

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

FILOSOFIA DO DIREITO

CLARA ANGÉLICA GONÇALVES CAVALCANTI DIAS

JEAN CARLOS DIAS

LEONEL SEVERO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Clara Angélica Gonçalves C. Dias; Jean Carlos Dias; Leonel Severo Rocha – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-621-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

FILOSOFIA DO DIREITO

Apresentação

O GT FILOSOFIA debateu entre os seus membros e aprovou devido a sua excelente qualidade, em resumo, os seguintes textos:

TRABALHO 1.

Análise da linguagem e direito a partir de Montaigne. Crítica a linguagem -afirmando que a função representativa não é tão evidente quanto possa aparecer. No mesmo sentido, afirma-se a respeito da norma jurídica (preocupando-se com o fundamento da utilidade das leis) que o seu sentido linguístico pode ser objeto de reflexão nos mesmos modos dos textos não normativos.

TRABALHO 2.

O trabalho adota como referencial o pensamento de Habermas e propõe uma abordagem democrática inclusiva que exige uma conscientização dos agentes comunicativos para integrar-se aos procedimentos deliberativos.

TRABALHO 3.

Analisou de forma crítica a legislação que rege a imigração no Brasil, questionando as classificações legais e analisando várias situações em que essa norma pode gerar dificuldades de interpretação e aplicação.

TRABALHO 4.

O texto defendido defende uma abordagem kantiana da teoria dos princípios na teoria do Direito contemporâneo propondo uma reinterpretação da clássica distinção entre o Direito e a Moral.

Trabalho 5.

O trabalho analisa, segundo o pensamento de Hegel, as ideias gerais da chamada reforma trabalhista propondo uma leitura intervencionista dessas disposições rejeitando a possibilidade de autonomia e liberdade de negociação entre empregadores e empregados.

Trabalho 6.

O trabalho propõe uma reconstrução do pensamento kantiano, adotando uma perspectiva crítica fundada nas ideias de Foucault. Há sobretudo uma exposição a respeito do poder do conhecimento e sua forma de produção no mundo pós-moderno.

Trabalho 7.

O estudo baseado no pensamento de Hobbes indica a tendência atual de construção de estruturas de manipulação no Estados pós-modernos de modo a controlar os discursos e, assim, da própria subjetivação das relações de poder e saber conforme as ideias de Foucault.

Trabalho 8.

O texto apresentado sugere a reconstrução dos conceitos de Estado e Democracia tendo por eixo o debate sobre o direito adquirido, entendido como uma cláusula da estabilização das relações sociais e jurídicas, usando como fundamento uma tentativa de dialogo entre Habermas e Weber.

Texto 9.

O texto sustenta, com base em Hegel que o que marca a idade moderna e a posição que o homem tem que tomar frente a independência diante da autoridade. Examina a construção da subjetividade dos direito humanos sob uma perspectiva hegeliana.

Texto 10.

O estudo examina as relações éticas derivadas de relações tecnológicas de alta complexidade. Propõe assim uma base principiologica a partir do direito como integridade segundo a visão de Ronald Dworkin.

Trabalho 11.

A partir da demonstração de desproporções de representação nas relações políticas, em especial em desfavor dos povos indígenas, usa o instituto processual da suspensão de segurança como veículo para refletir a respeito das relações do biopoder com suporte no pensamento de Giorgio Agamben.

TRABALHO 12.

Reflexão sobre o estado de exceção na concepção de Carl Schmitt. Reflete acerca das democracias contemporâneas a partir da reconstrução da ideia de legitimidade do Estado para afastar a sustentar a manutenção da ordem jurídica vigente face o risco de constituição de um Estado totalitário.

TRABALHO 13.

O texto examina a Liberdade de expressão e de imprensa - direito comparado norte americano e brasileiro. Sugere uma Análise dos precedentes judiciais no Brasil e na suprema corte americana como veículo para sustentar a necessidade de fortalecimento dessa liberdade básica, em especial, no Brasil.

