e a sua relação com a Primeira Emenda continuasse na ordem do dia. Isso fez com que, nas décadas posteriores ao julgamento, decisões em várias instâncias estaduais confrontassem o entendimento da Suprema Corte sobre o assunto, ao menos o entendimento expresso formalmente pela maioria (já que existia um debate sobre se os fundamentos de alguns votos da maioria não representavam, na prática, um apoio velado à tese vencida dos privilégios da imprensa).

Para Owen Fiss, a decisão controversa da Suprema Corte Americana em *Branzburg vs Hayes*²⁰⁴ evidencia que a interpretação da amplitude de proteção ao *free speech* pressupõe um juízo sobre a relevância deste e de outros valores. Segundo Fiss, apesar do liberal clássico tomar a Primeira Emenda como uma apoteose, a *Supreme Court* sempre a considerou como um comando para traçar os limites para a regulação das liberdades de expressão e de imprensa por parte do Estado, e não como uma barreira absoluta²⁰⁵. De acordo com o autor, a jurisprudência da Corte evidencia que os ministros sempre consideraram que é preciso fazer um balanço entre a demanda pela liberdade de expressão e de imprensa e outros interesses importantes do Estado que demandam uma regulamentação dessas liberdades: os *countervailing*.

3.4 Valores e contravalores

Segundo Fiss, esses contravalores sempre foram levados em conta pela Corte²⁰⁶. Se atentarmos, por exemplo, para os famosos casos da *Warren Court* que privilegiaram a liberdade de expressão e se tornaram verdadeiros *landmarks* da liberdade na história da jurisprudência dos Estados Unidos, tais como *New York Times vs. Sullivan* (1964) e *Brandenburg vs. Ohio* (1969), também ali ocorreu certo balanço de valores pela Corte. Ocorre que, naqueles casos, o contravalor trazido pelo Estado não teve o apelo suficiente para superar o valor liberdade de expressão.

²⁰⁴ *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 de 1972.

²⁰⁵ FISS, Owen M. **The Irony of Free Speech**. London: Harvard University Press, 1996. Kindle edition, p. 40. A numeração das páginas não está disponível neste ebook. Usamos a “localização” da edição do Kindle.

²⁰⁶ FISS, Owen M. **The Irony of Free Speech**, *Op.cit.*, p. 66.

Para Fiss, a perspectiva segundo a qual qualquer regulação da liberdade é impossível data do liberalismo do século XIX²⁰⁷. Essa forma de liberalismo se caracteriza pelas reivindicações a respeito da liberdade individual e por uma forte demanda pela limitação do governo. De acordo com Fiss, a transformação da ordem constitucional e também do liberalismo não foi obra apenas da Suprema Corte. Ao contrário, vários ramos do governo juntaram esforços para efetivarem essa mudança durante a década de 1960 nos Estados Unidos. Mais ainda: o liberalismo contemporâneo continua comprometido em fornecer melhores condições para os menos favorecidos²⁰⁸.

Isso significa que o valor da igualdade, segundo Fiss, deve ser fortemente levado em conta no debate atual. O autor defende, ainda, que não há nenhuma razão *a priori* para privilegiar o valor da liberdade em relação ao valor da igualdade, ou, nos termos do constitucionalismo americano, privilegiar a *First Amendment* em detrimento da *Fourteenth*²⁰⁹. Para Fiss, não é plausível propor a primazia da igualdade sobre a liberdade, assim como não é razoável propor a primazia da liberdade sobre a igualdade²¹⁰. É preciso reconhecer, assim, a dificuldade inerente em escolher entre esses dois valores igualmente importantes.

Para Fiss, o valor subjacente à Primeira Emenda é o nosso direito e o nosso dever de nos governar por deliberação e reflexão²¹¹. Essa perspectiva, entretanto, fatalmente implica o favorecimento de uma forma de expressão em relação a outra. Por exemplo, na medida em que mulheres, pobres e outras minorias são geralmente menos ouvidos no espaço público, o Estado deverá, em nome do aprofundamento da democracia, privilegiar esses discursos em detrimento dos demais:

O Estado não está tentando arbitrar entre os interesses autoexpressivos dos vários grupos, mas sim tentando estabelecer pré-condições essenciais para a autogovernança coletiva, assegurando que todos os lados sejam apresentados ao público. Se isso pudesse ser realizado simplesmente capacitando os grupos desfavorecidos, o objetivo do Estado teria sido alcançado. Mas nossa experiência com programas de ação afirmativa e similares nos ensinou que o assunto não é tão simples. Às vezes, precisamos baixar as vozes de alguns para ouvir as vozes dos outros. (FISS, 1996, p. 177, tradução nossa)²¹².

²⁰⁷ FISS, Owen M. *The Irony of Free Speech*, *Op.cit.*, p. 82.

²⁰⁸ FISS, Owen M. *The Irony of Free Speech*, *Op.cit.*, p. 87.

²⁰⁹ FISS, Owen M. *The Irony of Free Speech*, *Op.cit.*, p. 116.

²¹⁰ FISS, Owen M. *The Irony of Free Speech*, *Op.cit.*, p. 116.

²¹¹ FISS, Owen M. *The Irony of Free Speech*, *Op.cit.*, p. 505.

²¹² The state is not trying to arbitrate between the self-expressive interests of the various groups but rather trying to establish essential preconditions for collective self-governance by making certain that all sides are presented to the public. If this could be accomplished by simply empowering the disadvantaged groups, the state's aim would be achieved. But our experience with affirmative action programs and the like has taught us that the matter is not so simple. Sometimes we must lower the voices of some in order to hear the voices of others.

Em outras palavras, o desafio dessa perspectiva é que não basta simplesmente buscar criar as condições mínimas para que todas as pessoas participem do autogoverno. Algumas vezes é preciso restringir a participação de um para dar lugar à do outro sistematicamente excluído. Para Fiss, isso significa que, em alguns casos, o Estado buscará sufocar o debate aberto, e para tanto a *First Amendment* é o mecanismo correto para evitar esses abusos, em outros, o Estado pode agir em sentido contrário: para promover a robustez do debate público:

Ele pode ter que alocar recursos públicos – distribuir megafones – para aqueles cujas vozes não seriam ouvidas na praça pública. Ele pode até ter que silenciar as vozes de alguns para que possa ouvir as vozes dos outros. Às vezes, simplesmente não existe outra maneira. (FISS, 1996, l. 35, tradução nossa)²¹³.

Segundo Fiss, isso representa uma alternativa em relação à forma de se conceber um Estado. Ao invés de concebê-lo como necessariamente um inimigo do indivíduo, a perspectiva republicana concebe o Estado de uma maneira mais favorável, isto é, ele pode ser um agente transformador da realidade social. Entretanto, é preciso lembrar que:

Nunca devemos esquecer o potencial do Estado em oprimir, nunca, mas, ao mesmo tempo, devemos contemplar a possibilidade de que o Estado use seus consideráveis poderes para promover metas que estão no cerne de uma sociedade democrática – igualdade e, talvez, a própria liberdade de expressão. (FISS, 1996, p. 273, tradução nossa)²¹⁴.

Isso significa que dizer que o Estado é capaz de gerar mais liberdade não significa dizer que não devemos nos preocupar com o seu possível autoritarismo a partir da ingerência injusta nos direitos individuais. A ameaça do Estado ainda existe, mas Fiss propõe concebê-lo de forma neutra, que não tenda a exacerbar nem seus aspectos positivos, nem os negativos. Nesses termos, Fiss critica a posição liberal clássica, já que, “tal visão, é claro, desafia os princípios do liberalismo clássico, que coloca o Estado em guerra com a liberdade, e concebe a Primeira Emenda como pouco mais do que um mecanismo de deter a mão do policial”. (FISS, 1996, p. 509, tradução nossa)²¹⁵. Ao contrário, Fiss não vê problemas na intervenção

²¹³ It may have to allocate public resources-hand out megaphones-to those whose voices would not otherwise be heard in the public square. It may even have to silence the voices of some in order to hear the voices of the others. Sometimes there is simply no other way.

²¹⁴ We should never forget the potential of the state for oppression, never, but at the same time, we must contemplate the possibility that the state will use its considerable powers to promote goals that lie at the core of a democratic society-equality and perhaps free speech itself.

²¹⁵ Such a view, of course, challenges the tenets of classical liberalism, which puts the state at war with liberty and conceives of the First Amendment as little more than a mechanism to stay the hand of the policeman.

do Estado em vista de garantir o igual direito de grupos em situação de invisibilidade. O Estado pode atuar para favorecer a pluralidade do debate público²¹⁶. Como afirma Fiss:

Enquanto alguns se voltaram para o Estado como um mecanismo para controlar o poder do monopólio – como um mecanismo para aperfeiçoar o mercado – outros tiveram em mente um propósito mais amplo, mais político ou constitucional: cumprir as pré-condições de autogoverno democrático. (FISS, 1996, p. 551, tradução nossa)²¹⁷.

A perspectiva de Fiss de que a regulação do discurso pelo Estado pode resultar em maior consideração pela igualdade e no aprimoramento do debate público foi considerada em diversos votos no Caso da Lei de Imprensa. Nesse julgamento, às considerações elogiosas sobre as liberdades de expressão e de imprensa que abordamos acima se seguiram também preocupações com outros valores.

3.5 O temor da desregulamentação do discurso

No julgamento da ADPF 130, o Ministro Joaquim Barbosa votou em sentido parcialmente divergente em relação ao voto do Relator. O Ministro resgatou a concepção de Fiss para defender que “nem sempre o Estado exerce uma influência negativa no campo das liberdades de expressão e de comunicação”²¹⁸ e que o “Estado pode, sim, atuar em prol da liberdade de expressão, e não apenas como seu inimigo, como pode parecer a alguns”²¹⁹. Partindo de Fiss, o Ministro chama a atenção para os riscos do “ultraliberalismo”:

É tendo em mente esses riscos que o ultraliberalismo pode trazer que eu, a exemplo de Fiss, penso que sem dúvida o Estado pode, sim, ser um opressor da liberdade de expressão, mas ele pode ser também uma fonte de liberdade, desobstruindo os canais de expressão que são vedados àqueles que muito buscam, conscientemente ou inconscientemente, silenciar e marginalizar. Lamentavelmente, esses aspectos da questão não estão examinados pela Corte no julgamento deste caso²²⁰.

²¹⁶ FISS, Owen M. *The Irony of Free Speech*, *Op.cit.*, p. 495.

²¹⁷ While some turned to the state as a mechanism for curbing monopoly power-as a mechanism for perfecting the market-others had a broader, more political or constitutional purpose in mind: to fulfill the preconditions of democratic self-governance.

²¹⁸ Ministro Joaquim Barbosa, nos autos do ADPF 130/DF, p. 3-4.

²¹⁹ Ministro Joaquim Barbosa, nos autos do ADPF 130/DF, p. 3-4.

²²⁰ Ministro Joaquim Barbosa, nos autos do ADPF 130/DF, p. 5.

Ou seja, o Ministro Joaquim Barbosa enxergou em alguns dispositivos da Lei de Imprensa a regulamentação necessária da atividade da imprensa. É especialmente importante, do ponto de vista do Ministro, preservar os artigos 20, 21 e 22, que estabeleciam penas para a calúnia, difamação e injúria da seguinte forma:

Art . 20. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:
Pena: Detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários-mínimos da região.

Art . 21. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:
Pena: Detenção, de 3 (três) a 18 (dezoito) meses, e multa de 2 (dois) a 10 (dez) salários-mínimos da região.

Art . 22. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decôro:
Pena: Detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa de 1 (um) a 10 (dez) salários-mínimos da região.

Para o Ministro Joaquim Barbosa, dispositivos como esses são importantes porque determinam uma medida para o estabelecimento, por exemplo, de indenizações, não deixando o arbitramento simplesmente a cargo do Judiciário.

No mesmo sentido, a Ministra Ellen Gracie defendeu a constitucionalidade dos artigos 20, 21 e 22 da Lei de Imprensa, além de outros. Posteriormente, o Ministro Joaquim Barbosa reajustou seu voto para acompanhar a Ministra no sentido da constitucionalidade também, entre outros, do artigo 14 da Lei de Imprensa, que diz o seguinte:

Art . 14. Fazer propaganda de guerra, de processos para subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe:
Pena: de 1 a 4 anos de detenção.

Do ponto de vista do Ministro, simplesmente suprimir esses dispositivos significaria propiciar a livre circulação de preconceitos de raça ou classe:

Quanto aos preconceitos de raça e de classe, também mencionados nos mesmos dispositivos, creio que suprimir pura e simplesmente as expressões a eles correspondentes equivalerá, na prática, a admitir que, doravante, a proteção constitucional à liberdade de imprensa compreende também a possibilidade de livre veiculação desses preconceitos, sem qualquer possibilidade de contraponto por parte dos grupos atingidos²²¹.

Ou seja, os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie votaram pela procedência parcial do pedido, salvaguardando a constitucionalidade de alguns artigos da Lei de Imprensa.

²²¹ Ministro Joaquim Barbosa, nos autos do ADPF 130/DF, p. 7.

A Ministra divergiu do Relator também quanto ao que chamou de “hierarquia entre os direitos fundamentais”²²². Nas palavras da Ministra:

Não descuido, tal como fez o nobre relator, do dogma, conquistado a duras penas pelos Estados Democráticos de Direito, de que a imprensa é essencialmente livre ou, então, não é imprensa, não podendo o Estado cair na tentação de se fazer intermediário entre as atividades de expressão e informação e a sociedade. No entanto, não enxergo, com a devida vênica, uma hierarquia entre os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal que pudesse permitir, em nome do resguardo de apenas um deles, a completa blindagem legislativa desse direito aos esforços de efetivação de todas as demais garantias individuais²²³.

Em outras palavras, a Ministra Ellen Gracie contestou a tese do Ministro Carlos Ayres Britto quanto à primazia das liberdades de expressão *lato sensu* em relação a outros direitos fundamentais.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio Mello afirmou que a imprensa brasileira já seria livre no marco da Lei de Imprensa. Além disso, insinuou que a concepção contrária, de que esta não seria livre, está baseada em uma concepção da liberdade de expressão como direito absoluto. Em suas palavras:

Não posso - a não ser que esteja a viver em outro Brasil - dizer que nossa imprensa hoje é uma imprensa cerceada, presente a Lei no 5.250/67. Digo - e sou arauto desse fenômeno - que se tem uma imprensa livre, agora, claro, sem que se reconheça direito absoluto, principalmente considerada a dignidade do homem. Em relação a homem público ou privado, pouco importa, a dignidade há de ser mantida²²⁴.

O Ministro também desafiou os seus pares a indicar “qual é o preceito fundamental descumprido a respaldar o acolhimento de pedido formulado na inicial desta ação?”²²⁵. Também demonstrou preocupação com a ausência de dispositivo legal que regulasse com clareza a imprensa: “o que ocorrerá no dia seguinte, quando não mais vigente esse diploma?”²²⁶. A alteração desse marco legal, segundo o Ministro, deveria ser feita pelo Poder Legislativo, e não pelo Judiciário. Em suas palavras:

Deixemos à carga de nossos representantes, dos representantes do povo brasileiro - e temos presente no Plenário um deles e que por sinal, bem representa o meu Estado de origem, Deputado Federal Miro Teixeira, que sustentou da tribuna em nome do argüente, Partido Democrático Trabalhista -, dos representantes dos Estados e,

²²² Ministra Ellen Gracie, nos autos do ADPF 130/DF, p. 3.

²²³ Ministra Ellen Gracie, nos autos do ADPF 130/DF, p. 3.

²²⁴ Ministro Marco Aurélio Mello, nos autos do ADPF 130/DF, p. 8.

²²⁵ Ministro Marco Aurélio Mello, nos autos do ADPF 130/DF, p. 10.

²²⁶ Ministro Marco Aurélio Mello, nos autos do ADPF 130/DF, p. 10.

portanto, deputados e senadores, a edição de lei que substitua a em exame, sem ter-se, enquanto isso, o vácuo - como disse - que só leva à babel, à bagunça, à insegurança jurídica, inclusive quanto ao direito de resposta previsto na Constituição Federal, mas sem que esta explicita as necessárias balizas²²⁷.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes fez uma análise das diferentes tradições ou modelos de interpretação da Primeira Emenda, dando especial atenção à concepção madisoniana. Após fazer referência a Meiklejohn e Sunstein, o Ministro concluiu que a Lei de Imprensa constitui “uma exigência constitucional em razão da face objetiva ou institucional da liberdade de imprensa”²²⁸ e que, portanto, “é dever do legislador equacionar, nos termos exigidos pela Constituição, as dimensões da liberdade de imprensa e os demais valores fundamentais carentes de proteção”²²⁹. Em suas palavras:

É fácil ver, assim, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição²³⁰.

Ou seja, partindo da concepção madisoniana da Primeira Emenda, o Ministro Gilmar Mendes conclui pela necessidade da introdução de limitações à liberdade de expressão e de comunicação para adequá-las à proteção de “outros valores, igualmente relevantes”. Nesses termos, o Ministro julgou a ação parcialmente procedente, entendendo que são constitucionais os dispositivos da Lei de Imprensa que disciplinam o direito de resposta.

Por sua vez, apesar de ter concluído pela total procedência da ação, o Ministro Celso de Mello expôs um temor ainda maior em relação à prevalência das liberdades.

3.6 O temor do discurso de ódio

Em seu voto no Caso da Lei de Imprensa, o Ministro Celso de Mello aduziu a importância da liberdade de expressão do pensamento na ordem democrática não exclui a possibilidade da intervenção normativa do Poder Legislativo. Essa intervenção pode ser para “a emanção de regras concernentes à proteção dos direitos à integridade moral e à

²²⁷ Ministro Marco Aurélio Mello, nos autos do ADPF 130/DF, p. 10-11.

²²⁸ Ministro Gilmar Ferreira Mendes, nos autos do ADPF 130/DF, p. 20.

²²⁹ Ministro Gilmar Ferreira Mendes, nos autos do ADPF 130/DF, p. 21.

²³⁰ Ministro Gilmar Ferreira Mendes, nos autos do ADPF 130/DF, p. 21.

preservação da intimidade, da vida privada e da imagem das pessoas”²³¹, nos termos do § 1º do artigo 220 da Constituição de 1988. Para o Ministro:

Se assim não fosse, os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia de fatos criminosos, por exemplo, não seriam suscetíveis de qualquer reação ou punição, porque supostamente protegidos pela cláusula da liberdade de expressão²³².

Para justificar a sua tese sobre os limites à liberdade de expressão do pensamento, o Ministro Celso de Mello cita o famoso *dissent* do *justice* Holmes Jr. em *Schenck vs. United States (1919)*²³³ e conclui: “é por tal razão que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão”²³⁴. Segundo o Ministro, as publicações que extravasam a liberdade de expressão e de comunicação não merecem proteção constitucional:

Tenho por irrecusável, por isso mesmo, que publicações que extravasam, abusiva e criminosamente, o exercício ordinário da liberdade de expressão e de comunicação, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de manifestação do pensamento, pois o direito à livre expressão não pode compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de ilicitude penal ou de ilicitude civil²³⁵.

Nos termos do voto do Ministro, entretanto, a liberdade de expressão do pensamento não protege exteriorizações de ideias que sejam contrárias à lei penal. Para o Ministro, “é por tal razão que esta Suprema Corte já acentuou que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto”²³⁶. Segundo o Ministro, as razões de “interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades” legitimam intervenções do Estado, “desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição”²³⁷.

Para fundamentar o seu argumento, o Ministro Celso de Mello faz referência ao caso americano *Virginia v. Black et al. (2003)*²³⁸, em que a *Supreme Court* decidiu que é possível à

²³¹ Ministro Celso de Mello, nos autos do ADPF 130/DF, p. 13.

²³² Ministro Celso de Mello, nos autos do ADPF 130/DF, p. 13.

²³³ *Schenck vs. United States*, 249 U.S. 47 de 1919. Como mostramos, entretanto, Holmes Jr. modificou de maneira relevante a fórmula em *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616 de 1919.

²³⁴ Ministro Celso de Mello, nos autos do ADPF 130/DF, p. 15.

²³⁵ Ministro Celso de Mello, nos autos do ADPF 130/DF, p. 15.

²³⁶ Ministro Celso de Mello, nos autos do ADPF 130/DF, p. 17.

²³⁷ Ministro Celso de Mello, nos autos do ADPF 130/DF, p. 17.

²³⁸ *Virginia vs. Black*, 538 U.S. 343 de 2003.

lei penal punir o ato de *cross burning* (queimar uma cruz) com a intenção de intimidar alguém e conclui:

Em tal julgamento, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América - cuja jurisprudência em torno da Primeira Emenda orienta-se no sentido de reconhecer, quase incondicionalmente, a prevalência da liberdade de expressão (adotando, por isso mesmo, o critério da "*preferred position*") - proclamou, não obstante, que essa proteção constitucional não é absoluta, sendo lícito ao Estado punir certas manifestações do pensamento cuja exteriorização traduza comportamentos que veiculem propósitos criminosos²³⁹.

Em *Virginia vs. Black* (2003), entretanto, a *Supreme Court* insistiu que é preciso diferenciar as verdadeiras ameaças, desprotegidas pela Primeira Emenda, de outras, que são protegidas. Falando pela maioria, *Justice O'Connor* afirmou que "*political hyberbole*" is not a true threat (a hipérbole política não é uma verdadeira ameaça)²⁴⁰. Isto é, a conclusão do Ministro Celso de Mello de que a Suprema Corte dos Estados Unidos autoriza a atuação do Estado para punir essas manifestações do pensamento deve ser, no mínimo, amenizada.

A polêmica reside no debate em se saber o status jurídico de expressões de tipo racista ou preconceituoso, chamados *hate speech* ou discurso de ódio. Mas o que vem a ser o *hate speech*?

Em um artigo intitulado *Proteção ou proibição ao discurso de ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano*, Winfried Brugger ensina que "o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas"²⁴¹. Ao mesmo tempo em que são a expressão de um ponto de vista de alguém, os discursos de ódio podem potencialmente causar danos a outras pessoas, que podem se sentir ofendidas, e mesmo terem o seu dia a dia onerado por serem alvo de insultos, intimidações e assédios. Daí que é preciso enfrentar a questão: *o discurso de ódio deve ser proibido ou protegido?*

²³⁹ Ministro Celso de Mello, nos autos do ADPF 130/DF, p. 19-20.

²⁴⁰ Esse entendimento sobre a *true threat* foi consolidado no caso *Watts vs. United States*, 394 U.S. 705 de 1969.

²⁴¹ BRUGGER, Winfried. Proteção ou proibição ao discurso de ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano. **Revista de Direito Público**, vol. 1, n. 15, jan.-mar. 2007, p. 119.

4 PROIBIR OU PROTEGER O DISCURSO DE ÓDIO?

Em 1964, Clarence Brandenburg, um líder da Ku Klux Klan na zona rural de Ohio, convidou um repórter para cobrir um comício da seita que iria acontecer no condado de Hamilton. No dia da reunião, o repórter registrou em vídeo cenas de manifestações odiosas contra judeus e pretos, além de discursos de supremacia branca. Os manifestantes também convocavam a audiência para participar de uma marcha em Washington, D.C. Diante disso, Clarence acabou por ser denunciado e, posteriormente, condenado em diversas instâncias. Até que, em *Brandenburg vs Ohio*²⁴², de 1969, a Suprema Corte reverteu a condenação baseando-se na Primeira Emenda. De acordo com a Corte, para ser proibido um discurso deve ser dirigido a *incitar ou produzir ação ilegal iminente* e deve ser *tendente a produzir tal ação*.

4.1 O problema do mercado livre de ideias

Mill acreditava que existe uma tendência natural de que determinadas opiniões se consolidem como *verdades* no debate público fazendo cessar a controvérsia a respeito de determinadas questões. Entretanto, para Mill, a busca da verdade ou do consenso em torno de determinadas opiniões não é a razão de ser do debate público. Ao contrário, o ponto mais fundamental do debate público é a controvérsia e é fundamental manter vivo o espírito do debate. Isso, muitas vezes, resulta na necessidade de nos esforçarmos para encontrar pontos de vista diferentes em relação às verdades estabelecidas para fomentar o debate.

Para Waldron, essa perspectiva de Mill não é adequada para a questão do discurso de ódio. Em suas palavras:

Penso que a maioria de nós não acompanha Mill naquele ponto, pelo menos no contexto da nossa discussão, na qual a implicação seria que o racismo e o fanatismo religioso precisassem ser cultivados artificialmente para avivar nossas convicções igualitárias. (...) Esta não é a atitude — a avaliação — que nós normalmente pensaríamos em ter a respeito de racistas e fanáticos, não apenas porque a expressão de seus pontos de vista teria um efeito “vivificante” no debate público, mas um efeito prejudicial sobre a dignidade, segurança e garantia de membros vulneráveis da sociedade. (WALDRON, 2012, p. 194, tradução nossa)²⁴³.

²⁴² *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 de 1969.

²⁴³ I think most of us part company with Mill at that point— at least in the context of our discussion, where the implication would be that racism and religious bigotry need to be artificially cultivated in order to enliven our egalitarian convictions. (...) This is not the attitude — appreciation — that we would normally think of taking towards racists and bigots, not least because the expression of their views would have not only an “enlivening” effect on public debate, but an injurious effect on the dignity, security, and assurance of vulnerable members of society.

Ou seja, a noção de reavivamento do debate público de Mill não pode ser aplicada ao caso do discurso de ódio do ponto de vista de Waldron. Entretanto, Waldron acredita que a ideia de Mill sobre o debate público levanta uma série de questões interessantes, entre elas a questão: “que significado devemos atribuir ao surgimento de um consenso em torno de certas verdades?” (WALDRON, 2012, p. 194, tradução nossa)²⁴⁴.

Mill considerava que o progresso natural da humanidade faria com que algumas questões fossem superadas e passasse a existir um acordo sobre elas. Na interpretação de Waldron, esse é o caso, por exemplo, da ideia de que os afrodescendentes são seres inferiores. Existe um amplo acordo hoje de que essa é uma ideia equivocada. Nas palavras de Waldron, “existem dissidentes periféricos, alguns loucos que dizem acreditar que as pessoas de ascendência africana são uma forma inferior de animal; mas por meio século ou mais, avançamos como sociedade na premissa de que isso não é mais uma questão séria de disputa”. (WALDRON, 2012, p. 195, tradução nossa)²⁴⁵.

Do ponto de vista de Waldron, Mill não fornece um argumento forte o suficiente para a rejeição do discurso de ódio. Outro argumento interessante contra a legislação do discurso de ódio é o de Baker sobre a liberdade ou autonomia individual.

4.2 O problema do argumento da autonomia individual

Ao contrário do modelo do mercado livre de ideias de Mill, o modelo da liberdade de Baker busca proteger não o mercado, mas a própria liberdade individual frente às investidas do Estado. Baker argumenta que, ao falar ou discursar, as pessoas revelam a sua visão de mundo e também se revelam ao mundo. Para Baker, essa é a parte mais importante do discurso e torna a liberdade de expressão um direito de um tipo bastante especial. Ao falar, as pessoas pretendem revelar a sua perspectiva e divulgá-la aos demais. Essa visão de Baker fornece um fundamento diferente para a proteção ao discurso em relação ao mercado livre de ideias de Mill²⁴⁶. Em suas palavras:

²⁴⁴ What significance should we accord to the emergence of consensus around certain truths? Does it make any difference to the Dworkinian argument about legitimacy?

²⁴⁵ There are outlying dissenters, a few crazies who say they believe that people of African descent are an inferior form of animal; but for half a century or more, we have moved forward as a society on the premise that this is no longer a matter of serious contestation.

²⁴⁶ BAKER, C. Edwin. **Human Liberty and Freedom of Speech**. New York: Oxford University Press, 1989, p. 3-6.

O modelo da liberdade sustenta que a cláusula da liberdade de expressão protege não um mercado, mas sim um espaço de liberdade individual contra certos tipos de restrições governamentais. O discurso ou outra conduta autoexpressiva é protegido não como um meio para alcançar um bem coletivo, mas por seu valor para o indivíduo. A teoria da liberdade justifica a proteção da expressão devido ao modo como a conduta protegida promove a autorrealização e a autodeterminação dos indivíduos sem interferir indevidamente nas reivindicações legítimas dos outros. (BAKER, 1989, p. 5, tradução nossa)²⁴⁷.

Isso significa que o modelo da liberdade de Baker pretende proteger o discurso com base no valor da autodeterminação e autorrealização individuais, e não a partir de um fim externo ao próprio indivíduo. Além disso, o mercado livre de ideias se funda em compreensões equivocadas sobre a racionalidade humana e as verdadeiras condições desiguais de acesso ao mercado de ideias. Assim, “depois de abandonar os pressupostos de verdade objetiva e de racionalidade humana nas quais o mercado clássico de ideias se sustenta, nem a lógica, nem a história, nem a nossa falibilidade fornecem motivos certos para a contínua fé no mercado.” (BAKER, 1989, p. 22, tradução nossa)²⁴⁸. Ou seja, o modelo do mercado de ideias, apesar de ser o fundamento atual da proteção ao *free speech* na Corte Americana, não fornece uma base adequada para a liberdade individual.

Do ponto de vista de Waldron, o retrato que Baker fornece é uma “imagem atraente de algo como um reino dos fins kantiano, uma série de indivíduos autorreveladores que escolhem como se apresentar e apresentar os seus valores aos outros, e escolhem como responder (e, por sua vez, se revelam ao responder) à autorrevelação dos outros.” (WALDRON, 2012, p. 161-162, tradução nossa)²⁴⁹. Em Baker, esse é o fundamento da liberdade e de uma sociedade que respeita a autonomia, e assegurar essa liberdade (ou, ao menos, não a frustrar) é um dos mais importantes deveres do governo. Daí que na perspectiva de Baker:

Se promulgarmos leis contra a violência racista ou o incêndio criminoso, privamos-lhe de pelo menos um modo de autorrevelação, embora não o central. Se, no entanto, promulgamos leis contra o discurso de ódio, negamos ao racista sua autonomia

²⁴⁷ The liberty model holds that the free speech clause protects not a marketplace, but rather an arena of individual liberty from certain types of governmental restrictions. Speech or other self-expressive conduct is protected not as a means to achieve a collective good but because of its value to the individual. The liberty theory justifies protection of expression because of the way the protected conduct fosters individuals' self-realization and self-determination without improperly interfering with the legitimate claims of others.

²⁴⁸ After dropping the assumptions of objective truth and human rationality on which the classic marketplace of ideas rests, neither logic nor history nor our fallibility provides obvious grounds for continued faith in the marketplace.

²⁴⁹ Attractive image of something like a Kantian kingdom of ends, an array of self-disclosing individuals choosing how to present themselves and their values to others, and choosing how to respond (and, in turn, reveal themselves by responding) to others' self-disclosure.

elementar de autorrevelação (como um racista) em sua forma paradigmática. É assim que ele quer se apresentar aos outros, e esses são os seus valores que ele quer apresentar para consideração (autônoma) dos outros. (Waldron, 2012, p. 164, tradução nossa)²⁵⁰.

Ou seja, a perspectiva de Baker é a de que também o discurso de ódio carrega em si algo de valioso. Como em todas as outras formas de expressão, o discurso de ódio carrega em si algo do falante. O discurso carrega a visão de mundo de alguém e, por isso, é digno de proteção (e não de regulação), mesmo no caso do discurso de ódio.

Entretanto, Waldron critica a posição de Baker na medida em que o discurso de ódio tem, no seu ponto de vista, dois aspectos²⁵¹. Em primeiro lugar, o discurso de ódio mina o sentimento de segurança que é o sustento da dignidade individual. Racistas e fanáticos gritam a todos os ventos que determinadas pessoas não são bem-vindas na sociedade e não são dignas de status ou qualquer forma de reconhecimento. Essa ideia pode ser expressa nos termos de Baker: o falante do discurso de ódio se autorrevela e quer ser conhecido como um dissidente daquele específico arranjo social que considera todas as pessoas dignas de status. No sentido de Baker, esse dissidente *quer* revelar a sua determinação em minar determinado arranjo social, e isso também é digno de valor, pois está fundado na autonomia individual do falante. Do ponto de vista de Waldron, o fato de o falante expor a sua determinação em minar determinando arranjo social mostra que a distância instrumental entre o ato de fala e as suas consequências ruins não se sustenta. O ato de fala traz consigo a autorrevelação da pessoa, mas ao mesmo tempo traz também a falência das garantias e da segurança de outros membros da sociedade.

Em segundo lugar, a fala do racista ou fanático pretende criar um laço de solidariedade entre pessoas de pensamento semelhante com o intuito de criar um bem público alternativo. Por isso, também nessa medida, a autorrevelação não se limita à expressão de determinada concepção de mundo que tem valor em sua autonomia. Na perspectiva de Waldron, a autorrevelação em sede de discurso de ódio é inerentemente danosa por colocar em risco determinados bens sociais sem os quais a manutenção da dignidade de cada pessoa é improvável, ou mesmo impossível.

O outro argumento de Baker em defesa da liberdade de expressão para os discursos de ódio é de que, em verdade, a mensagem transmitida pelo falante não tem um impacto direto

²⁵⁰ If we enact laws against racist violence or arson, we deprive him of at least one mode of self-disclosure, though not the central one. If, however, we enact laws against hate speech, we deny the racist his elementary autonomy of self-disclosure (as race-hater) in its paradigmatic form. That's how he wants to present himself to others, and these are the values of his that he wants to offer for their (autonomous) consideration.

²⁵¹ WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 166.

no seu receptor. Ao contrário, existe também a autonomia individual do receptor, pela qual ele pode, a depender da maneira como encara a autorrevelação do falante, compreender a mensagem como quiser. A ideia de Baker parece ser a de que, ao final, o receptor da mensagem está sempre em condição de significá-la como bem entender. A pessoa receptora da mensagem pode, por exemplo, escolher encarar com coragem uma mensagem racista que lhe foi dirigida, desafiando-a e, assim, prevenindo-se de seu potencial abusivo. Entretanto, cabe perguntar se é legítimo exigir de algumas pessoas, ou alguns grupos sociais, coragem e esforço descomunal para afirmar a sua condição de igualdade perante os outros. Como explica Waldron:

O ponto de uma garantia geral e implícita dada pela sociedade a todos os seus membros, sustentando sua dignidade comum, é que não deve ser necessário que eles evoquem trabalhosamente a coragem de sair e tentar se desenvolver no que agora é apresentado para eles como um ambiente parcialmente hostil. (WALDRON, 2012, p. 170-171, tradução nossa)²⁵².

Isto é, Waldron não compartilha com Baker a crença de que as pessoas em situação de vulnerabilidade sejam de todo capazes de digerir e/ou enfrentar, em uma postura crítica, mensagens que tenham por propósito denegrir e desmoralizar o ouvinte. Ademais, na perspectiva de Waldron, mesmo que isso fosse possível, a ideia da sociedade deve assegurar igualmente a todos os seus membros as condições de dignidade (no sentido de Waldron) as quais exigem que não seja necessário que as pessoas estejam sujeitas à hostilidade (ou que sejam obrigadas a enfrentá-la).

Mas Waldron não defende que todo perigo exija uma resposta social ou legislativa²⁵³. A sua ideia é a de que o valor da autonomia individual exposta por Baker possa ser equilibrado com a noção de que algumas formas de expressão carregam em si um perigo de dano para outros valores que também são dignos de consideração. Nesse sentido, a sua perspectiva é da busca de um equilíbrio entre valores que importam igualmente para a vida em sociedade:

Esse equilíbrio pode não exigir a supressão de cada palavra ou epíteto que conta de forma coloquial como discurso de ódio. Pode exigir que atentemos para as formas mais flagrantes de difamação de grupo, particularmente quando a forma ameaçadora

²⁵² But the point of a general and implicit assurance given by society to all of its members, sustaining their ordinary dignity, is that it should not be necessary for them to laboriously conjure up the courage to go out and try to flourish in what is now presented to them as a partially hostile environment.

²⁵³ WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**, *Op.cit.*, p. 171.

ou abusiva em que é apresentada torna mais ou menos explícita a intenção destrutiva da autorrevelação. (WALDRON, 2012, p. 172, tradução nossa)²⁵⁴.

É papel do legislador ingressar nesse exercício de fazer um balanço entre esses dois valores rivais. Não há como se desvencilhar da necessidade desse equilíbrio. Waldron critica aquela, em suas palavras, *common maneuver*²⁵⁵ através da qual, posta a importância e o valor da liberdade de expressão, qualquer alegação sobre danos que possam advir dela é compreendida como necessariamente exagerada:

Ao invés de examinar o indício em relação ao dano que o discurso de ódio causa, e avaliar esse indício com um espírito imparcial, eles prosseguem a partir do princípio básico de que o dano é provavelmente inexistente ou exagerado, ou que eles têm o direito de esperar que ele seja inexistente ou exagerado; e que, em qualquer caso, é apropriado denegrir reivindicações de danos em termos que seriam bastante fatais se fossem aplicados às considerações vagas e arejadas com as quais, no outro lado do equilíbrio, o princípio da liberdade de expressão é defendido. (WALDRON, 2012, p. 148, tradução nossa)²⁵⁶.

Ou seja, para Waldron, a ortodoxia da defesa da liberdade de expressão não leva a sério os danos que podem advir do seu uso indiscriminado. Ao contrário, qualquer reivindicação quanto a possíveis danos é vista como um exagero. Afirma que “todos aqueles que questionam qualquer aspecto da ortodoxia de liberdade de expressão tem se tornado ao longo dos anos familiarizado com essa assimetria de avaliação e as evasões e lugares-comum autocongratuladores que o reforçam.” (WALDRON, 2012, p. 148)²⁵⁷.

Waldron também critica o uso da concepção do livre mercado à liberdade de expressão. Para ele, essa concepção parte de um pressuposto econômico segundo a qual o livre mercado produz eficiência. No entanto, eles não levam em conta que os mercados econômicos podem não produzir justiça distributiva, ou mesmo miná-la. Da mesma forma, no caso do mercado de ideias é possível, e mesmo provável, que o hoje livre trânsito de ideias possa vir a minar amanhã a justiça distributiva. Waldron afirma que:

²⁵⁴ That balance might not require the suppression of every word or epithet that counts colloquially as hate speech. It may require us to attend to the most egregious forms of group libel, particularly when the threatening or abusive form in which it is presented makes the destructive intention of the self-disclosure more or less explicit.

²⁵⁵ WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**, *Op.cit.*, p. 147.

²⁵⁶ Rather than examining the evidence about the harm that hate speech does, and assessing that evidence in an impartial spirit, they proceed on the basis that the harm is most likely nonexistent or overblown, or that they are entitled to hope that it is nonexistent or overblown; and that in any case it is appropriate to denigrate claims of harm in terms that would be quite fatal if they were applied to the vague and airy considerations with which, on the other side of the balance, the principle of free speech is defended.

²⁵⁷ All those who call into question any aspect of free-speech orthodoxy have become familiar over the years with this asymmetry of assessment and the self-congratulatory evasions and platitudes that reinforce it.

Um efeito útil de encarar a marca da regulação do discurso de ódio como uma restrição baseada no conteúdo na liberdade individual é que isso nos ajuda a enfrentar alguns dos mitos e slogans tradicionais dos quais a "jurisprudência" da liberdade de expressão é amplamente composta. Uma vez que não aceitamos a suposição de que a verdade acabará por prevalecer no mercado de ideias, ou a suposição de que o melhor remédio para o mau discurso é mais discurso ou a suposição de que a atenção legislativa ao impacto baseado em conteúdo é sempre uma coisa ruim. Não é necessário para nós tentar forçar a regulação do discurso do ódio em um quadro de exceções que já foram admitidos nos interstícios desse lugar-comum. Em vez disso, partimos do pressuposto de que a regulamentação do discurso de ódio é vista na maioria das partes do mundo desenvolvido como uma necessidade ou como um empreendimento legislativo razoável, com o objetivo de combater certos males bem conhecidos. (WALDRON, 2012, p. 157, tradução nossa)²⁵⁸.