TRABALHO 14.

O texto propõe uma reconstrução do conceito da dignidade da pessoa humana a partir de um exame reconstutivo do tema no âmbito da história da filosofia geral. Sustenta que não é possível uma percepção exclusivamente normativa, regulada pelo direito, sem recurso a filosofia.

TRABALHO 15.

O texto propõe uma retomada do pensamento de Hans Kelsen sobretudo a partir de uma tentativa de confirmação da dualidade do ser e do dever-ser em seu pensamento. Sugere que essas premissas têm sido mal compreendidas e busca uma revisão a partir da ideia de norma fundamental.

TRABALHO 16.

O trabalho busca analisar o conceito de sanção, iniciando com uma perspectiva política centrada no pensamento de Hobbes e relacionando-o à teoria de Kelsen. O texto sugere que esse diálogo pode ser produtivo para a adequada compreensão do conceito de norma em Kelsen.

TRABALHO 17.

O texto propõe uma análise do Art. 48 da Constituição de Weimar como indutor para a reflexão a respeito do limite da ordem política e poder político. Em especial, reflete a respeito da questão da justiça política com base no pensamento de Rawls. Sustenta que seria a saída para unir a autonomia de autodeterminação, que significa escrever as leis nas quais você homem se insere como sujeito e objeto.

TRABALHO 18.

O trabalho propõe uma leitura mais rigorosa do pensamento de Kelsen. Sustenta a base democrática no positivismo político Kelsen sugerindo que uma abordagem consorciada entre a teoria da ciência política e a teoria do direito pode ser necessária para a correta compreensão do autor.

Trabalho 19.

O texto sugere a ideia de macrofilosofia aplicada ao direito, buscando explicar o conceito e cabimento da macrofilosofia na questão social.

A partir daí desenvolve o conceito da visão holística do objeto - algo que abarcasse o objeto com a visão da filosofia e outras áreas. Propõe, assim, a interdisciplinaridade no estudo do Direito.

Trabalho 20.

O texto sugere que o conceito de dúvida razoável tem impacto na atuação do Juri no Brasil. Critica o termo dúvida razoável e analisa o fato utilizando da jurisprudência norte americana. Analisa o que se espera realmente da figura do jurado; a segurança sobre a culpabilidade do réu e na dúvida razoável.

Prof. Dr. Jean Carlos Dias – CESUPA

Profa. Dra. Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias - UFS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A CONCEPÇÃO NORTE-AMERICANA DA POSIÇÃO DE PREFERÊNCIA DAS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA E O DIREITO BRASILEIRO

THE AMERICAN CONCEPTION OF THE PREFERRED POSITION OF FREE SPEECH AND FREEDOM OF THE PRESS AND THE BRAZILIAN LAW

**Vitor Amaral Medrado
Marcela Fontenelle Grillo**

Resumo

Há uma tendência recente na jurisprudência brasileira de proteção especial das liberdades de expressão e de imprensa, considerando-as como direitos que detêm uma posição de preferência no ordenamento jurídico. Entretanto, essa concepção da posição de preferência das liberdades não é uma criação da jurisprudência brasileira, mas da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Como defendemos, a posição de preferência das liberdades (preferred position) fornece um fundamento teórico e prático para a proibição constitucional da censura prévia e da exigência de licença, o que pode ser notado em dois casos brasileiros: o da Lei de Imprensa e o das Biografias.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, Liberdade de imprensa, Censura, Discurso de ódio, Primeira emenda à constituição dos estados unidos

Abstract/Resumen/Résumé

There is a recent tendency in Brazilian jurisprudence for special protection of the freedoms of expression and of the press, considering them as rights that hold a position of preference in the legal order. However, this conception of the preference position of freedoms is not a creation of Brazilian jurisprudence, but of the jurisprudence of the Supreme Court of the United States. As we argue, the preferred position of freedoms provides a theoretical and practical basis for the constitutional prohibition of prior censorship and license requirement, which can be noted in two Brazilian cases: the Press Law and the Biographies.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Free speech, Freedom of the press, Censorship, Hate speech, First amendment to the united states constitution

1. INTRODUÇÃO

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”. Em vista do seu reconhecimento e garantia como direito humano fundamental, a liberdade de expressão (e também a liberdade de imprensa) guarda relação intrínseca com a história dos Estados Unidos. Desde os tempos coloniais até os dias de hoje, o *free speech* tem sido 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.

A consolidação da jurisprudência que privilegia a liberdade de expressão em relação a outros direitos nos Estados Unidos 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, visto que derivam “seus justos poderes do consentimento dos governados” (JEFFERSON, 1776, tradução nossa)¹. Para os *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)². 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.

2. O *FREE SPEECH* NO PERÍODO COLONIAL

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

¹ Their just powers from the consent of the governed.

² Whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it.

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).³

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 vigorar 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 os representantes de tais entidades. 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 à lei. Nesse contexto do final do Século XVII e início do Século XVIII, várias autoridades começaram a temer a possibilidade de os 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 princípio fundamental.

3. A DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE VIRGÍNIA E A CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS

A Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, previu que a liberdade de imprensa somente poderia ser cerceada por governos despóticos:

³ 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.

Seção 12. A liberdade de imprensa é um dos mais fortes baluartes da liberdade do Estado e só pode ser restringida pelos governos despóticos (**Virginia Declaration of Rights**, 1776, tradução nossa)⁴.

Entretanto, existiam dois problemas que impediam a eficácia da Declaração de Virgínia. Por um lado, a tese de que apenas a restrição prévia configurava censura, isso significa que não havia nenhum problema jurídico em se processar e condenar pessoas pela Lei da Difamação Sediciosa. Por outro lado, não havia a 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 dita⁵. 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 era possível, já que o processo de independência dos EUA foi marcado por 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 aprovar uma *Bill of Rights* que garantisse os direitos dos estados ante a 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 previstos 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. (**Amendments to the Constitution of the United States of America**, 1791, tradução nossa)⁶.

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

⁴ Section 12. That the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotic governments.

⁵ Como explica Lewis, apenas em 1780 juízes passaram a usar de disposições constitucionais para anular práticas do *common law*. Ver: LEWIS, 2007, p. 7.

⁶ 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.

palavras apenas pode ser realizadas corretamente caso se considere o contexto em que foram criadas, especialmente os debates realizados no congresso e o processo até a ratificação⁷.

Os significados da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa não advêm espontaneamente de uma interpretação literal do texto constitucional. Foi apenas com o passar dos anos que a jurisprudência americana foi fixando o 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 criminalizava o ato de 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 na fase do terror. A Lei de Sedição foi apresentada como uma reforma liberalizante da antiga Lei de Difamação Sediciosa, uma vez que, nos termos da lei, era preciso que o texto fosse falso para que fosse censurado⁸. Na prática, os juízes faziam com que o réu provasse 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 final, o plano dos federalistas não foi bem-sucedido, uma 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, perante 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:

⁷ 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*.

⁸ 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, 2006, p. 314.

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)⁹.

O argumento de Madison, portanto, era que a liberdade de expressão e de imprensa eram essenciais à República, por isso mereciam 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.

4. 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 consistia em permitir toda repressão a 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)*, *justice* Holmes Jr. decidiu pela condenação de Thomas M. Patterson, um editor que havia sido preso por criticar um juiz. O argumento do Ministro sustentou que a principal ideia da Primeira Emenda era proibir as restrições prévias, embora fosse possível punir discursos contrários ao bem-estar público.

Mas, *justice* Holmes Jr. mudou o posicionamento alguns anos mais tarde. Com a entrada dos Estados Unidos na Primeira Guerra Mundial, foi criada a Lei de Espionagem (*Espionage Act*), de 15 de junho de 1917, 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)*, 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

⁹ 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.

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)¹⁰.