Ou seja, Waldron não acredita que a regulação do discurso de ódio deva se fundar apenas como uma exceção à regra, mas como uma necessidade razoável e compreensível. Além disso, Waldron também discorda da perspectiva de Baker sobre o modelo de liberdade. Qual é, então, a perspectiva do próprio Waldron?

4.3 O dano no discurso de ódio

Em seu livro *The Harm in Hate Speech*, Waldron critica os defensores da prevalência absoluta do *free speech* já que eles desconsideram os riscos inerentes ao discurso de ódio e simplesmente dizer que aqueles que não concordam com o discurso de ódio devem aprender a viver com ele não é uma resposta satisfatória²⁵⁹.

O argumento de Waldron é o de que o discurso de ódio pode afetar a dignidade de algumas pessoas. Entretanto, dignidade na perspectiva de Waldron não se confunde com aquela tradicional ideia de Kant:

A esta posição social básica, eu chamo a dignidade das pessoas. A dignidade de uma pessoa não é apenas uma aura kantiana. É a sua posição social, os fundamentos da reputação básica que lhe dá o direito de ser tratado como igual nas operações ordinárias da sociedade. A sua dignidade é algo em que as pessoas podem confiar –

²⁵⁸ One useful effect of facing up to the character of hate speech regulation as a content-based restriction on individual freedom is that it helps us face down some of the traditional myths and slogans of which free-speech “jurisprudence” is largely composed. Since we do not buy into the assumption that truth will eventually prevail in the marketplace of ideas, or the assumption that the best remedy for bad speech is more speech, or the assumption that legislative attention to content-based impact is always a bad thing, it is not necessary for us to try to force hate speech regulation into a framework of exceptions that have already been admitted into the interstices of these platitudes. Rather, we start from the assumption that hate speech regulation is seen in most parts of the developed world as a necessity or as a reasonable legislative enterprise, aimed at combating certain well-known evils (evils outlined in Chapters 3 and 4 above). And we consider whether an equally honest case can be made against such regulation in terms of the value of free speech or its importance to individuals.

²⁵⁹ WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p. 3.

no melhor caso, de forma implícita e sem problemas, ao viver suas vidas, fazer negócios e criar suas famílias. (WALDRON, 2012, p. 5, tradução nossa)²⁶⁰.

Ou seja, Waldron quer se afastar da concepção kantiana da dignidade²⁶¹, por vezes abstrata. Para Waldron, uma pessoa tem a sua dignidade assegurada se estão mantidos os instrumentos pelos quais lhe é possível viver a vida em sociedade em igualdade de posições para com os demais cidadãos²⁶². Waldron se refere inúmeras vezes também à possibilidade de que o discurso de ódio torne inviável a vida de algumas minorias. Em suas palavras:

Suas vidas podem ser levadas adiante, seus filhos podem ser criados, suas esperanças podem ser mantidas e seus piores medos dissipados em um ambiente social poluído por esses materiais? Essas são as preocupações que precisam ser respondidas quando defendemos o uso da Primeira Emenda para derrubar as leis que proíbem a publicação do ódio racial. (WALDRON, 2012, p. 10, tradução nossa)²⁶³

A noção de dignidade, em Waldron, é acompanhada por uma intuição de que há, ao menos no meio jurídico e acadêmico dos Estados Unidos, um consenso sobre a inviabilidade de se compreender que as democracias liberais devem se responsabilizar em manter um ambiente sadio de mútuo respeito, contrário a certas formas perigosas de expressão. Um dos

²⁶⁰ This basic social standing, I call their dignity. A person's dignity is not just some Kantian aura. It is their social standing, the fundamentals of basic reputation that entitle them to be treated as equals in the ordinary operations of society. Their dignity is something they can rely on—in the best case implicitly and without fuss, as they live their lives, go about their business, and raise their families.

²⁶¹ Em Kant, a dignidade do homem reside na possibilidade, para homem, de um agir livre em relação à natureza, à qual estão condicionados todos os outros seres. Por ser, ao menos potencialmente, livre e, então, digno de valor, o ser humano não pode ser manipulado e instrumentalizado tal como os outros objetos e seres na natureza. É por isso que, além de sua formulação mais conhecida, a da lei universal, o imperativo categórico pode ser formulado também a partir da ideia de o homem (e a humanidade em geral) é um fim em si mesmo. Essa formulação do imperativo categórico é especialmente importante para o direito, pois fornece um conteúdo para o valor da *dignidade da pessoa humana*. Kant enuncia essa fórmula do imperativo categórico na Fundamentação da Metafísica dos Costumes: “Age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 58). Como explica o filósofo mineiro Henrique Cláudio de Lima Vaz, a “fórmula da humanidade” do Imperativo Categórico kantiano diz que “a pessoa humana não deve ser tratada nunca simplesmente como meio (embora possa sê-lo como, por exemplo, na prestação de um serviço) mas igualmente e sempre como um fim” (LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. **Ética e direito**. Organização e introdução de Cláudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Loyola, 2002, p. 82, nota 23). Para Salgado, a exigência de que a humanidade seja pensada como um fim em si mesmo “mostra-nos o único modo possível de ser o homem pessoa e como é possível (...) realizar a síntese da igualdade e da liberdade ou distribuir igualmente a liberdade entre os seres racionais” (SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 141). Para um estudo detalhado das diferentes formulações do imperativo categórico em Kant, ver: PATON, Herbert James. **The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy**. Chicago: University of Chicago Press, 1948.

²⁶² WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**, *Op.cit.*, p. 160.

²⁶³ Can their lives be led, can their children be brought up, can their hopes be maintained and their worst fears dispelled, in a social environment polluted by these materials? Those are the concerns that need to be answered when we defend the use of the First Amendment to strike down laws prohibiting the publication of racial hatred.

problemas desse consenso é que a legislação de proteção dos cidadãos contra o discurso de ódio é altamente difundida em todas os cantos do mundo, por exemplo, na Europa²⁶⁴.

Nessa medida, a leitura de Waldron a respeito da Primeira Emenda à Constituição Americana é baseada no livro *Freedom for the Thoughts That We Hate: A Biography of the First Amendment*, de Anthony Lewis. Para Waldron, a ponto central é que contemporaneamente compreendemos o poder do Estado como uma ameaça para os indivíduos²⁶⁵. A partir de Lewis, Waldron resume a história da Primeira Emenda da seguinte maneira:

Pois a história da liberdade na Primeira Emenda não é só que o governo pareceu tão forte que não precisava da proteção da lei contra a crítica; a história da liberdade na Primeira Emenda é que o governo pareceu tão forte que se constituiu como uma ameaça à liberdade individual, e é por isso que ele deve ser impedido de interferir na liberdade de expressão e na liberdade de imprensa. (WALDRON, 2012, p. 32, tradução livre)²⁶⁶.

Ou seja, a compreensão atual da Primeira Emenda supõe que o governo não precisa ser protegido da crítica e se funda no temor dos indivíduos em relação ao Estado. Por ser muito poderoso, o governo deve ser impedido de interferir na liberdade de expressão e na liberdade de imprensa. O argumento principal de Lewis seria o de que é tanto melhor aceitarmos – ou, como quer Waldron, *engolirmos*²⁶⁷ – os pensamentos que odiamos do que correr o risco de sofrer uma repressão estatal.

Waldron critica a resiliência intelectual de Lewis, atribuindo-a aos advogados da Primeira Emenda. O problema é que a ideia de tolerar os pensamentos que odiamos esconde uma questão mais importante. É que o ódio não prejudica os intelectuais, mas aqueles grupos que são constantemente atacados em panfletos e outdoors odiosos.

Outro problema do livro de Lewis é que o seu título sugere que a legislação sobre o discurso de ódio pretende restringir o pensamento ou as ideias. No entanto, esse não é o objetivo das legislações sobre o discurso de ódio. Ao contrário, muitas legislações não dão relevância ao elemento *ódio* como tal, mas ao seu efeito. Assim:

²⁶⁴ WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**, *Op.cit.*, p. 5.

²⁶⁵ WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**, *Op.cit.*, p. 25.

²⁶⁶ For the story of First Amendment freedom is not only that government came to seem so strong that it did not need the law's protection against criticism; the story of First Amendment freedom is that the government came to seem so strong that it constituted itself as a menace to individual freedom, and that is why it had to be restrained from interfering with free speech and freedom of the press.

²⁶⁷ WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**, *Op.cit.*, p. 33.

Na maioria das leis de discurso de ódio, o ódio é relevante, não como a motivação de certas ações, mas como um possível efeito de certas formas de discurso. Muitas definições legais do que chamamos de discurso de ódio tornam o elemento do "ódio" relevante como um objetivo ou propósito, algo que as pessoas estão tentando causar ou incitar. (WALDRON, 2012, p. 35, tradução nossa)²⁶⁸.

Isso significa que, do ponto de vista de Waldron, não há especial interesse dos defensores da legislação contra o discurso de ódio enquanto tal, mas sim na situação de vulnerabilidade em que se encontram pessoas em decorrência de raça, etnia ou religião. Sendo assim, o problema que “realmente deveríamos estar falando sobre restringir são os produtos das atitudes das pessoas, particularmente a manifestação visível da palavra impressa.” (WALDRON, 2012, p. 39, tradução nossa)²⁶⁹. Do ponto de vista de Waldron, a palavra escrita que dissemina o ódio cria um ambiente de exclusão em relação, particularmente, a pessoas em situação de vulnerabilidade:

A questão é a publicação e os danos causados a indivíduos e grupos através da desfiguração do nosso ambiente social por anúncios visíveis, públicos e semipermanentes, no sentido de que na opinião de um grupo da comunidade, talvez a maioria, membros de outro grupo sejam indignos de igual cidadania. (WALDRON, 2012, p. 33, tradução nossa)²⁷⁰.

É preciso atentar para os diferentes termos usados por juristas em relação a essa questão. Em alguns países, ao invés de usarem o termo hate speech (discurso de ódio), os juristas falam em *group libel* (injúria de grupo) ou *group defamation* (difamação de grupo). No entanto, no entender de Waldron, seja qual for o termo utilizado pelos juristas e pela legislação, a ideia é a mesma: proteger os elementos básicos do status de cada pessoa como membro da sociedade e digno de valor. O propósito da legislação não é proteger os grupos, mas os membros que, por pertencerem a determinado grupo racial ou religioso vulnerável, estão sujeitos a terem a sua cidadania negada²⁷¹.

Waldron diz que o propósito da legislação de proteção contra o discurso de ódio é garantir o *status* ou *reputation* dos membros vulneráveis da sociedade. O que está em jogo é o pleno gozo da cidadania. Em suas palavras:

²⁶⁸ But in most hate speech legislation, hatred is relevant not as the motivation of certain actions, but as a possible effect of certain forms of speech. Many statutory definitions of what we call hate speech make the element of “hatred” relevant as an aim or purpose, something that people are trying to bring about or incite.

²⁶⁹ We should really be talking about restricting are the products of people’s attitudes, particularly the visible manifestation of the printed word.

²⁷⁰ The issue is publication and the harm done to individuals and groups through the disfiguring of our social environment by visible, public, and semipermanent announcements to the effect that in the opinion of one group in the community, perhaps the majority, members of another group are not worthy of equal citizenship.

²⁷¹ WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**, *Op.cit.*, cap. 3.

Eu irei argumentar que as leis de difamação de grupo visam proteger os fundamentos da reputação de cada pessoa contra tentativas (por exemplo) de marcar todos os membros de um grupo racial ou religioso vulnerável com alguma imputação de terríveis crimes – uma imputação que, se sustentada amplamente, faria parecer inadequado continuar sustentando o elementar, mas importante status de cidadania para os membros do grupo em questão. (WALDRON, 2012, p. 47, tradução nossa)²⁷²

Ou seja, o perigo do discurso de ódio é tornar impossível, ou de todo muito difícil, o exercício da cidadania por parte de membros de grupos vulneráveis. Como quer Waldron (2012, p. 52), a legislação visa proteger os aspectos elementares da dignidade cívica²⁷³. Essa dignidade, porém, não deve ser compreendida tão somente como concepção filosófica do imensurável, mas como uma *questão de status*, isto é, uma demanda por reconhecimento e igual tratamento a que todos os membros da sociedade fazem jus. A ideia é a de que também os membros dos grupos vulneráveis são dignos de respeito e reconhecimento²⁷⁴.

Essa dignidade não diz respeito à identidade do grupo enquanto tal, à sua estrutura social ou cultura, mas aos indivíduos que compartilham determinadas características no que diz respeito à raça, etnia, religião, nacionalidade, gênero etc. Daí que “se quiséssemos ir mais longe e defender a dignidade afirmativa do grupo (como um grupo), essa seria uma outra questão, e essa não é a preocupação da legislação de discurso de ódio.” (WALDRON, 2012, p. 61, tradução nossa)²⁷⁵. Seja como for, esse status individual demanda reconhecimento não apenas por parte do governo, mas também de todos os demais cidadãos. Isso significa que “todos somos obrigados, nos nossos negócios públicos com os outros, a nos abstermos de agir de forma a prejudicar a dignidade de outras pessoas” (WALDRON, 2012, p. 60, tradução nossa)²⁷⁶. Essa obrigação é inerente à vida social, e as leis que visam a coibir o discurso de ódio tencionam, justamente, impor essa obrigação cívica:

O que a legislação do discurso de ódio defende é a dignidade da igual cidadania (para todos os membros de todos os grupos), e faz o que pode para impedir a difamação grupal quando a difamação grupal (dos membros de um grupo específico)

²⁷² I am going to argue that group-libel laws aim at protecting the basics of each person’s reputation against attempts (for example) to target all the members of a vulnerable racial or religious group with some imputation of terrible criminality—an imputation which, if sustained on a broad front, would make it seem inappropriate to continue according the elementary but important status of citizenship to the members of the group in question.

²⁷³ WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**, *Op.cit.*, p. 52.

²⁷⁴ WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**, *Op.cit.*, p. 60.

²⁷⁵ Whether we want to go further and uphold the affirmative dignity of the group (as a group) would be quite another matter, and that is not the concern of hate speech legislation.

²⁷⁶ We are required in our public dealings with one another to refrain from acting in a way that is calculated to undermine the dignity of other people.

ameaça minar esse status em relação a toda uma classe de cidadãos. (WALDRON, 2012, p. 61, tradução nossa)²⁷⁷.

Ou seja, a legislação sobre o discurso de ódio pretende coibir a difamação de grupo na medida em que ela tende a desconstruir a cidadania de determinada classe de cidadãos. Não parece razoável que as faixas, os outdoors e os comentários odiosos pela internet que pretendam minar a autoestima, a cidadania, enfim, a dignidade de determinada classe de cidadãos, devam ser simplesmente toleradas com resiliência por parte das pessoas de maior vulnerabilidade, tais como minorias religiosas, étnicas e de gênero sexual. Para Waldron, caso sejam simplesmente toleradas essas práticas, estaríamos perpetuando um ambiente hostil em que o exercício da cidadania por parte de determinadas pessoas seria praticamente impossível. Daí que “os constitucionalistas poderiam reconhecer que o ambiente social resultante da sua tolerância ao discurso de ódio parece desagradável”. (WALDRON, 2012, p. 67, tradução nossa)²⁷⁸. Para Waldron, existe uma ameaça inerente ao discurso de ódio que não se esgota na sua violência. É que discursos desse tipo resultam na desconsideração da dignidade, da segurança e do status de alguns membros da sociedade.

4.4 Dignidade, segurança e status

Waldron insiste em diferenciar a sua concepção de dignidade da pessoa em relação à concepção tradicional. Afirma que “a dignidade de uma pessoa não é apenas um fato decorativo sobre esse indivíduo. É uma questão de status e, como tal, é, em grande parte, normativo: é algo sobre uma pessoa que demanda respeito pelos outros e pelo Estado”. (WALDRON, 2012, p. 85, tradução nossa)²⁷⁹. Ou seja, Waldron procura dar concretude para a sua concepção de dignidade. Ela se relaciona com a noção de status e demanda reconhecimento por parte das pessoas e do Estado. A legislação contra o discurso de ódio pretende dar a *garantia* do reconhecimento. Esse elemento da garantia é, então, “uma parte intrínseca do que a dignidade exige.” (WALDRON, 2012, p. 85, tradução nossa)²⁸⁰.

²⁷⁷ What hate speech legislation stands for is the dignity of equal citizenship (for all members of all groups), and it does what it can to put a stop to group defamation when group defamation (of the members of a particular group) threatens to undermine that status for a whole class of citizens.

²⁷⁸ The constitutionalists may acknowledge that the social environment resulting from their toleration of hate speech looks unpleasant.

²⁷⁹ A person’s dignity is not just a decorative fact about that individual. It is a matter of status, and as such it is in large part normative: it is something about a person that commands respect from others and from the state.

²⁸⁰ An intrinsic part of what dignity requires.

É importante atentar também para os dois sentidos de *respeito* presentes quando tocamos nesse assunto. Waldron parte de Stephen Darwall para diferenciar *appraisal respect* (respeito pela estima) e *recognition respect* (respeito pelo reconhecimento). Ao passo que o primeiro está ligado com a avaliação de uma pessoa em decorrência dos seus virtudes e vícios, méritos e deméritos, o respeito pelo reconhecimento é “invariante, inclusive regulando como elas devem ser tratadas quando são culpadas de crimes terríveis” (WALDRON, 2012, p. 86-87, tradução nossa)²⁸¹. Ou seja, o sentido de respeito que importa para a discussão a respeito da legislação sobre o discurso de ódio não é o baseado na estima pessoal que alguém poderia ter em relação a outrem, o *appraisal respect*, mas o *recognition respect*, que é pautado na dignidade.

Essa ideia se relaciona com outra que merece destaque sobre o que a legislação do *hate speech* pretende coibir. Não se trata de coibir simplesmente as opiniões de racistas ou fanáticos postas para fora. O problema é que essas visões de mundo quando expostas em material escrito visam minar a garantia de que determinadas pessoas tenham igual segurança para viver as suas vidas. Nesse sentido, o que importa ao racista ou fanático é negar ou desconstruir o reconhecimento que pessoas ligadas a determinado grupo étnico, religioso ou de gênero fazem jus. Nas palavras de Waldron:

Isso nos ajuda a entender do que se trata o discurso de ódio. O ponto das exibições intolerantes que queremos regular é que elas não são apenas autoexpressões autônomas. Eles não são simplesmente as opiniões dos racistas se deixando escapar. As exibições miram especificamente o senso de segurança social com o qual os membros das minorias vulneráveis contam. O objetivo é negar a garantia implícita que uma sociedade oferece aos membros de grupos vulneráveis – que eles são aceitos na sociedade, como é claro, junto com todos os outros; eles visam minar essa garantia, coloca-la em questão e contaminá-la com expressões visíveis de ódio, exclusão e desprezo. E assim começa: o que foi implicitamente assegurado é agora visivelmente desafiado, de modo que é há todo um novo conjunto de cálculos a ser feito por um membro minoritário quando ele resolve fazer negócios ou dar uma volta por aí com a sua família. (WALDRON, 2012, p. 88, tradução nossa)²⁸².

Ou seja, o problema do discurso de ódio é que ele visa não apenas expressar-se autonomamente, mas, ao contrário, pretende minar a garantia e a segurança de que

²⁸¹ Is invariant, even governing how they are to be treated when they are guilty of terrible crimes.

²⁸² This helps us to see what hate speech is about. The point of the bigoted displays that we want to regulate is that they are not just autonomous self-expression. They are not simply the views of racists letting off steam. The displays specifically target the social sense of assurance on which members of vulnerable minorities rely. Their point is to negate the implicit assurance that a society offers to the members of vulnerable groups—that they are accepted in society, as a matter of course, along with everyone else; they aim to undermine this assurance, call it in question, and taint it with visible expressions of hatred, exclusion, and contempt. And so it begins: what was implicitly assured is now visibly challenged, so that there is a whole new set of calculations for a minority member to engage in as he sets out to do business or take a walk in public with his family.

determinadas pessoas terão o mesmo reconhecimento social do que os demais membros da sociedade. O discurso de ódio pretende, de alguma maneira, destruir o bem público. Em verdade, Waldron pensa que há ainda outro elemento pernicioso do discurso do ódio. O racista ou fanático pretende não apenas minar o bem público, mas busca também estabelecer um bem público rival e, *as the wolves*, eles convocam uns aos outros para a ação. Assim,

A publicação do discurso de ódio, a aparição desses símbolos e escabelos em lugares para todos verem, é uma forma de fornecer um ponto focal para a proliferação e coordenação das atitudes que essas ações expressam, uma manifestação pública de ódio por parte de algumas pessoas para indicar aos outros que eles não estão sozinhos em seu racismo ou fanatismo. (WALDRON, 2012, p. 95, tradução nossa)²⁸³.

Ou seja, além do propósito de destruição do bem público pautado na garantia da dignidade, existe também no discurso de ódio um ímpeto de construir um bem público rival, baseado em preconceitos e que tem por objetivo retirar ou negar aos indivíduos o status social a que fazem jus como pessoas.

Waldron, nesse sentido, insiste na natureza pública do discurso de ódio. Ele não pode ser compreendido como um ato essencialmente privado. Não é privado porque tem uma orientação pública e visa a minar os bens públicos. Assim, “podemos ou não nos opor a sua regulamentação; mas precisamos, pelo menos, reconhecê-los pelo que eles são.” (WALDRON, 2012, p. 100, tradução nossa)²⁸⁴. Daí que Waldron vê problemas na concepção do *the marketplace of ideas* (o mercado de ideias). A concepção do mercado de ideias propõe que o que nós realmente precisamos é de um amplo debate público em que várias pessoas podem se engajar e defender os seus pontos de vista, mesmo que as suas opiniões sejam potencialmente danosas para outras pessoas. A ideia de que nazistas e liberais podem honestamente se envolver no debate com respeito aos pontos de vista de cada um é, para Waldron, curiosa. No seu modo de ver:

É claro que devemos poder nos manifestar a favor dos nossos compromissos mais fundamentais. Mas apresentá-los como proposições para vencer em um debate – em oposição às características estabelecidas do ambiente social ao qual estamos visivelmente e penetrantemente comprometidos – é exatamente o objetivo do discurso em questão. Sua mensagem implícita aos membros das minorias vulneráveis é algo assim: "Eu sei que você acha que você é nosso igual. Mas não

²⁸³ The publication of hate speech, the appearance of these symbols and scrawls in places for all to see, is a way of providing a focal point for the proliferation and coordination of the attitudes that these actions express, a public manifestation of hatred by some people to indicate to others that they are not alone in their racism or bigotry.

²⁸⁴ We may or may not be opposed to their regulation; but we need at least to recognize them for what they are.

tenha tanta certeza disso. A própria sociedade em que você está confiando para as suas oportunidades e sua igual dignidade não está totalmente voltada ao apoio dessas coisas, e nós vamos fazer crescer essa ambivalência a cada chance que tivermos. Então: pense nisso e tenha medo. O tempo para sua degradação e sua exclusão pela sociedade que atualmente o abriga está chegando rapidamente”. (WALDRON, 2012, p. 95, tradução nossa)²⁸⁵

Em outras palavras, para Waldron, a concepção do mercado de ideias esconde o fato de que racistas e fanáticos não estão honestamente engajados em um debate sincero e despretencioso no espaço público. Ao contrário, a sua aparência de discurso despretencioso esconde um objetivo pernicioso e perigoso: a degradação e a exclusão de alguns membros da sociedade.

Uma última questão que vale a pena retomar nesse ponto é a questão do status. Do ponto de vista de Waldron, ele está formulando um argumento sobre o interesse que as pessoas têm em ter garantido o seu status como membros da sociedade de boa reputação. Como quer Waldron, “eu propus empregar o termo “dignidade” para capturar a importância desse interesse.” (WALDRON, 2012, p. 138, tradução nossa)²⁸⁶. Isso quer dizer que o termo dignidade, apesar de ter um sentido por vezes vago, não é usado aqui de uma maneira abstrata. Waldron convida os seus leitores a, caso considerem o termo *dignidade* excessivamente confuso, concentrarem-se no próprio argumento. E explica: “um argumento sobre reputação, status, posição em uma sociedade, e os danos que o discurso de ódio pode lhe fazer.” (WALDRON, 2012, p. 139, tradução nossa)²⁸⁷. Em vista de considerar a noção de status, é preciso sempre atentar para como o status de cada pessoa como membro da sociedade é afirmado e sustentado, e não apenas em relação a seu status como cidadão em seus direitos e obrigações da vida pública. É que o status a que Waldron se refere não se resume à cidadania simplesmente, cujo exercício fazemos, por exemplo, quando votamos, mas diz respeito a como a pessoa é recebida na sociedade em geral²⁸⁸.

A conclusão é que as pessoas precisam de proteção e garantias contra a degradação e a exclusão que poderiam vir a acontecer caso o discurso de ódio não fosse combatido. Nessa

²⁸⁵ Of course we ought to be able to speak out in favor of our most fundamental commitments. But presenting them as propositions up for grabs in a debate—as opposed to settled features of the social environment to which we are visibly and pervasively committed—is exactly what the speech in question aims for. Its implicit message to the members of vulnerable minorities is something like this: “I know you think you are our equals. But don’t be so sure. The very society you are relying on for your opportunities and your equal dignity is less than whole-hearted in its support for these things, and we are going to expose that half-heartedness and build on that ambivalence every chance we get. So: think about it and be afraid. The time for your degradation and your exclusion by the society that presently shelters you is fast approaching.”

²⁸⁶ I proposed employing the term “dignity” to capture the importance of this interest.

²⁸⁷ An argument about reputation, status, standing in a society, and the damage that hate speech may do to it.

²⁸⁸ WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 142.

medida, é preciso que as pessoas que buscam diminuir, oprimir e excluir as minorias vulneráveis sejam deixados à sua própria solitária companhia²⁸⁹.

4.5 O discurso de ódio e a ofensa

Para Waldron, apesar de todos compartilharmos a responsabilidade de dar realidade a esse estado de coisas, é preciso reforçar essa responsabilidade através da via legislativa:

Não é apenas uma questão de proteger as pessoas do insulto esporádico, da ofensa e das palavras dolorosas. Trata-se de assegurar, de forma sistemática, um aspecto particular da paz social e da ordem cívica sob a justiça: a dignidade da inclusão e o bem público da garantia mútua concernente aos fundamentos da justiça. (WALDRON, 2012, p. 103-104, tradução nossa)²⁹⁰.

Ou seja, não se trata de simplesmente proteger as pessoas contra possíveis ofensas ou insultos. A legislação sobre o discurso de ódio pretende dar segurança às pessoas pautada na dignidade da inclusão e nos fundamentos da justiça. Assim, existe uma diferença crucial entre ofender uma pessoa e minar a sua dignidade:

Devo argumentar que essa ofensa, por mais sentida que seja, não é um objeto adequado de preocupação legislativa. A dignidade, por outro lado, é precisamente o que as leis de discurso de ódio são projetadas para proteger – e não a dignidade no sentido de qualquer nível particular de honra ou estima (ou auto-estima), mas dignidade no sentido do direito básico de uma pessoa ser considerada um membro da sociedade em boas condições, como alguém cuja pertença a um grupo minoritário não o desqualifica da interação social ordinária. Isso é o que o discurso de ódio ataca, e é a isso que as leis que suprimem o discurso de ódio buscam proteger. (WALDRON, 2012, p. 105, tradução nossa)²⁹¹.

Isso significa a legislação de regulamentação do que a proteção contra o discurso de ódio não visa a proteger as pessoas das ofensas pessoais que poderiam vir a ocorrer. Assim, a legislação não visa proteger exatamente a autoestima pessoal ou a honra de cada um, mas pretende proteger a sua dignidade, entendida como um direito básico das pessoas serem

²⁸⁹ WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p. 101.

²⁹⁰ It is not just a matter of protecting people from sporadic insult, offense, and wounding words. It is a matter of securing, in a systematic fashion, a particular aspect of social peace and civic order under justice: the dignity of inclusion and the public good of mutual assurance concerning the fundamentals of justice.

²⁹¹ I shall argue that offense, however deeply felt, is not a proper object of legislative concern. Dignity, on the other hand, is precisely what hate speech laws are designed to protect—not dignity in the sense of any particular level of honor or esteem (or self-esteem), but dignity in the sense of a person's basic entitlement to be regarded as a member of society in good standing, as someone whose membership of a minority group does not disqualify him or her from ordinary social interaction. That is what hate speech attacks, and that is what laws suppressing hate speech aim to protect.

reconhecidas como membros da sociedade. As leis do discurso de ódio não devem proteger as pessoas de serem ofendidas: “a ofensividade por si só não é uma boa razão para a regulamentação legal.” (WALDRON, 2012, p. 126, tradução nossa)²⁹², já que “a dignidade ou a reputação de uma pessoa tem a ver com a forma como as coisas são a respeito dela na sociedade, e não com a forma como as coisas são sentidas por elas”²⁹³.

Para Waldron, as leis que restringem o discurso de ódio visam a proteger as pessoas de serem usurpadas em sua dignidade como membros da sociedade. É nesse sentido que deve ser compreendida a ideia de que às pessoas deve ser resguardado o seu *status* de igualdade e de respeito frente à sociedade como um todo. Esse respeito, como explicamos acima, não se confunde com a estima social condicionada a possíveis méritos ou virtudes do indivíduo, mas decorre da ideia de que todos têm direito de ser reconhecidos como iguais e de que esse reconhecimento não pode estar sujeito ao juízo de gosto de ninguém. Ao contrário, Waldron defende “a dignidade como um status sustentado por lei na sociedade sob a forma de um bem público.”²⁹⁴. (WALDRON, 2012, p. 106, tradução nossa). Isso significa que a dignidade a que as leis contra o discurso de ódio pretendem proteger é autônoma em relação aos danos subjetivos e à angústia que uma pessoa poderia vir a sentir, apesar de que tanto os danos como a angústia são comuns como efeitos do desrespeito à dignidade. Entretanto, eles não podem ser entendidos como elementos essenciais. Além disso, como afirma Waldron, “estou desenhando essa linha entre proteger a dignidade e proteger contra a ofensa porque as leis que protegem contra a ofensa são fáceis de refutar.” (WALDRON, 2012, p. 127, tradução nossa)²⁹⁵. Ou seja, os argumentos que visam a fundar a legislação do discurso de ódio na mera ofensa são bastante vulneráveis.

Em defesa da legislação a respeito do discurso de ódio, Waldron criticou os argumentos de Mill e de Baker. Para Waldron, entretanto, é Dworkin que fornece o argumento mais forte em defesa da liberdade²⁹⁶ e, como mostraremos, é possível fundamentar a atual tendência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal a partir dele.

²⁹² Offensiveness by itself is not a good reason for legal regulation.

²⁹³ A person’s dignity or reputation has to do with how things are with respect to them in society, not with how things feel to them.

²⁹⁴ Dignity as a status sustained by law in society in the form of a public good.

²⁹⁵ I am drawing this line between protecting dignity and protecting against offense because laws protecting against offense are easy to discredit.

²⁹⁶ WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 197.

5 UMA JURISPRUDÊNCIA EM FORMAÇÃO E SEUS FUNDAMENTOS

Dworkin parte da legitimidade democrática para rejeitar a legislação sobre o *hate speech*. Em seu livro *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Americana*²⁹⁷, Dworkin pretende defender uma posição de centro no debate sobre a Primeira Emenda, não concordando com as críticas nem à direita, nem à esquerda²⁹⁸.

5.1 Uma defesa liberal das liberdades

Na perspectiva de Dworkin, coexistem duas justificativas diferentes para a liberdade de expressão e para a liberdade de imprensa nos Estados Unidos. A primeira categoria diz que a liberdade de expressão tem uma importância *instrumental*, isto é, ela é importante porque promove efeitos benéficos, seja, na concepção de Holmes, porque torna mais fácil descobrir a verdade e a falsidade na política e dá mais clareza sobre os melhores cursos para as ações públicas, seja, na perspectiva de Madison, porque a liberdade de expressão ajuda a proteger o autogoverno do povo²⁹⁹. Por sua vez, o segundo tipo de justificação leva em conta não apenas as consequências da garantia da liberdade de expressão, mas também respeita a dignidade individual dos cidadãos.

A justificação instrumental é, entanto, frágil, pois, em alguns casos, “as metas estratégicas às quais ela faz apelo parecem exigir uma limitação à liberdade de expressão, e não a proteção desta”³⁰⁰. Além disso, a primeira justificação é mais limitada, pois abarca tão somente a expressão do discurso político. Como explica Dworkin:

O argumento de Madison, de que a liberdade de expressão é necessária para que o povo governe a si mesmo, explica de fato por que não se deve deixar que o Estado exerça uma censura clandestina, que o povo rejeitaria se dela tivesse consciência. Porém, esse argumento não explica por que não se deve deixar que a maioria das pessoas imponha uma censura que ela queira e aprove. Caso se faça um plebiscito, por exemplo, é provável que se revele que a maioria dos norte-americanos preferiria que o Estado tivesse o poder de censurar informações que ele julga política e diplomaticamente delicadas, como os *Pentagon Papers*. Nesse caso, a decisão da Corte – evidentemente correta – de que o Estado não tem esse poder não pode se

²⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

²⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 264.

²⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 319.

³⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 319.

justificar pelo argumento instrumental de Madison, a não ser que este seja tomado num sentido ridiculamente paternalista³⁰¹.

Ou seja, a concepção madisoniana da Primeira Emenda não é capaz de justificar a defesa da liberdade de expressão em situações contramajoritárias. Ao contrário, a segunda justificativa para a liberdade de expressão abrange “todos os aspectos da expressão ou do pensamento cuja independência é exigida pela responsabilidade moral”³⁰². O segundo tipo de justificação da liberdade de expressão não se baseia apenas nas consequências da garantia da liberdade, mas leva em conta a necessidade de tomar os cidadãos adultos como “agentes morais responsáveis”³⁰³. Essa é uma exigência essencial e constitutiva de uma sociedade política justa, pois é preciso conceber as pessoas como moralmente responsáveis em tomar suas próprias decisões e julgar sobre o que é bom ou mau na vida e na política, e assim também em relação à justiça ou à fé.

Do ponto de vista de Dworkin, “o Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis”³⁰⁴. Nós apenas conservamos a nossa dignidade pessoal quando nos concebemos como dotados de responsabilidade suficiente para ouvir e ponderar as diversas opiniões, sem a interferência do governante ou da maioria dos cidadãos³⁰⁵.

Um debate que ajuda a esclarecer essas ideias é aquele sobre a pornografia. É evidente que as mulheres estão sujeitas a toda sorte de violências, simbólicas, físicas e, sobretudo, sexuais, a que os homens não são sujeitos, mas, segundo Catharine MacKinnon, uma das causas disso é a pornografia, que deve ser proibida.

5.2 A pornografia deveria ser censurada?

MacKinnon acredita que a pornografia interfere no modo como a sociedade, e, sobretudo, os homens enxergam e consideram as mulheres. Ela perpetua, espalha e ensina a supremacia deles em relação a elas. Para MacKinnon, a pornografia tem consequências reais

³⁰¹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 325.

³⁰² DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 321.

³⁰³ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 320.

³⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 320.

³⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 320.

para a sociedade como um todo, mas especialmente para a situação das mulheres, que, por meio dela, têm a sua dignidade minada a partir de um processo contínuo de objetificação:

A pornografia funciona tornando o sexismo sexy. Como uma experiência primordial da hierarquia de gênero, a pornografia é uma maneira primordial em que o sexismo é apreciado e praticado, bem como aprendido. É uma maneira de a supremacia masculina se espalhar e tornar socialmente real. (MACKINNON, 1991, p. 802, tradução nossa)³⁰⁶.

Ou seja, do ponto de vista de MacKinnon, a pornografia é um dos meios pelos quais a situação de vulnerabilidade das mulheres na sociedade se consolida e intensifica. Nesse sentido, a condição da mulher se assemelha, em relação à sistemática negação da cidadania, com a de grupos raciais, étnicos e religiosos também vulneráveis. Como observa Waldron, assim como o discurso de ódio, também a pornografia não deve ser compreendida como um discurso neutro e inócuo em relação às perspectivas reais das pessoas que vivem em determinada sociedade³⁰⁷. Assim como a pornografia e toda a violência simbólica que lhe é inerente determinam fortemente a conjuntura de vida de mulheres reais, tornando a sua existência mais dificultosa, também o discurso de ódio cria um ambiente não propício ao gozo da cidadania plena por parte de seu alvo e dificulta a possibilidade de as mulheres serem ouvidas e respeitadas.

Entretanto, não existe contradição alguma em defender que toda ideia deve ter a possibilidade de ser ouvida, inclusive aquela ideia passível de ser mal compreendida ou que possa vir a dificultar, ou mesmo silenciar, outras ideias. Algumas ideias dificultam que algumas pessoas ou grupos sejam vistos como eles gostariam de ser. Porém, como explica Dworkin:

Sem dúvida essas consequências são muito indesejáveis e devem ser combatidas por todos os meios autorizados por nossa constituição. Porém, nem por isso os atos que têm essas consequências negativas privam as outras pessoas de sua liberdade de se expressar; e essa distinção, como insistia Berlin, está longe de ser arbitrária ou inconsequente³⁰⁸.

³⁰⁶ Pornography works by making sexism sexy. As a primal experience of gender hierarchy, pornography is a major way in which sexism is enjoyed and practiced, as well as learned. It is one way that male supremacy is spread and made socially real.

³⁰⁷ WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**, *Op.cit.*, p. 74.

³⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 357-358.

Ou seja, Dworkin se refere à distinção de Isaiah Berlin³⁰⁹ entre a liberdade positiva e a liberdade negativa. O traço distintivo da liberdade negativa é a liberdade de ofender, o que se aplica tanto para expressões heroicas, como também para as de mau gosto³¹⁰. Como explica Dworkin:

A pornografia, muitas vezes, é grotescamente afrontosa; é ultrajante, não só para as mulheres, mas também para os homens. Porém, não podemos ver aí uma razão suficiente para proibi-la, sob pena de destruir o princípio de que as formas de expressão que odiamos são tão dignas de proteção quanto quaisquer outras³¹¹.

Ou seja, o fato da pornografia ser afrontosa para alguém, ou para todos, não é um motivo suficiente para a sua proibição, já que as ideias ruins são tão dignas de proteção quanto as outras. Um outro argumento levantado por alguns grupos feministas para a proibição da pornografia é que ela promoveria uma subordinação generalizada das mulheres em relação aos homens, contribuindo para a desigualdade. No entanto, mesmo que se provasse empiricamente que isso de fato acontece e que os homens são receptivos a ideias veiculadas por esse tipo de discurso, tal qual a de que a mulher não merece receber o mesmo salário do que os homens para um mesmo trabalho, não justificaria a censura da pornografia. Como explica Dworkin:

Sem dúvida alguma, seria inconstitucional a proibição de formas de expressão que *defendessem* explicitamente a ideia de que as mulheres devem desempenhar papéis inferiores ou mesmo papel nenhum no comércio e nas profissões liberais, ainda que essas formas de expressão se dirigissem a homens receptivos e atingissem seus objetivos. Por isso, não se pode alegar, como razão para proibir a pornografia, o fato de ela supostamente contribuir para uma estrutura econômica ou social desigual, mesmo que pensemos que isso é verdade³¹².

O fundamento instrumental para a liberdade de expressão recai sobre isso tipo de paradoxo. Do ponto de vista consequencialista, parece acertado proibir até mesmo a pornografia para garantir um resultado benéfico socialmente, no entanto, uma censura desse tipo parece terrivelmente arbitrária. Nesse sentido, é preciso abandonar a tentação de justificar a liberdade de expressão em uma perspectiva instrumental para justificá-la em uma base mais sólida. Como queria Mill, a liberdade de expressão pode auxiliar na busca pela verdade e,

³⁰⁹ Ver: BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: BERLIN, Isaiah. **Four Essays on Liberty**. London: Oxford University Press, 1969.

³¹⁰ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 351.

³¹¹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 351.

³¹² DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 353.

como queria Madison, pode dificultar a corrupção do governo e ajudar a promover um debate público mais vigoroso. No entanto, como liberdade negativa fundamental, “é o próprio âmago da escolha feita pelas democracias modernas”, a que devemos respeitar “enquanto buscamos outros meios para combater a vergonhosa desigualdade que ainda aflige as mulheres”³¹³.

Isso não significa que a liberdade de expressão não tenha também um papel igualitário, mas que o seu papel igualitário vai além dessas funções. Como explica Dworkin:

O papel igualitário da Primeira Emenda independe totalmente dessas outras funções. Ela proíbe a censura dos perversos sexuais ou dos neonazistas, **não porque alguém pense que as contribuições deles vão impedir a corrupção ou melhorar a qualidade do debate público, mas porque a igualdade exige que todos, por mais excêntricos ou desprezíveis que sejam, tenham a oportunidade de exercer sua influência não só nas eleições, mas na política em geral.** Não se deduz daí que o Estado vá, no fim, respeitar igualmente a opinião de todos, nem que as decisões oficiais serão igualmente a opinião de todos, nem que as decisões oficiais sejam favoráveis a todos os grupos. **O que a igualdade exige é que todas as opiniões tenham a oportunidade de exercer sua influência, e não que todas triunfem ou mesmo sejam representadas naquilo que o Estado efetivamente faz**³¹⁴. (Grifos nossos)

Isso significa que a igualdade inerente à liberdade de expressão não está no ponto de chegada, mas no ponto de partida. É a exigência moral fundante das sociedades plurais contemporâneas de que todos possam participar e influenciar a política, e também uns aos outros, independentemente da garantia de que os seus pontos de vista virão a triunfar. Daí que liberdade não é um valor contraposto à igualdade, mas o seu outro lado. Diante disso, parece evidente que a acusação de MacKinnon e de outros de que a defesa da liberdade de expressão significa um descompromisso com a igualdade é falsa. É nesse sentido que, refletindo sobre a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, Dworkin afirma que “a liberdade garantida pela Primeira Emenda não é inimiga da igualdade; é o outro lado da moeda da igualdade”³¹⁵. Isso porque:

A política não se resume às eleições. Entre os pleitos, os cidadãos continuam desempenhando o seu papel político, pois os debates e discussões públicas informais influenciam os atos dos políticos responsáveis – e também daqueles que anseiam pela reeleição. Por isso, **a Primeira Emenda dá uma grande contribuição à igualdade política: assim como ninguém pode ser proibido de votar porque suas opiniões são desprezíveis, também não se pode negar a ninguém o direito de falar, escrever ou manifestar-se pelo rádio ou pela televisão pelo simples fato de as opiniões dessa pessoa serem insultuosas demais para ser levadas em consideração**³¹⁶. (Grifos nossos)

³¹³ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 355.

³¹⁴ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 382.

³¹⁵ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 382.

³¹⁶ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 380-381.

A mesma ideia pode ser aplicada a casos mais sensíveis, tal como o da negação do holocausto. Sem dúvidas, a negação do holocausto é uma ofensa visceral a todos os que foram brutalmente assassinados nos campos de concentração na primeira metade do século XX. É também uma ofensa indigna à memória sofrida do povo judeu. Mais do que isso: seria uma tragédia para toda a humanidade se as falácias de alguns grupos racistas sobre Auschwitz viessem um dia a ganhar credibilidade. Porém, não é possível que o cinismo desses grupos venha a vencer e nos fazer assumir o princípio de que uma opinião pode ser proibida quando aqueles que estão no poder têm certeza de que ela é falsa e de que algum grupo sofrerá caso essa opinião seja divulgada³¹⁷.

O problema do fundamento para o cerceamento da liberdade baseado na convicção da absoluta falsidade de uma opinião, e também na proteção a determinados valores fundamentais, é, ironicamente, que ele já foi bem-sucedido por diversas vezes na história:

Os criacionistas que proibiram o ensino da hipótese darwinista nas escolas públicas do Tennessee na década de 1920 tinham tanta convicção da história dos seres vivos quanto nós temos da história da Alemanha, e também eles agiram para proteger pessoas que se sentiam humilhadas no âmago do seu ser pela nova e vergonhosa doutrina. Os fundamentalistas muçulmanos que decretaram a pena de morte de Salman Rushdie também estavam convictos de que esse escritor estava errado e também agiram para proteger pessoas que haviam sofrido profundamente com palavras que lhes pareciam escandalosamente mentirosas. **Toda lei de blasfêmia, toda queima de livros, toda caça às bruxas movida pela direita ou pela esquerda se justifica pelos mesmos motivos: para impedir que certos valores fundamentais sejam profanados. Tome cuidado com princípios em que você só pode confiar se forem aplicados por aqueles que pensam como você**³¹⁸. (Grifos nossos).

Ou seja, a convicção absoluta da falsidade de uma opinião não é boa razão para cerceá-la. Não é fácil conviver com tantas opiniões dessaroadas e temerárias. Por vezes, sentimos que esse sacrifício é duro demais e pensamos em tomar atalhos para nos livrarmos dele. Fazendo referência ao caso da Alemanha, entretanto, Dworkin nos lembra de que esse é o preço a se pagar pela liberdade:

Sei que, atualmente, parecem existir excelentes motivos para a aplicação da censura na Alemanha; sei que as pessoas decentes se impacientam quando bandos de arruaceiros, portando o emblema da suástica, afirmam que o maior genocídio de todos os tempos, cometido a sangue frio, na realidade foi inventado por suas vítimas. **Os arruaceiros nos lembram daquilo que costumamos esquecer: do preço da liberdade, que é alto, às vezes insuportável. Mas a liberdade é importante,**

³¹⁷ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 361.

³¹⁸ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 361.

importante a ponto de poder ser comprada ao preço de um sacrifício muito doloroso. As pessoas que a amam não devem dar trégua aos seus inimigos, como Deckert e seus odiosos colegas, mesmo em face das provocações violentas que eles fazem para nos tentar³¹⁹. (Grifos nossos)

A defesa da liberdade é também, em alguma medida, o único caminho razoável a ser seguido. De outra forma, entregaríamos ao Estado o poder de proibir qualquer tipo de opinião que possa vir a ofender algum grupo desprivilegiado. Colocando em suspenso a nossa responsabilidade moral de cidadãos, deixaríamos que o governo e os tribunais julgassem cada filme, peça ou livro, e todas as expressões culturais ou políticas, como dignas ou não de valor:

O Estado poderia então proibir a expressão vívida, visceral ou excessivamente emotiva de qualquer opinião ou convicção que tivesse uma possibilidade razoável de ofender um grupo menos privilegiado. Poderia pôr na ilegalidade as apresentações da peça *O mercador de Veneza*, os filmes sobre mulheres que trabalham fora e não cuidam direito dos filhos e as caricaturas ou paródias de homossexuais nos shows de comediantes. Os tribunais teriam de pesar o valor dessas formas de expressão, enquanto contribuições culturais ou políticas, contra os danos que poderiam causar ao *status* ou à sensibilidade dos grupos atingidos³²⁰

A possibilidade de conferir ao governo e aos tribunais o direito de fazer julgamentos de valor desse tipo em nome dos cidadãos é evidentemente assustadora. Ela evidencia o perigo de substituirmos a compreensão tradicional de igualdade por uma nova, que se baseia apenas nas, sempre apenas prováveis, consequências de determinada ação ou política pública. Essa concepção de igualdade ignora que as maiorias, como advertiu Mill no século XIX, podem ser tirânicas:

Temos aí uma antiga advertência liberal – tão antiga quanto Voltaire – com a qual as pessoas já não têm tanta paciência. Estão dispostas, segundo dizem, a se arriscar para promover um projeto que agora parece soberanamente importante. Entretanto, é possível que essa impaciência venha a ser fatal para o próprio projeto que elas têm em mente. **Se deixarmos de lado nossa compreensão tradicional da igualdade e a trocarmos por uma concepção nova, segundo a qual uma maioria pode determinar que certas pessoas são demasiado corruptas, violentas ou radicais para participar da vida moral informal do país, teremos dado início a um processo que termina, como aliás já aconteceu em tantas outras partes do mundo, por tornar a igualdade algo a ser temido e não louvado, um eufemismo “politicamente correto” da palavra *tiranía***³²¹. (Grifos nossos)

Dworkin fornece um argumento importante em defesa da liberdade de expressão ao chamar a atenção para a insuficiência e para o perigo das justificativas instrumentais para as

³¹⁹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 362.

³²⁰ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 378.

³²¹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 383.

liberdades. Nessa perspectiva, é possível dizer que, em grande medida, o argumento de Dworkin se baseia em um profundo resgate da tradição liberal. É possível, entretanto, defender as liberdades a partir de outra tradição: a republicana. Apesar de não se debruçarem analiticamente sobre a questão do discurso de ódio, autores como Mortimer Sellers e Michael Sandel providenciam uma robusta defesa do debate a partir de uma reflexão a respeito dos limites do liberalismo político.

5.3 Uma defesa republicana da liberdade

Para Sandel, quando as pessoas percebem que suas crenças não são bem-vindas no debate público, elas deixam de ver a política como uma atividade inerente a sua condição humana. Elas começam a ver a política com desconfiança e com algum ressentimento. Se isso não é um lugar para mim, é, talvez, um lugar para aqueles que estão contra mim, aqueles que apenas querem enganar-me. Dessa forma, nas últimas décadas, a política tornou-se um espaço vazio em todo o mundo. Os cidadãos estão frustrados com a incapacidade do sistema político de agir para o bem público, ou discutir as questões mais importantes³²². Neste cenário, o raciocínio mercadológico tornou-se o único tipo de argumento que é bem-vindo no debate público, colaborando para que os argumentos morais fiquem fora dessa esfera³²³. A política tem sido confundida com negócios, em que tudo está disponível para venda, mesmo aquelas virtudes e práticas que realmente importam, e isso vem acontecendo sem um debate público sobre o assunto³²⁴.

Suponha que você tem uma religião e que você acredite em seus dogmas há vários anos. Agora suponha que você esteja em posição para discutir o bem comum da sociedade em um debate público. É razoável esperar que você, a fim de garantir a "neutralidade" da

³²² SANDEL, Michael J. **What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012, Kindle Edition, p. 13.

³²³ Como Sandel argumenta: O vácuo moral da política contemporânea tem várias fontes. Uma delas é a tentativa de banir as concepções de vida boa do discurso público. Com a esperança de evitar conflitos sectários, muitas vezes insistimos que os cidadãos deixem as suas convicções morais e espirituais quando entram no espaço público. Mas, apesar de sua boa intenção, a relutância em admitir argumentos sobre a vida boa na política preparou o caminho para o triunfalismo do mercado e para a continuação do raciocínio de mercado. Ver: SANDEL, Michael J. **What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets**, *Op.cit.*, p. 13, tradução nossa. Original: The moral vacancy of contemporary politics has a number of sources. One is the attempt to banish notions of the good life from public discourse. In hopes of avoiding sectarian strife, we often insist that citizens leave their moral and spiritual convictions behind when they enter the public square. But despite its good intention, the reluctance to admit arguments about the good life into politics prepared the way for market triumphalism and for the continuing hold of market reasoning.

³²⁴ Esse é um argumento de Sandel em: SANDEL, Michael J. **What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets**, 2012, *Op.cit.*.

discussão, esqueça completamente sua crença religiosa? Vários críticos do liberalismo têm respondido "não" a essa pergunta. De acordo com esses críticos, o liberalismo não faz uma boa descrição da natureza humana. Desconsiderando o processo de construção de identidade, o liberalismo apenas vê as pessoas como seres racionais, capazes de discutir e fazer acordos com outros seres iguais. Como mostramos a seguir, essa é uma descrição, na melhor das hipóteses, parcial da natureza humana. Na visão liberal do “eu”, as pessoas podem sempre repensar suas práticas sociais; elas estão *free to go* ou “livres para ir” se mudarem de ideia sobre uma prática social existente.

Essa crença liberal na liberdade da pessoa em escolher pode ser descrita com um exemplo da teoria de Rawls. Antes de ser profundamente revista no Liberalismo Político, um dos pilares da teoria da justiça de Rawls era a "posição original", onde o indivíduo poderia escolher os princípios de justiça “sem os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em desacordo, tentados a explorar circunstâncias sociais e naturais para a sua própria vantagem” (RAWLS, 1993, p. 118, tradução nossa)³²⁵. A fim de tornar isso possível, Rawls pressupõe que as partes na posição original estão situadas por trás de um *véu de ignorância*³²⁶. Embora a posição original seja um experimento mental ou uma situação hipotética, ela revela a crença liberal na livre escolha. Pode-se dizer que esse experimento mental é completamente diferente da vida real. Entretanto, como quer Rawls, “uma ou mais pessoas podem a qualquer momento entrar nesta posição ou, talvez melhor, simular as deliberações desta situação hipotética simplesmente pelo raciocínio de acordo com as restrições apropriadas.” (RAWLS, 1999, p. 119, tradução nossa)³²⁷. Isso significa que as pessoas podem ignorar a qualquer

³²⁵ The effects of specific contingencies which put men at odds and tempt them to exploit social and natural circumstances to their own advantage.

³²⁶ Nas palavras de Rawls: “Supõe-se, então, que as partes não conhecem certos tipos de fatos particulares. Em primeiro lugar, ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua posição de classe ou status social; nem conhece sua fortuna na distribuição de ativos e habilidades naturais, sua inteligência e força, e coisas do gênero. Nem, mais uma vez, alguém conhece sua concepção do bem, os detalhes de seu plano de vida racional, ou mesmo as características especiais de sua psicologia, como sua aversão ao risco ou a responsabilidade pelo otimismo ou pelo pessimismo. Mais do que isso, eu suponho que as partes não conhecem as circunstâncias particulares de sua própria sociedade. Ou seja, eles não conhecem a situação econômica ou política, nem o nível de civilização e cultura que conseguiu alcançar.”. Ver.: RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Rev. ed. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1999, p. 118, tradução nossa. Original: it is assumed, then, that the parties do not know certain kinds of particular facts. First of all, no one knows his place in society, his class position or social status; nor does he know his fortune in the distribution of natural assets and abilities, his intelligence and strength, and the like. Nor, again, does anyone know his conception of the good, the particulars of his rational plan of life, or even the special features of his psychology such as his aversion to risk or liability to optimism or pessimism. More than this, I assume that the parties do not know the particular circumstances of their own society. That is, they do not know its economic or political situation, or the level of civilization and culture it has been able to achieve.

³²⁷ One or more persons can at any time enter this position, or perhaps better, simulate the deliberations of this hypothetical situation, simply by reasoning in accordance with the appropriate restrictions.

momento a sua posição social, religião, sexo e todas as outras idiossincrasias que fundam sua concepção particular do bem.

O objetivo do liberalismo contemporâneo é de encontrar, como diz Rawls, uma concepção política da justiça que possa ser aplicada à estrutura básica da sociedade, mas sem escolher uma compreensão particular de doutrina religiosa, filosófica ou moral³²⁸. Isso representa o que Rawls chamou de *prioridade da justiça sobre o bem*, que apoia a ideia de *neutralidade do Estado*³²⁹. De acordo com Rawls, uma concepção política que busca resultados de justiça precisa necessariamente de uma limitação de que tipo de ideias ou argumentos pode ser discutido no debate público. Como diz Rawls: “a restrição principal parece ser esta: as ideias de bem devem ser ideias políticas”³³⁰. Isso significa que os “argumentos devem pertencer a uma concepção política razoável de justiça”³³¹ (RAWLS, 2005, p. 176, tradução nossa). Assim, as ideias a serem levadas para o debate público devem respeitar dois requisitos para que sejam aceitas em uma sociedade liberal no sentido do liberalismo político de Rawls: “a. que são, ou podem ser, partilhados por cidadãos considerados como livres e iguais; e b. que não pressupõem totalmente (ou parcialmente) nenhuma doutrina abrangente particular” (RAWLS, 2005, p. 176, tradução nossa)³³². Em outras palavras, isso significa que o Estado deve ser neutro sobre a pluralidade de concepções de bem que podem ser encontrados na sociedade. Como diz Sandel, estamos vivendo em uma determinada versão da teoria política liberal cuja ideia central é a de que

³²⁸ Como Rawls explica, há três características de uma concepção política de justiça: “Eu disse que as características de uma concepção política de justiça são, em primeiro lugar, que ela é uma concepção moral elaborada para um assunto específico, a saber, a estrutura básica de um regime democrático constitucional; em segundo lugar, aceitar que a concepção política não pressupõe aceitar qualquer doutrina religiosa, filosófica ou moral específica; em vez disso, a concepção política se apresenta como uma concepção razoável apenas para a estrutura básica; e terceiro, que ela não é formulada em termos de doutrina abrangente, mas em termos de certas ideias fundamentais vistas como latentes na cultura política pública de uma sociedade democrática.”. Ver: RAWLS, John. **A Theory of Justice**, *Op.cit.*, p. 174-175, tradução nossa. Original: I said there that the features of a political conception of justice are, first, that it is a moral conception worked out for a specific subject, namely, the basic structure of a constitutional democratic regime; second, that accepting the political conception does not presuppose accepting any particular comprehensive religious, philosophical, or moral doctrine; rather, the political conception presents itself as reasonable conception for the basic structure alone; and third, that it is not formulated in terms of any comprehensive doctrine but in terms of certain fundamental ideas viewed as latent in the public political culture of a democratic society.

³²⁹ Como Will Kymlicka explica, Rawls prefere usar o termo “prioridade do direito sobre o bem”, em vez de usar o termo “neutralidade”. Ver: KYMLICKA, Will. **Contemporary Political Philosophy: An Introduction**. Oxford [England]: New York: Clarendon Press, 1990, p. 233.

³³⁰ The main restriction would seem to be this: the ideas of good included must be political.

³³¹ They must belong to a reasonable political conception of justice.

³³² That they are, or can be, shared by citizens regarded as free and equal; and b. that they do not presuppose any particular fully (or partially) comprehensive doctrine.

O governo deve ser neutro para com os pontos de vista morais e religiosos que os seus cidadãos seguem. Em vez disso, ele deveria fornecer um quadro de direitos que respeite as pessoas como seres livres e independentes, capazes de escolher os seus próprios valores e fins. (SANDEL, 1996, p. 4, tradução nossa)³³³.

Ou seja, a fim de manter uma esfera pública livre e igualitária é necessário *sacrificar* algumas doutrinas abrangentes. A ideia é de que, a fim de resguardar o igual direito de todos, é necessário restringir as doutrinas baseadas em certas práticas que possam resultar em desrespeito aos direitos dos demais. Para o liberalismo, parte dessas doutrinas não deve ter espaço na esfera pública, uma vez que sua participação pode colocar em risco os iguais direitos dos outros e o sistema como um todo. Como os valores são múltiplos (e controversos), sendo essa a marca das sociedades plurais contemporâneas, algumas crenças se mostram mais fundamentadas do que outras. Na verdade, algumas delas são tão pouco razoáveis que, se permitidas, elas podem colocar em risco os direitos das outras pessoas. Dessa forma, a solução de Rawls é proibir as concepções de bem que não podem coexistir com outras convicções em uma sociedade plural complexa. É por isso que Rawls também disse:

Suponha que uma religião em particular, e a concepção do bem que lhe pertence, só pode sobreviver se ela controla a máquina do Estado e é capaz de praticar de forma eficaz a intolerância. Essa religião deixará de existir na sociedade bem-ordenada do liberalismo político. (RAWLS, 2005, p. 176-177, tradução nossa)³³⁴.

Em outras palavras, a fim de garantir os direitos de todos os cidadãos, o liberalismo político assume que não há lugar para a fé irracional nas sociedades bem-ordenadas. Entretanto, como argumenta Sandel, esquecer-se de nossas lealdades pessoais e convicções tem um grande custo. Isso porque deixamos de saber o que somos como uma pessoa em particular, membros de uma família, de uma comunidade ou nação³³⁵. O preço de ser “livre para ir” a qualquer momento é esquecer-se de suas crenças, suas raízes, deveres e identidade. Essa parece ter sido a ideia por trás da famosa tese de Aristóteles: "O homem é por natureza

³³³ Its central idea is that government should be neutral toward the moral and religious views its citizens espouse. Instead, it should provide a framework of rights that respects persons as free and independent selves, capable of choosing their own values and end.

³³⁴ Suppose that a particular religion, and the conception of the good belonging to it, can survive only if it controls the machinery of state and is able to practice effective intolerance. This religion will cease to exist in the well-ordered society of political liberalism.

³³⁵ SANDEL, Michael J. **Liberalism and the Limits of Justice**. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 1998, p. 179.

um animal da cidade”, e também o significado da passagem de John Donne "Nenhum homem é uma ilha". No mesmo sentido, Robert Paul Wolff afirma que:

Estão profundamente enganados, portanto, os filósofos que supõem ser a herança social um fado que se deve descarregar, um feitiço de que cumpre despertar. Sem a herança, o indivíduo é exatamente nada – nenhum núcleo organizado de personalidade possui, onde possa penetrar a cultura em que vive. O radical mais violento constitui mero reflexo da sociedade que combate. Todos nós, por conseguinte, estamos natural, irremediável e benéficamente ligados aos grupos sociais onde nos localizados e vivemos³³⁶.

Não existe homem sem ligações. Porém, o liberalismo não nega que os homens têm ligações. O problema se mostra quando, a fim de encontrar um agente idealmente livre e racional, capaz de abstrair-se da sua identidade pessoal para agir com neutralidade na esfera pública, o liberalismo pretende eliminar as nossas afeições, conexões, enfim, as nossas ligações necessárias uns com os outros³³⁷. Para citar Sandel: “imaginar uma pessoa incapaz de constituir laços não é conceber um agente idealmente livre e racional, mas imaginar uma pessoa totalmente sem caráter, sem profundidade moral.” (SANDEL, 1998, p. 179, tradução nossa)³³⁸. É necessário perguntar aos liberais se é realmente razoável tomar das pessoas as suas paixões e conceber um ser humano sem emoções³³⁹ ou sem caráter³⁴⁰.

³³⁶ WOLFF, Robert Paul. Além da tolerância. In: MARCUSE, Herbert (Org.); MOORE JR., Barrington (Org.); WOLFF, Robert Paul (Org.). **Crítica da tolerância pura**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970, p. 26.

³³⁷ Uma questão interessante que poderia ser levantada neste ponto, mas que foge aos objetivos da presente pesquisa, é se essa crítica ao liberalismo político pode ser aplicada ao libertarianismo, por exemplo, de Robert Nozick. Em seu *Anarquia, Estado e Utopia*, Nozick argumenta sai em defesa da experimentação profunda do mundo pelo indivíduo, o que, segundo ele, não poderia ser simplesmente substituído por uma máquina de experiências que simulasse as nossas vivências. Bem entendido, Nozick se vale do argumento da máquina de experiências para afastar a tese utilitarista de que o simples prazer (e a dor) é a razão do agir humano. Ver: NOZICK, Robert. **Anarchy, State and Utopia**. Blackwell: Oxford, 1974, p. 42 ss.

³³⁸ To imagine a person incapable of constitutive attachments is not to conceive an ideally free and rational agent, but to imagine a person wholly without character, without moral depth.

³³⁹ Esta é uma das conclusões por trás do recente estudo intitulado *Law, Reason, and Emotion*, de Sellers. Como entende o autor: A melhor legislação e a mais interessante e persuasiva filosofia e interpretação do direito irá levar em conta as nossas emoções humanas naturais, tal como elas se relacionam com a possibilidade de uma vida boa, e com as regras de uma sociedade justa. Ver: SELLERS, Mortimer N. S., *Law, Reason, and Emotion*. In: GALUPPO, Marcelo Campos (ed.) et al. **Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies**. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beihefte 146, p. 74, tradução nossa. Original: The best legislation and the most interesting and persuasive philosophy and interpretation of law will take our natural human emotions into account, as they relate to the possibility of a good life and the rules of a just society.

³⁴⁰ Como Sandel argumenta: “Já que ter caráter é saber que eu me movo em uma história que eu nem convoco, nem comando, o que, entretanto, traz consequências para minhas escolhas e conduta. Isso me aproxima de alguns e me distancia de outros; isso torna alguns objetivos mais apropriados, outros menos. Como um ser autointerpretante, sou capaz de refletir sobre a minha história e, neste sentido, distanciar-me disso, mas a distância é sempre precária e provisória, o ponto de reflexão nunca se coloca fora da própria história. Uma pessoa com caráter, assim, sabe que ela está implicada de várias maneiras mesmo que ela reflita e sinta o peso

O problema em descrever a natureza humana de forma incorreta, e em aplicar essa ideia à política, é correr o risco de negligenciar um dos *pathos* da política³⁴¹: o agir humano como o seu elemento mais fundamental e controverso. Mesmo Kant – um dos fundadores da moderna forma de pensar o livre-arbítrio e inspirador da maioria dos liberais –, tinha suas dúvidas sobre se alguma vez houve qualquer agir humano realmente livre na história. Portanto, se ser um homem livre significa agir como um não homem, é preciso dizer que isso não é possível, pois as paixões são inerentes à condição humana. Em outras palavras, é necessário reafirmar a fé na capacidade do homem em encontrar o bem comum na sociedade, mesmo que isso signifique ter que lidar com diferentes concepções do bem. Isso sem fingir ser outra coisa, mas um homem. Um homem singular, uma criatura política cuja identidade vai além de sua natureza racional. Não há outra maneira de libertar as pessoas, se não através da política. A política é um espaço privilegiado para encontrar, conhecer, entender e aprender a respeitar o outro.

Ser um animal político significa ficar junto e entrar em profundas discussões sobre a maioria das coisas de valor, como questões sobre moral, religião e filosofia. Nesse sentido, até mesmo Rawls disse certa vez que “aplicar os princípios da tolerância à própria filosofia é deixar para os próprios cidadãos resolverem as questões de religião, filosofia e moral em conformidade com visões que possuem livremente.”³⁴². (RAWLS, 1999, p. 154, tradução nossa). Todavia, a forma como o liberalismo concebe a tolerância é desautorizando as discussões profundas sobre valores na esfera pública.

Na história, o liberalismo político forneceu a resposta mais popular para essas questões, insistindo que a esfera pública deve ser o espaço da neutralidade, impermeável a particularidades. Como Berger explica, entretanto, “a neutralidade é uma bandeira mais confortável, menos politizada, sob a qual marchar em um terreno de consideráveis diferenças normativas” (BERGER, 2014, p. 120, tradução nossa)³⁴³. Contudo, cabe perguntar se, para

moral do que ela conhece.”. Ver: SANDEL, Michael J. **Liberalism and the Limits of Justice**. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 1998, p. 179, tradução nossa. Original: For to have character is to know that I move in a history I neither summon nor command, which carries consequences none the less for my choices and conduct. It draws me closer to some and more distant from others; it makes some aims more appropriate, other less so. As a self-interpreting being, I am able to reflect on my history and in this sense to distance myself from it, but the distance is always precarious and provisional, the point of reflection never finally secured outside the history itself. A person with character thus knows that he is implicated in various ways even as he reflects, and feels the moral weight of what he knows.

³⁴¹ SANDEL, Michael J. **Liberalism and the Limits of Justice**, *Op.cit.*, p. 183.

³⁴² To apply the principles of toleration to philosophy itself is to leave to citizens themselves to settle the questions of religion, philosophy, and morals in accordance with views they freely affirm.

³⁴³ Neutrality is a more comforting, less politicized banner under which to march in a landscape of considerable normative difference.

além de mais confortável, é também democraticamente mais desejável evitar divergências substanciais sobre concepções de vida boa com o intuito de promover a tolerância. De acordo com Sellers, há pelo menos uma corrente filosófica que, embora se assemelhe com o liberalismo, pretende ser mais resoluta para lidar com diferenças normativas:

A busca liberal pelo consenso político depende de se evitar controvérsias, enquanto que, para os republicanos, significa abraçá-las. Um liberal "razoável" respeita os pontos de vista errados. Um republicano razoável é aberto à persuasão já que os pontos de vista dele ou dela podem estar errados. (SELLERS, 1998, p. 113, tradução nossa)³⁴⁴.

Ao contrário dos liberais, os republicanos “incentivam a busca da verdade quando a verdade afeta o bem-estar comum da sociedade” (SELLERS, 1998, p. 113, tradução nossa)³⁴⁵. O liberalismo não acredita na capacidade de as pessoas concordarem umas com as outras no debate público. É tão sensível com as diferenças entre as pessoas que perde a sua fé na política, especialmente na capacidade das pessoas em concordarem uma com as outras. Contra isso, como expõe Sellers, os neorrepblicanos afirmam que “as pessoas podem concordar sobre a lei e a justiça se elas se propuserem a deliberar segundo um espírito de humildade e compromisso partilhado em relação ao bem comum” (SELLERS, 1998, p. 114, tradução nossa)³⁴⁶.

Nesse sentido, a teoria neorrepblicana pode ser compreendida como um complemento ao constitucionalismo liberal moderno. Como Sellers afirma, os republicanos argumentam contra “a tendência ‘pluralista’ de alguns liberais de negarem a possibilidade de persuasão moral”. (SELLERS, 1998, p. 119, tradução nossa)³⁴⁷. Assim, em oposição ao liberalismo político, os *liberais republicanos*³⁴⁸ confiam na capacidade dos cidadãos em construir um consenso social, é por isso que os republicanos querem levar todas as perspectivas em conta³⁴⁹. Mas, o liberalismo político insiste em evitar questões morais

³⁴⁴ The liberal search for political consensus depends on avoiding controversy, while republicans embrace it. A “reasonable” liberal respects wrong views. A reasonable republican is open to persuasion that his or her own views themselves may be wrong.

³⁴⁵ Encourage the search for truth when truth affects the common welfare of society.

³⁴⁶ People can agree about law and justice if they set out to deliberate in a spirit of humility and shared commitment to the common good.

³⁴⁷ The “pluralist” tendency of some liberals to deny the possibility of moral persuasion.

³⁴⁸ SELLERS, M. N. S. **The Sacred Fire of Liberty: Republicanism, Liberalism, and the Law**. New York: New York University Press, 1998, p. 119.

³⁴⁹ SELLERS, M. N. S. **The Sacred Fire of Liberty: Republicanism, Liberalism, and the Law**, *Op.cit.*, p. 119.

graves³⁵⁰, por superestimar o perigo de desacordo. Para ficar em um exemplo³⁵¹, o liberalismo político tende a colocar entre parênteses questões morais e religiosas no debate contemporâneo sobre o aborto³⁵². Isso porque o governo não deve tomar lado moral sobre o problema, mas deve ficar neutro, evitando falar sobre, por exemplo, o estatuto moral do embrião humano. No entanto, os cristãos têm um ponto aqui. Eles trazem uma discussão sobre quando começa a vida humana, ou pelo menos quando a vida humana começa a ter grande valor. Mesmo que essas questões morais sejam muito difíceis, é realmente razoável evitá-las? Parece que a melhor resposta é "não". Especialmente, porque ouvir argumentos morais não significa dizer que eles são a verdade. Como Sandel explica, “é simplesmente para mostrar que o caso do direito ao aborto não pode ser neutro em relação a essa controvérsia moral e religiosa” (SANDEL, 1996, p. 198, tradução nossa)³⁵³.

Ou seja, assim com a concepção liberal de Dworkin, os argumentos republicanos de Sellers e Sandel ajudam a fundar a defesa das liberdades e a tolerância em relação a todos os pontos de vista. Resta saber como essa discussão arraigada na jurisprudência da *Supreme Court* e na academia americana pode nos auxiliar a compreender a liberdade de expressão e o discurso de ódio no Brasil.

5.4 Uma jurisprudência em formação

O ponto de partida para a discussão sobre o discurso de ódio no Brasil é, inexoravelmente, o ano de 2003. Neste ano, o Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, o famoso Caso Ellwanger.

³⁵⁰ SANDEL, Michael J. **Liberalism and the Limits of Justice**. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 1998, p. 196.

³⁵¹ SANDEL, Michael J. **Liberalism and the Limits of Justice**, *Op.cit.*, p. 197 ss..

³⁵² No caso brasileiro, é comum que os argumentos morais ou religiosos sejam de pronto desclassificados em questões como a do aborto. Na justificativa do recente projeto de lei que visa descriminalizar e regulamentar a prática do aborto no Brasil, o Deputado Jean Wyllys (PSOL-RJ) argumenta que o único motivo para isso [a proibição do aborto] é a vontade de uma parcela do sistema político e das instituições religiosas de impor pela força suas crenças e preceitos morais ao conjunto da população, ferindo a laicidade do Estado. Parece claro que o Deputado Jean Wyllys segue aqui a tendência liberal de tomar o discurso moral ou religioso como uma afronta à neutralidade do Estado. Mais à frente ele também afirma que os processos eleitorais tem sido momentos em que esses grupos conservadores, em nome da falsa defesa da vida, chantageiam candidatas(os) e eleitorado para fazer prevalecer sua visão ideológica e ampliar as bases conservadoras no poder. O deputado, assim como os liberais, parece supor a concepção religiosa sobre o aborto ou a sua “visão ideológica” conservadora é irracional e, por isso, estranha à razoabilidade esperada como um a priori do debate público. Ver: WYLLYS, Jean. **Projeto de Lei nº [Sem número], de 2015**. Estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências.

³⁵³ It is simply to show that the case for abortion rights cannot be neutral with respect to that moral and religious controversy.

Nascido em 30 de setembro de 1928, na cidade de Candelária, no Rio Grande do Sul, Siegfried Ellwanger Castan foi um industrial e escritor brasileiro. Descendente de alemães, ganhou notoriedade pelas suas teses revisionistas sobre a Segunda Guerra Mundial, tendo publicado vários livros sobre o holocausto judeu. Porém, em 12 de novembro de 1991, o Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul ofereceu denúncia contra Ellwanger por racismo³⁵⁴. Em 1995, Ellwanger foi absolvido no primeiro grau de jurisdição. Entretanto, a partir de nova denúncia, foi condenado a dois anos de reclusão pela unanimidade dos desembargadores da 3ª Câmara Criminal do TJRS. Em 1998, Ellwanger então impetrou um *habeas corpus* perante o STF, no qual argumentou que, em sendo os judeus uma etnia, e não uma raça, o seu antissemitismo não poderia ser considerado racismo. A estratégia de defesa de Ellwanger consistia, pois, na desconfiguração do crime de racismo. Isso porque, caso fosse condenado por crime de discriminação ou preconceito, este já estaria prescrito, vez que a Constituição, nos termos artigo 5º, XLII³⁵⁵, estabeleceu a imprescritibilidade do crime de racismo, mas nada falou sobre discriminação ou preconceito. O STF, entretanto, afastou a tese da defesa para entender, por maioria de 7 a 3³⁵⁶, que a prática de antissemitismo é racismo.

A discussão no *Habeas corpus*, entretanto, foi além da questão de se saber se o antissemitismo é ou não é racismo. Em seus votos, os ministros discutiram longamente o lugar da liberdade de expressão na Constituição de 1988, prevalecendo o entendimento de que a liberdade de expressão deve sofrer restrições no caso. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que “não se pode atribuir primazia à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana”³⁵⁷. No mesmo sentido, o Ministro Carlos Velloso compreendeu que a liberdade de expressão não é absoluta e não deve “acobertar manifestações preconceituosas e que incitam a prática de atos de hostilidade contra grupos humanos”³⁵⁸.

O Caso Ellwanger já foi objeto de outros estudos³⁵⁹. Resta saber, no entanto, se o entendimento firmado pela Suprema Corte há quatorze anos ainda resta intacto.

³⁵⁴ Nos termos do artigo 20, caput, da Lei nº 7.716/89, com redação dada pela Lei 8.081/90, e nos termos artigo 5º, XLII, da Constituição Federal.

³⁵⁵ Art. 5º, XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

³⁵⁶ Vencidos os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto.

³⁵⁷ Ministro Gilmar Mendes, nos autos do HC 82.424/RS, p. 61.

³⁵⁸ Ministro Carlos Velloso, nos autos do HC 82.424/RS, p. 166.

³⁵⁹ Para duas análises do caso Ellwanger, ver: MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio**. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2009; e OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

5.4.1 O Caso Abib – RHC 134.682/BA

Em 2007, um conhecido padre de nome Jonas Abib lançou um livro intitulado *Sim, Sim, Não, Não – Reflexões de cura e libertação*. No livro, o padre faz diversas declarações ofensivas a adeptos do espiritismo e de religiões de origem africana, relacionando-as ao demônio. Em certo momento do livro, padre Jonas Abib afirma que:

O demônio, dizem muitos, ‘não é nada criativo’. Ele continua usando o mesmo disfarce. Ele, que no passado se escondia por trás dos ídolos, hoje se esconde nos rituais e nas práticas do espiritismo, da umbanda, do candomblé e de outras formas de espiritismo. Todas essas formas de espiritismo têm em comum a consulta aos espíritos e a reencarnação³⁶⁰.

Em outro momento, o padre considera que as imagens de Iemanjá são uma imitação de Nossa Senhora e incita os fiéis a “acabar” com as suas representações:

Acabe com tudo: tire as imagens de Iemanjá (que na verdade são um disfarce, uma imitação de Nossa Senhora). Acabe com tudo! Mesmo que seja uma estátua preciosa, mesmo que seja objeto de ouro, não conserve nada. Isso é maldição para você, sua casa e sua família³⁶¹.

Mais a frente, Jonas Abib prega que “os próprios pais e mães de santo e todos os que trabalham em centros e terreiros são as primeiras vítimas: são instrumentalizados por Satanás”³⁶², e que “o espiritismo é como uma epidemia e como tal deve ser combatido: é um foco de morte”³⁶³.

Entendendo se tratar de racismo, o Ministério Público do Estado Bahia ofereceu denúncia, em 2008, contra Jonas Abib, nos termos do artigo 20 da Lei 7.716/89³⁶⁴. O livro chegou a ser recolhido ainda em 2008 por decisão da Justiça Baiana. A defesa do padre impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça aduzindo, dentre outras alegações, a prescrição da pretensão punitiva estatal. Entretanto, seguindo o entendimento do STF no *Caso Ellwanger*, o STJ considerou que:

³⁶⁰ ABIB, Jonas. **Sim, Sim, Não, Não: Reflexões de cura e libertação**. São Paulo: Editora Canção Nova, 2007, p. 31-32.

³⁶¹ ABIB, Jonas. **Sim, Sim, Não, Não: Reflexões de cura e libertação**. Op. cit., p. 18.

³⁶² ABIB, Jonas. **Sim, Sim, Não, Não: Reflexões de cura e libertação**. Op. cit., p. 19.

³⁶³ ABIB, Jonas. **Sim, Sim, Não, Não: Reflexões de cura e libertação**. Op. cit., p. 21.

³⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 134.682/BA. Relator: Ministro Edson Fachin. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 nov. 2016.

Não procede a preliminar de prescrição da pretensa punitiva estatal, uma vez que o paciente foi denunciado como incurso no art. 20 da Lei n. 7.716/1989. Tratando-se de crime de racismo, incide sobre o tipo penal a cláusula de imprescritibilidade prevista no art. 5º, XLII, da Constituição Federal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o crime de racismo não se restringe aos atos preconceituosos em função de cor ou etnia, mas abrangem todo ato discriminatório praticado em função de raça, cor, etnia, religião ou procedência, conforme previsão literal do art. 20 da Lei n. 7.716/1989³⁶⁵. (Grifos nossos)

Denegada a ordem, a defesa de Jonas Abib impetrou *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal. O Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) 134.682/BA foi distribuído para a Primeira Turma do STF, com relatoria do Ministro Edson Fachin. Em 2016, em oposição à decisão do STJ, a Primeira Turma deu provimento ao Recurso e determinou o trancamento da ação penal pendente sob a justificativa de que a conduta era atípica³⁶⁶. A decisão foi por maioria de votos. Além do Relator, Ministro Edson Fachin, também votaram pelo trancamento da ação penal os Ministros Marco Aurélio Mello, Luís Roberto Barroso e Rosa Weber, vencido o Ministro Luiz Fux.

Após tecer considerações sobre a necessidade de tolerância em relação ao diferente diante do pluralismo da sociedade brasileira, o Ministro Edson Fachin aduziu que o proselitismo não materializa, por si só, uma conduta preconceituosa passível de incriminação, “ainda que acarrete incômodas comparações religiosas”³⁶⁷. Ademais, o Ministro considerou que o proselitismo “constitui não apenas desdobramento da liberdade de expressão religiosa, mas, mais que isso, figura como núcleo essencial desse direito, de modo que negar sua prática configuraria, inafastavelmente, excessiva restrição às liberdades constitucionais”³⁶⁸. Isso porque, segundo o Ministro Fachin:

O discurso proselitista associa-se ao dever de auxílio a adeptos de outras religiões, vistas como equivocadas. Objetiva-se assegurar que o outro alcance o mesmo nível moral em que o agente se vê inserido. O discurso que persegue alcançar, pela fê, adeptos de outras fês, não se qualifica intrinsecamente como discriminatório³⁶⁹.

Ou seja, do ponto de vista do Ministro, o discurso proselitista não se confunde com o

³⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 143.147/BA. Relator: Ministro Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/S). **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 31 mar. 2016.

³⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 134.682/BA. Relator: Ministro Edson Fachin. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 nov. 2016.

³⁶⁷ Ministro Edson Fachin, nos autos do RHC 134.682/BA, p. 9.

³⁶⁸ Ministro Edson Fachin, nos autos do RHC 134.682/BA, p. 9.

³⁶⁹ Ministro Edson Fachin, nos autos do RHC 134.682/BA, p. 12.

discurso discriminatório. Enquanto aquele está no âmbito da tolerância, este não pode estar. Nas palavras do Ministro:

Sendo assim, no embate entre religiões, a tolerância é medida a partir dos métodos de persuasão (e não imposição) empregados. Nessa direção, no contexto religioso, a tentativa de persuasão pela fé, sem contornos de violência ou que atinjam diretamente a dignidade humana, não destoa das balizas da tolerância. Também descabe potencializar o proselitismo, por si, para fins de reconhecimento de realização de uma espécie de guerra santa, mantida com base em discurso odioso, tampouco para legitimar atos de violência ou perseguição aptos a macular a dignidade humana³⁷⁰.

Isso significa que o Ministro pretende diferenciar, de um lado, o proselitismo, e, de outro, o discurso de ódio. Segundo o Ministro Fachin, a diferença se evidencia o ímpeto de suprimir ou reduzir a dignidade do diferente:

A explicitação de aspectos de desigualação, bem como da suposta inferioridade decorrente de aspectos religiosos não perfaz, por si, o elemento típico. **Indispensável que se verifique o especial fim de supressão ou redução da dignidade do diferente, elemento que confere sentido à discriminação que atua como verbo núcleo do tipo.**

Sendo assim, a afirmação de superioridade direcionada à realização de um suposto “resgate” ou “salvação”, apesar de indiscutivelmente preconceituosa, intolerante, pedante e prepotente, encontra guarida na liberdade de expressão religiosa e, em tal dimensão, não preenche o âmbito proibitivo da norma penal incriminadora³⁷¹. (Grifos nossos)

Nesses termos, o Ministro Edson Fachin votou pelo trancamento da ação penal movida pelo Ministério Público do Estado da Bahia em que Jonas Abib figurava como réu.

A Ministra Rosa Weber seguiu o relator aduzindo que:

Tamanha intolerância a ser, sem a menor dúvida, repudiada, não chega contudo às raias de atrair a aplicação do Direito Penal, como eu o compreendo, como um direito mínimo, **considerado sobretudo o valor maior da nossa Constituição, que é a liberdade de expressão**, e sobretudo compreendendo, na linha da também competente sustentação oral, que essas expressões todas, que causam inclusive - em mim causaram, registro -, repúdio, devem ser vistas num contexto mais amplo, e não de maneira isolada, em que, de fato, assumem gravidade, a meu juízo, muito maior³⁷². (Grifos nossos)

O Ministro Luiz Fux, todavia, divergiu do Relator nos seguintes termos:

³⁷⁰ Ministro Edson Fachin, nos autos do RHC 134.682/BA, p. 12-13.

³⁷¹ Ministro Edson Fachin, nos autos do RHC 134.682/BA, p. 15-16.

³⁷² Ministra Rosa Weber, nos autos do RHC 134.682/BA, p. 1.

A crença dessas pessoas que pertencem a uma religião adversa se baseia exatamente na credulidade sobre aquilo que elas preconizam. Então, no meu modo de ver, num primeiro momento, pareceu-me sempre um eufemismo essa autoabsolvição de que não estaria atingindo a crença dessas pessoas, estaria sendo tolerante, afirmando que essas pessoas, na realidade, estão possuídas pelo demônio, quando elas acreditam naquilo que elas estão praticando. E muitas pessoas que praticam essas religiões o fazem no sentido do bem, no sentido da cura da alma e da cura física também³⁷³.

O ponto de vista do Ministro Fux fica mais evidente quando, ao responder a um aparte da Ministra Rosa Weber, em que ela fazia referência aos cartunistas do Charlie Hebdo, o Ministro aduz que:

É essa a tolerância que acho mesmo. **A tolerância pode ser da atitude física - essa intolerância do terrorismo -, como a intolerância do *hate speech* - do discurso do ódio.** Porque não adianta falar uma coisa, e, dizer: "... olha, não estou querendo dizer isso". Eu entendi algumas passagens eufêmicas aqui nesse livro; mas é uma opinião isolada³⁷⁴.

Ou seja, o Ministro Fux considerou a expressão do padre Jonas Abib no livro pode ser entendida como um *discurso de ódio*. Nesses termos, o Ministro Fux votou pela denegação da ordem.

Em sentido contrário, o Ministro Luís Roberto Barroso aduziu que:

Quer dizer, são manifestações de absoluta inaceitação do outro, quer dizer, você é diferente de mim e pensa diferente do que eu penso, e, portanto, você não deveria nem ter o mesmo direito que eu tenho de estar aqui. Essa é uma forma, eu diria, menos feliz de professar a vida. Porém, e nesse ponto concordando com o eminente Relator, **a liberdade de expressão não protege apenas as falas com as quais eu concordo ou as falas de bom gosto. Justamente pelo contrário, a liberdade de expressão existe para proteger quem pensa diferente de mim. E mesmo os textos - e aqui uso expressões felizes utilizadas pelo Ministro Fachin - intolerantes, pedantes ou prepotentes também são protegidas pela liberdade de expressão**³⁷⁵. (Grifos nossos)

O Ministro Barroso também fez referência ao Caso Ellwanger para dizer que:

Penso que o único e grande limite à liberdade de expressão, como lembrou o Ministro Luiz Fux, está na questão do *hate speech*, ou seja, as manifestações de ódio, sobretudo, penso eu, quando dirigidas a grupos vulneráveis - portanto, negros, homossexuais -, e aí acho que acende uma liberdade amarela, mesmo no caráter preferencial o qual penso que tem a liberdade de expressão.

É por esta razão - eu não estava no Tribunal ainda - que eu não acompanharia as posições que foram manifestadas naquele julgamento, em belíssimos votos, pelos Ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto, **porque acho que naquele**

³⁷³ Ministro Luiz Fux, nos autos do RHC 134.682/BA, p. 1.

³⁷⁴ Ministro Luiz Fux, nos autos do RHC 134.682/BA, p. 3.

³⁷⁵ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do RHC 134.682/BA, p. 3.

contexto, que era o caso Ellwanger, os judeus devem ser tratados como um grupo vulnerável, historicamente vulnerável. E a negação do Holocausto e a negação do genocídio têm para um judeu um impacto depreciativo de um episódio que marcou a História desse povo.

De modo que não creio que este caso seja um caso em que se aplique a doutrina do *hate speech*. Ou seja, não acho que os espíritas sejam um grupo historicamente vulnerável para invocar o tipo de proteção que a exceção do *hate speech* admitiria. E embora considere que a fala do nosso padre ultrapasse todos os limites do erro escusável, não acho, todavia, que ela ultrapasse as fronteiras do crime.

Portanto, estou, igualmente ao Relator, dando provimento a este recurso. Não acho, pelo contrário, acho que são oportunas e relevantes as observações do Ministro Luiz Fux neste caso. **Apenas, como penso que a exceção do *hate speech* deve proteger grupos vulneráveis, que aqui não vislumbrei, por essa razão, não estou acompanhando Sua Excelência, e sim o Relator**³⁷⁶. (Grifos nossos)

Ou seja, o Ministro Barroso também afastou a possibilidade de aplicação da “exceção do *hate speech*”³⁷⁷ ao Caso Abib, porque considerou que, à diferença dos judeus, os espíritas (e também as religiões de matriz africana atacadas por Abib) não são um grupo historicamente vulnerável no Brasil.

Também fazendo referência explícita ao *Caso Ellwanger*, o Ministro Marco Aurélio Mello votou no sentido do Relator, aduzindo que “**a época não é de obscurantismo; a época é própria à veiculação de ideias**”³⁷⁸ (Grifos nossos), e que, por isso, estava votando pela concessão da ordem, assim como o fez pela “concessão da ordem no caso Ellwanger”³⁷⁹.

É interessante notar a dificuldade da Primeira Turma em conciliar o julgamento do *Caso Abib*, com o precedente do *Caso Ellwanger*. Na Ementa, a Primeira Turma buscou fazer uma difícil diferenciação entre as atitudes de Abib e Ellwanger nos respectivos casos, assentando que, com as suas expressões, Abib pretendeu, em verdade, prestar auxílio aos espíritas e às outras religiões de matriz africana:

A discriminação não libera consequências jurídicas negativas, especialmente no âmbito penal, na hipótese em que as etapas iniciais de desigualação desembocam na **suposta prestação de auxílio** ao grupo ou indivíduo que, na percepção do agente, encontrar-se-ia em situação desfavorável³⁸⁰. (Grifos nossos)

Entretanto, é notória a fragilidade da tese de que o padre pretendeu a suposta e mera prestação de auxílio àquelas religiões quando ele diz a respeito dos objetos de adoração das

³⁷⁶ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do RHC 134.682/BA, p. 2-3.

³⁷⁷ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do RHC 134.682/BA, p. 2-3.

³⁷⁸ Ministro Marco Aurélio Mello, nos autos do RHC 134.682/BA, p. 2.

³⁷⁹ Ministro Marco Aurélio Mello, nos autos do RHC 134.682/BA, p. 2.

³⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 134.682/BA. Relator: Ministro Edson Fachin. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 nov. 2016.

religiões a que pretende atacar: “**Acabe com tudo!**”³⁸¹ (Grifos nossos). Ou quando diz que o espiritismo “é como uma **epidemia** e como tal **deve ser combatido**: é um **foco de morte**”³⁸² (Grifos nossos). Essas não palavras de acolhimento, mas de ódio.

À dessemelhança do Caso Ellwanger, não há também nos votos qualquer referência à violência física e moral sofrida, sobretudo, pelas religiões afro-brasileiras. Nesse sentido, pesquisa da PUC Rio mostrou que mais da metade dos frequentadores de cultos afro-brasileiros no Rio de Janeiro já sofreram discriminação³⁸³. Apenas nos últimos dois anos, ocorreram queimas de casas de candomblé, de terreiros e centros de umbanda, além de imagens de culto de religiões afro-brasileiras no Estado de São Paulo³⁸⁴, em Rondônia³⁸⁵, no Piauí³⁸⁶, no Goiás³⁸⁷ e em Brasília³⁸⁸. Em Uberaba/MG, o túmulo do médium Chico Xavier foi depredado em outubro de 2017³⁸⁹.

Isso significa que, seja pelo próprio discurso de Abib, seja pelas suas consequências para grupos vulneráveis, a ordem do habeas corpus deveria ter sido denegada nos termos do precedente do Caso Ellwanger. Entretanto, o que Caso Abib evidencia é menos uma negligência da Primeira Turma com a jurisprudência do STF do que uma tendência de consolidação de uma jurisprudência da Suprema Corte mais favorável à liberdade de expressão. Nesse sentido, o Caso Abib está na esteira de casos como o da Lei de Imprensa (2009), da Marcha da Maconha (2011) e das Biografias (2015), entre outros.

³⁸¹ ABIB, Jonas. **Sim, Sim, Não, Não**: Reflexões de cura e libertação. Op. cit., p. 18.

³⁸² ABIB, Jonas. **Sim, Sim, Não, Não**: Reflexões de cura e libertação. Op. cit., p. 21.

³⁸³ Ver: FONSECA, Denise Pini Rosalem da (Org.); GIACOMINI, Sonia Maria (Org.). **Presença do Axé**: mapeando terreiros no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2013.

³⁸⁴ NUNES, Dimalice. Em três semanas, São Paulo tem oito ataques a religiões de matriz africana. **Carta Capital**, São Paulo, 03 out. 2017.

³⁸⁵ FREITAS, Júnior. Incêndios criminosos em terrenos revoltam moradores de Guajará, RO. **G1 Guajará-Mirim e Região**, Guajará-Mirim, 24 jul. 2017.

³⁸⁶ REDAÇÃO DA G1 PI. Polícia investiga quatro ataques em uma semana a centros de umbanda no PI. **G1 PI**, Teresina, 10 jul. 2017.

³⁸⁷ VELASCO, Murillo. Terreiro de candomblé é depredado e incendiado em Luziânia. **G1 GO**, Goiânia, 23 nov. 2017.

³⁸⁸ RODRIGUES, Mateus. Incêndio destrói imagem de Oxalá na Praça dos Orixás, em Brasília. **G1 DF**, Brasília, 11 abr. 2016.

³⁸⁹ GONÇALVES, Eliane. Túmulo do médium Chico Xavier é alvo de depredação em Uberaba, em Brasília. **EBC Radioagência Nacional**, Brasília, 02 out. 2017.

5.4.2 O Caso do Enem – MC SL 1.127/DF

Em 2017, a Ministra Cármen Lúcia julgou um interessante caso envolvendo a prova do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). O Escola Sem Partido Treinamento e Aperfeiçoamento (EIRELI-ME) havia ajuizado uma Ação Civil Pública contra o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) buscando o reconhecimento da nulidade de um dispositivo do Edital-INEP 13, de 7 de abril de 2017, que regulou o ENEM. O dispositivo estabelecia:

14.9. Será atribuída nota 0 (zero) à redação:

(...)

14.9.4 que apresente impropérios, desenhos e outras formas propositais de anulação, **bem como que desrespeite os direitos humanos, que será considerada “Anulada”**. (Grifos nossos)

A liminar requerida pelo Escola Sem Partido foi indeferida pelo Juízo Federal, mas, em sede de Agravo de Instrumento, a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região Primeira proveu o pedido da Associação e suspendeu o dispositivo do Edital. Então, na Medida Cautelar na Suspensão de Liminar (MC SL) 1.127/DF, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre o assunto.

Dentre os fundamentos do pedido, a Procuradoria-Geral da República fez referência ao precedente do Caso Ellwanger para discorrer sobre a ausência do caráter absoluto da liberdade de expressão e o compromisso do Brasil para com os direitos humanos. Ao rejeitar a limitar, porém, a Ministra Cármen Lúcia aduziu:

Não se combate a intolerância social com maior intolerância estatal. Sensibiliza-se para os direitos humanos com maior solidariedade até com os erros pouco humanos, não com mordaça. O que se aspira é o eco dos direitos humanos garantidos, não o silêncio de direitos emudecidos. Não se garantem direitos fundamentais eliminando-se alguns deles para se impedir possa alguém insurgir-se pela palavra contra o que a outro parece instigação ou injúria. Há meios e modos para se questionar, administrativa ou judicialmente, eventuais excessos. E são estas formas e estes instrumentos que asseguram a compatibilidade dos direitos fundamentais e a convivência pacífica e harmoniosa dos cidadãos de uma República³⁹⁰. (Grifos nossos)

Ou seja, novamente a Corte se distanciou do precedente estabelecido pelo Caso Ellwanger. Relativizando o temor em relação ao discurso de ódio, à “intolerância social”, a Ministra Cármen Lúcia privilegiou a liberdade de expressão.

³⁹⁰ Ministra Cármen Lúcia, nos autos da MC SL 1.127/DF, p. 9-10.

A decisão da Ministra causou inadvertida estranheza, além de injustificada revolta, em setores da sociedade civil brasileira. Em artigo publicado no portal *Justificando*, Paulo Iotti lamentou a decisão e afirmou que “a liberdade de expressão constitui outro lamentável mal-entendido nesse país”³⁹¹. Citando o Caso Ellwanger, afirmou ainda que “a liberdade de expressão não protege discursos de ódio nem violações a direitos humanos. Isso é pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”³⁹². Em artigo conjunto para o Portal *Consultor Jurídico*, Lênio Streck, Marcelo Cattoni e Francisco Prates criticaram a decisão da Ministra em referência ao, como chamaram, “o *leading case* sobre as fronteiras da liberdade de expressão diante de possíveis discursos de ódio, qual seja, o HC 82.424/RS”³⁹³.

Evidentemente, não há nada de errado em juristas discordarem e criticarem a jurisprudência da Suprema Corte. Entretanto, parece-nos que se trata, aqui, de outra questão: os autores não perceberam que os anos têm consolidado uma jurisprudência da Corte mais favorável à liberdade de expressão, menos temerosa dos seus riscos e mais inclinada a abraçá-la e defendê-la.

Mas os riscos da liberdade ainda persistem. É como advertia Dworkin: *os arruaceiros nos lembram daquilo que costumamos esquecer: do preço da liberdade, que é alto, as vezes insuportável. Mas a liberdade é importante, importante a ponto de poder ser comprada ao preço de um sacrifício muito doloroso*. No Brasil, a história não autoriza o otimismo em relação à garantia dos direitos. Ao contrário, clama pela constante vigília em relação aos donos do poder, sejam eles políticos ou juízes. O ânimo e a diversidade do nosso povo, porém, autoriza a crença na tolerância e nos previne do temor excessivo em relação à ignorância e ao preconceito.

CONCLUSÃO

No primeiro capítulo, desenvolvemos a compreensão de que a liberdade de expressão está ligada historicamente ao conceito de tolerância. Para tanto, criamos uma narrativa que aborda a tolerância na Antiguidade e a tolerância moderna para mostrar a centralidade da ideia de tolerância na Modernidade. Nesse sentido, mostramos que a compreensão da

³⁹¹ IOTTI, Paulo. O ENEM, os direitos humanos, a liberdade de expressão e a lógica da dominação, **Justificando**, 13 nov. 2017.

³⁹² IOTTI, Paulo. O ENEM, os direitos humanos, a liberdade de expressão e a lógica da dominação. **Justificando**, 13 nov. 2017.

³⁹³ CATTONI, Marcelo; PRATES, Francisco; STRECK, Lênio. Pode escrever "direitos humanos são esterco" no Enem? Não!, **ConJur**, 21 nov. 2017.

tolerância na modernidade se relaciona especialmente à conjuntura de diferentes concepções do bem, sobretudo quanto à religião, passarem a existir em um mesmo tempo e lugar. Para tanto, abordamos os estudos de Locke sobre a tolerância religiosa. Passando por Voltaire e outros, apresentamos o conceito do “livre mercado de ideias”, uma ideia de Mill que influencia sobremaneira o debate atual sobre a liberdade de expressão. No final do capítulo, enfim, desenvolvemos uma compreensão da liberdade de expressão a partir da evolução da jurisprudência sobre o *free speech* nos Estados Unidos.

No segundo capítulo, desenvolvemos uma narrativa que percorre a história das primeiras constituições brasileiras ao desenvolvimento atual da jurisprudência pátria sobre a liberdade de expressão. Para tanto, discutimos a forma como as antigas constituições brasileiras abordaram as liberdades, assim como a maneira como a Constituição de 1988 trata do assunto, além dos tratados e convenções internacionais sobre a liberdade de expressão que vigoram no Brasil. Em seguida, analisamos o Caso da Lei de Imprensa (ADPF nº 130/DF, de 2009) e o Caso das Biografias (ADI nº 4.815/DF, de 2015) para demonstrar como foram dados os primeiros passos no sentido da consolidação do entendimento atual do STF sobre a liberdade de expressão. Nesse contexto, analisamos os votos dos Ministros em um diálogo com a jurisprudência da *Supreme Court*.

No terceiro capítulo, mostramos que algumas concepções da Primeira Emenda à Constituição Americana se prestam a fundar o entendimento firmado pela maioria dos Ministros nos Casos da Lei de Imprensa e das Biografias. Nesse sentido, desenvolvemos as concepções de Meiklejohn, Sunstein e Fiss sobre a *First Amendment*. Em seguida, mostramos como essas concepções, sobretudo a de Fiss, se servem a justificar considerações de alguns Ministros contrárias à liberdade de expressão, mas sobretudo à liberdade de imprensa, no Caso da Lei de Imprensa. Ao final do capítulo, a pretexto do temor expressado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto no caso da ADPF 130, fazemos algumas considerações sobre o discurso de ódio, introduzindo uma discussão que foi melhor desenvolvida no último capítulo.

No quarto capítulo, desenvolvemos o polêmico debate sobre a proteção ou proibição do discurso de ódio. Para tanto, retomamos a concepção do livre mercado de ideias de Mill para demonstrar a sua insuficiência para dar conta da polêmica. Em seguida, apresentamos o argumento de Baker que relaciona a autonomia individual à necessidade da garantia da liberdade de expressão. Mais a diante, desenvolvemos os argumentos de Waldron que pretendem fundar a necessidade da legislação contra o discurso de ódio. Como mostramos, para Waldron, há um dano inerente ao discurso de ódio: ele tornaria mais difícil o gozo da igual-cidadania por parte de cidadãos que pertencem a grupos vulneráveis.

No quinto capítulo, desenvolvemos o argumento de Dworkin sobre qual é a concepção mais adequada da Primeira Emenda em vista da garantia da liberdade e da igualdade. Nesse contexto, abordamos a polêmica questão da proibição de certas formas de pornografia. Essa discussão tornou possível refutar, com Dworkin, os argumentos de Waldron a favor da legislação contra o discurso de ódio. Em seguida, desenvolvemos uma defesa do *free speech* a partir da concepção dworkiniana de que há uma cooriginalidade entre a liberdade e a igualdade, e também a partir de uma matriz republicana, com Sellers e Sandel. Em seguida, analisamos a decisão do STF no Caso Abib (RHC 134.682/BA) para mostrar que ela representa um distanciamento da Primeira Turma em relação ao precedente do Caso Ellwanger (HC 82.424/RS). Em seguida, analisamos a decisão monocrática da Ministra Cármen Lúcia no Caso do Enem (MC SL 1.127/DF), demonstrando que também esse julgamento evidencia a progressiva consolidação de uma nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a liberdade de expressão.

Por fim, foi possível concluir que há uma tendência jurisprudencial que vem se desenvolvendo na última década no Brasil. Ela se evidencia a partir da análise de, entre outras, decisões da Suprema Corte no Caso da Lei de Imprensa e no Caso das Biografias. Essas decisões consolidaram a ideia de que a liberdade de expressão tem uma posição de preferência em relação a outros direitos fundamentais, sendo vedada qualquer forma de censura prévia. Por outro lado, a progressiva consolidação de uma jurisprudência mais favorável à liberdade tem repercussões também no caso do discurso de ódio. A decisão no Caso Abib (RHC 134.682/BA) representa, na prática, um distanciamento da Primeira Turma em relação ao precedente do Caso Ellwanger (HC 82.424/RS). Da mesma forma, a decisão monocrática da Ministra Cármen Lúcia no Caso do Enem (MC SL 1.127/DF) evidencia um menor temor da Suprema Corte em relação ao discurso de ódio.

Como demonstramos, essa progressiva mudança de entendimento da Corte sobre o discurso de ódio pode ser melhor compreendida a partir do debate acadêmico. Ao contrário de autores como Waldron, Dworkin fornece um argumento importante em defesa da liberdade de expressão. Para Dworkin, a liberdade de expressão não se baseia apenas nas consequências da garantia da liberdade, mas leva em conta a necessidade de tomar os cidadãos adultos como “agentes morais responsáveis”. Essa é uma exigência essencial e constitutiva de uma sociedade política justa, pois é preciso conceber as pessoas como moralmente responsáveis em tomar suas próprias decisões e também em julgar sobre o que é bom ou mau na vida e na política, e assim também em relação à justiça ou a fé. Por outro lado, defendemos, com Sellers e Sandel, que mesmo as questões morais sejam muito difíceis, não é razoável evitá-las.

Isso, especialmente, porque ouvir argumentos morais não significa dizer que eles são a verdade. Portanto, a consolidação progressiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que confere à liberdade de expressão preferência em relação a outros direitos, ao mesmo tempo em que é menos temerosa em relação ao discurso de ódio, está ancorada na melhor concepção mais adequada da liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

- AHLMARK, Per. A tragédia da tolerância: a conciliação com as tiranias. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**: Foro Internacional sobre a Intolerância. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- BALIEIRO, Fabiana Pires e Silva. O mundo depois da crise de 2008. **Época Negócios**. São Paulo: 25 set. 2013. Link: <http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Visao/noticia/2013/09/o-mundo-depois-da-crise-de-2008.html>
- BAKER, C. Edwin. **Human Liberty and Freedom of Speech**. New York: Oxford University Press, 1989.
- BERGER, Benjamin L.. Religious Diversity, Education, and the "Crisis" in the State Neutrality. **Canadian Journal of Law and Society**, v. 29, n. 1, 2014.
- BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: BERLIN, Isaiah. **Four Essays on Liberty**. London: Oxford University Press, 1969.
- BOLLER, Paul F.; GEORGE, John H.. **They Never Said It: A Book of Fake Quotes, Misquotes, and Misleading Attributions**. New York: Oxford University Press, 1990.
- BORK, Robert H.. Neutral Principles and Some First Amendment Problems, **Indiana Law Journal**, Volume 47, Number I, 1971, p. 1-35.
- BRANDEIS, Louis. Nos autos do caso *Whitney vs. California* 274 U.S. 357, 1927.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/DF. Relatora: Carmen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 fev. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=28&dataPublicacaoDj=16/02/2016&incidente=4271057&codCapitulo=2&numMateria=22988&codMateria=8> Acesso em: 19 nov. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 134.682/BA. Relator: Ministro Edson Fachin. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 nov. 2016.
- BRETAS, Valéria. O que diz o brasileiro sobre a descriminalização da maconha. **Exame**, São Paulo, 1 jun. 2016. Link: <https://exame.abril.com.br/brasil/o-que-diz-o-brasileiro-sobre-a-descriminalizacao-da-maconha>.
- BRUGGER, Winfried. Proteção ou proibição ao discurso de ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano. **Revista de Direito Público**, vol. 1, n. 15, jan.-mar. 2007, p. 117-136.

CANTO-SPERBER, Monique. Tolerância, neutralidade e pluralismo na tradição liberal. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**: Foro Internacional sobre a Intolerância. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

CATTONI, Marcelo; PRATES, Francisco; STRECK, Lênio. Pode escrever "direitos humanos são esterco" no Enem? Não!, **ConJur**, 21 nov. 2017. Link: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-21/opinioao-escrever-direitos-humanos-sao-esterco-enem-nao>.

CHOURAQUI, André. O povo da Aliança. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**: Foro Internacional sobre a Intolerância. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

COHEN, Andrew Jason. What Toleration Is. **Ethics**. The University of Chicago Press. Vol. 115, No. 1, 2004, p. 68-95.

DE ROMILLY, Jacqueline. A Grécia Antiga contra a intolerância. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**: Foro Internacional sobre a Intolerância. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 31-34.

DE VITA, Álvaro. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DESCARTES, René. **Meditações sobre a filosofia primeira**. Tradução de Fausto Castilho. Campinas: UNICAMP, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ECO, Umberto. Definições léxicas. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**: Foro Internacional sobre a Intolerância. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

FISS, Owen M. **The Irony of Free Speech**. London: Harvard University Press, 1996. Kindle edition.

FONSECA, Denise Pini Rosalem da (Org.); GIACOMINI, Sonia Maria (Org.). **Presença do Axé**: mapeando terreiros no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2013.

GALUPPO, Marcelo Campos. Comunitarismo. In: TRAVESSONI, Alexandre (Org.). **Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito**. São Paulo: LTr, 2011.

FREITAS, Júnior. Incêndios criminosos em terrenos revoltam moradores de Guajará, RO. **G1 Guajará-Mirim e Região**, Guajará-Mirim, 24 jul. 2017. Link: <https://g1.globo.com/ro/guajara-mirim-regiao/noticia/incendios-criminosos-em-terrenos-revoltam-moradores-de-guajara-ro.ghml>.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. **A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo**. Comunicação apresentada na mesa redonda “Câmbio epistemológico e jurídico”, realizado no II Congresso Internacional de Ética e Cidadania, Curitiba, em outubro de 2000.

GALUPPO, Marcelo Campos. Democracia e tolerância. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Org.); SOARES, Fabiana de Menezes. **Filosofia do Direito**: Novos cenários, velhas questões. Barueri: Manole, 2004, p. 221-236

GALUPPO, Marcelo Campos. Matrizes do Pensamento Jurídico: um exemplo a partir da literatura. In: GALUPPO, Marcelo Campos. (Org.). **O Brasil que Queremos**: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. 1ed., Belo Horizonte: PUC Minas, 2006, p. 515-530.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: Um breve Manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GONÇALVES, Eliane. Túmulo do médium Chico Xavier é alvo de depredação em Uberaba, em Brasília. **EBC Radioagência Nacional**, Brasília, 02 out. 2017. Link: <http://radioagencianacional.ebc.com.br/geral/audio/2017-10/tumulo-do-medium-chico-xavier-e-alvo-de-depredacao-em-uberaba>.

GOVERNMENT PUBLISHING OFFICE, **Amendments to the Constitution of the United States of America**, 1791. Link: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-CONAN-1992/pdf/GPO-CONAN-1992-7.pdf>

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HÉRITIER, Françoise. O Eu, o Outro e a intolerância. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**: Foro Internacional sobre a Intolerância. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **Os Artigos Federalistas**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

IOTTI, Paulo. O ENEM, os direitos humanos, a liberdade de expressão e a lógica da dominação, **Justificando**, 13 nov. 2017. Link: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/11/13/enem-direitos-humanos-e-discursos-de-odio-um-lamentavel-mal-entendido>.

JEFFERSON, Thomas. **United States Declaration of Independence**. Filadélfia: 04 de julho de 1776. Link: <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KYMLICKA, Will. **Contemporary Political Philosophy**: An Introduction. Oxford [England]: New York: Clarendon Press, 1990.

LE GOFF, Jacques. As raízes medievais da intolerância. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**: Foro Internacional sobre a Intolerância. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

LEMES, Conceição. Juiz vai a julgamento no Rio de Janeiro por pendurar quadro que denuncia genocídio contra os pobres. **Viomundo**, Higienópolis, 09 mar. 2014.

LEPENIES, Wolf. A intolerância: terrível virtude. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**: Foro Internacional sobre a Intolerância. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

LEWIS, Anthony. **Freedom for the Thoughts That We Hate**: A Biography of the First Amendment. New York: Basic Books, 2007.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos**: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana. São Paulo: Aracati, 2011.

LIMA, Venício A. de. A censura disfarçada. In: GUIMARÃES, Juarez (Org.); LIMA, Venício A. de. (Org.). **Liberdade de expressão**: as várias faces de um desafio. São Paulo: Paulus, 2013, p. 87-109.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. **Ética e direito**. Organização e introdução de Cláudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Loyola, 2002.

LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. Tradução de Ari Ricardo Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2007.

LUIZ, Gabriel. Justiça arquiva processo movido por Gilmar Mendes contra Monica Iozzi. **G1 Distrito Federal**, Brasília, 22 maio 2017. Link: <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/justica-do-df-arquiva-processo-movido-por-gilmar-mendes-contr-monica-iozzi.ghml>.

MACKINNON, Catharine A., Pornography as Defamation and Discrimination. **Boston University Law Review**, 1991.

MACINTYRE, Alasdair C. **After Virtue**: A Study in Moral Theory. 2nd ed. Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press, 1984.

MEIKLEJOHN, Alexander. **Free Speech and Its Relation to Self-Government**. New York: Harper Brothers Publishers, 1948.

MEIKLEJOHN, Alexander. **Political Freedom**: The Constitutional Powers of the People. New York: Oxford University Press, 1965.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio**. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2009.

MEREU, Italo. A intolerância institucional: origem e instauração de um Sistema sempre dissimulado. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**: Foro Internacional sobre a Intolerância. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Boston: Ticknor and Filds, 1863. Disponível em: <https://archive.org/stream/onliberty05millgoog#page/n4/mode/2up>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado**; São Paulo: Saraiva, 1950.

NUNES, Dimalice. Em três semanas, São Paulo tem oito ataques a religiões de matriz africana. **Carta Capital**, São Paulo, 03 out. 2017. Link: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/em-tres-semanas-sao-paulo-tem-oito-ataques-a-religioes-de-matriz-africana>.

NOZICK, Robert. **Anarchy, State and Utopia**. Blackwell: Oxford, 1974.

OBAMA, Barack. Remarks by the President on Executive Compensation. **The White House President Obama**. Washington D.C., 4 fev. 2009. Link: <https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2009/02/04/new-rules>.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PERROT, Michelle. O intolerável. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância: Foro Internacional sobre a Intolerância**. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

PLATÃO. Defesa de Sócrates. Tradução de Jaime Bruna. In: PESSANHA, José Américo Motta (Seleção de textos). **Os Pensadores: Sócrates**, 4. ed., São Paulo: Nova Cultural, 1987.

PLATÃO. **República**. Rio de Janeiro: Editora Best Seller, 2002.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Orientações para elaboração de trabalhos técnicos científicos**: projetos de pesquisa, teses, dissertações, monografias, relatórios entre outros trabalhos acadêmicos, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Belo Horizonte, 2016. Disponível em <<http://www.pucminas.br/biblioteca/>>. Acesso em 4 nov. 2017.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Rev. ed. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John. **Political Liberalism** (Expanded Edition). New York: Columbia University Press, 2005.

RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014.

REDAÇÃO DA EXAME. Após protestos, Santander fecha museu sobre diversidade. **Exame**. São Paulo, 11 set. 2017. Link: <https://exame.abril.com.br/estilo-de-vida/apos-protestos-santander-fecha-museu-sobre-diversidade>.

REDAÇÃO DO G1 PI. Polícia investiga quatro ataques em uma semana a centros de umbanda no PI. **G1 PI**, Teresina, 10 jul. 2017. Link:

<https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/policia-investiga-quatro-ataques-em-uma-semana-a-centros-de-umbanda-no-pi.ghml>.

REDAÇÃO DO G1 RIO. Caso Amarildo: juíza condena 12 dos 25 policiais militares acusados. **G1 Rio**, Rio de Janeiro, 1 fev. 2016. Link: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/02/caso-amarildo-juiza-condena-13-dos-25-policiais-militares-acusados.html>.

REDAÇÃO DO UOL. Deputado Bolsonaro ajuda PMs a processarem autor de charge exposta no TJ-RJ. **Uol Notícias**, Rio de Janeiro, 29 ago. 2013. Link: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/08/29/deputado-bolsonaro-ajuda-pms-a-processarem-autor-de-charge-exposta-no-tj-rj.htm>.

RICOUER, Paul. Etapa atual do pensamento sobre a intolerância. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**: Foro Internacional sobre a Intolerância. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

RODRIGUES, Mateus. Incêndio destrói imagem de Oxalá na Praça dos Orixás, em Brasília. **G1 DF**, Brasília, 11 abr. 2016. Link: <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/04/incendio-destroi-imagem-de-oxala-na-praca-dos-orixas-em-brasilia.html>.

ROMILLY, Jacqueline de. A Grécia Antiga ontra a intolerância. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**: Foro Internacional sobre a Intolerância. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

ROSENFELD, Michael. Hate Speech in Constitutional Law Jurisprudence: A Comparative Analysis. **Working Paper Series** 41/11, 2001. Disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939. Acesso em 24.03.2017.

ROSENFELD, Michael. Extremist Speech and the Paradox of Tolerance. **Harvard Law Review** 100/1457-1481, 1987.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SALGADO, Joaquim Carlos. Justiça. In: TRAVESSONI, Alexandre (Org.). **Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito**. São Paulo: LTr, 2011.

SANDEL, Michael J. **Democracy's Discontent**: America in Search of a Public Philosophy. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1996.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANDEL, Michael J. **Liberalism and the Limits of Justice**. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 1998.

SANDEL, Michael J. **What Money Can't Buy**: The Moral Limits of Markets. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012, Kindle Edition.

SCHNAPPER, Dominique. A neutralidade religiosa do Estado, instituição de tolerância. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**: Foro Internacional sobre a Intolerância. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

SELLERS, Mortimer N. S., Law, Reason, and Emotion. In: GALUPPO, Marcelo Campos (ed.) at all. **Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies**. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beihefte 146.

SELLERS, M. N. S. **The Sacred Fire of Liberty**: Republicanism, Liberalism, and the Law. New York: New York University Press, 1998.

STARLING, Heloisa Maria Murgel. A matriz norte-americana. In: BIGNOTTO, Newton. **Matrizes do republicanismo**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013, p. 231-314.

SUNSTEIN, Cass R. **Democracy and the Problem of Free Speech**. New York: The Free Press, 1995.

SUNSTEIN, Cass R.. **One Case at a Time**: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court 1995 Term Foreword: Leaving Things Undecided. **Harvard Law School**. 110, 1996.

TORRES, Livia. Família de Amarildo comemora casa comprada na Rocinha com doações. **G1 Rio**, Rio de Janeiro, 29 out. 2013. Link: <http://glo.bo/1f2yA30>.

TÚLIO, Silvio. Juiz proíbe artista de fazer esculturas de santos inspiradas na cultura pop. **G1 Goiás**, Goiânia, 1 jun. 2016. Link: <http://glo.bo/1O4Ized>.

VELASCO, Murillo. Terreiro de candomblé é depredado e incendiado em Luziânia. **G1 GO**, Goiânia, 23 nov. 2017. Link: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/terreiro-de-candomble-e-depredado-e-incendiado-em-luziania.ghml>.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: a propósito da morte de Jean Calas. São Paulo: Escala, 2002.

WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

WALZER, Michael. **On Toleration**. New Haven: Yale University Press, 1997.

WALZER, Michael. The Politics of Difference: Statehood and Toleration in Multicultural World. **Ratio Juris**. Vol. 10. Nº 2, 1997, p. 165-176.

WILLIAMS, Roger. **The Bloody Tenent of Persecution for Cause of Conscience**. London: Cornell University Library, 1848.

WISMANN, Heinz. A tolerância na filosofia alemã. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**: Foro Internacional sobre a Intolerância. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

WOLFF, Robert Paul. Além da tolerância. In: MARCUSE, Herbert (Org.); MOORE JR., Barrington (Org.); WOLFF, Robert Paul (Org.). **Crítica da tolerância pura**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970.

WYLLYS, Jean. **Projeto de Lei nº [Sem número], de 2015**. Estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências. Link: <https://goo.gl/Hxqc9N>.

YAVETZ, Zvi. Intolerância: romanos e gregos, egípcios e judeus. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**: Foro Internacional sobre a Intolerância. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.