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. Nas palavras do julgador: “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*, de 1919, tradução nossa)¹¹. 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. sustentou que Debs havia se expressado tão claramente que o resultado seria obstruir o recrutamento.

Na decisão do caso *Abrams vs United States*, em 1919, entretanto, *justice* Holmes Jr. modificou pontualmente, mas de maneira relevante, a fórmula usada. 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 1917. Apesar da condenação por parte da Corte, *justice* Holmes Jr. divergiu da maioria, acrescentando duas palavras à 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, acreditado, os réus tinham tanto direito de publicar quanto o governo tem de publicar a

¹⁰ 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.

¹¹ The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theater and causing a panic.

Constituição dos Estados Unidos agora invocada por eles vão. (*Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616 de 1919, tradução nossa)¹².

Apesar de sempre ter negado, parece evidente a mudança da postura de Holmes Jr., não apenas quanto ao resultado, mas também em relação ao raciocínio¹³. 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. No voto dissidente em *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 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)¹⁴.

¹² 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.

¹³ 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, 2006, p. 315.

¹⁴ 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

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 (1925)*, em que os argumentos dos ministros foram vencidos, a Corte reconheceu que a Décima Quarta Emenda autorizava que a cláusula da liberdade de expressão da Primeira Emenda fosse aplicada aos estados¹⁵. A partir daí a *Supreme Court* passou a lidar com uma série de casos que envolviam a prática de arbitrariedades por parte de autoridades estatais. Nesse contexto, *justice* Brandeis se destacou no caso *Whitney vs California (1927)*, no qual proferiu umas das mais importantes manifestações em juízo em defesa da liberdade de expressão. Em suas palavras:

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)¹⁶.

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.

¹⁵ LEWIS, 2007, p. 34.

¹⁶ 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;

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 do *justice* Holmes Jr. no caso *United States vs Schwimmer*, de 1929. Rosika Schwimmer era uma imigrante húngara que se candidatou a receber a cidadania americana. Entretanto, era preciso à época que ela jurasse que, se necessário, iria “pegar em armas pessoalmente” (*take up arms personally*) 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:

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 o livre pensamento para aqueles que concordam conosco, mas a 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 obstrui o caminho da querelante, eu sugeriria que quacres fizeram o possível para tornar este 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)¹⁷.

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*.

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. . . .

¹⁷ 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.

5. A CONSOLIDAÇÃO DA POSIÇÃO DE PREFERÊNCIAS DAS LIBERDADES

A década de 1930 marcou uma virada na compreensão da liberdade de expressão pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Em *Stromberg vs California*, 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 gângsters judeus e funcionários públicos para corromper o governo. O jornal acabou sendo interditado. Ao julgar o caso em *Near vs Minnesota*, de 1931, 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 posição em um novo julgamento em *Grosjean vs American Press Co.*, de 1936. A decisão da *Supreme Court* no caso *Near vs Minnesota* é ainda hoje considerada um marco na compreensão da liberdade de imprensa nos Estados Unidos. Ela estabeleceu que não há necessidade de se provar a veracidade do fato antes de ele ser publicado.

Entretanto, uma outra questão importante continuava sem resposta pela Suprema Corte: o alvo de matéria de jornal poderia exigir que o autor demonstrasse a veracidade sob pena de responsabilização? A resposta da Suprema Corte a essa questão foi dada no caso *New York Times vs Sullivan*, 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, comissário de polícia da cidade de Montgomery, no estado do Alabama, processou o jornal por difamação. A Corte Estadual decidiu que o pedido era procedente e condenou o *Times* a pagar uma indenização de US\$ 500 mil para Sullivan. O júízo besou-se na legislação do estado do Alabama que exigia que o responsável

pela publicação difamatória provasse a veracidade da alegação, uma legislação comum em vários estados à época. Provocada, a *Supreme Court* reafirmou os valores da liberdade de expressão e de imprensa. Ao votar, *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)¹⁸.

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 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 os desafios que envolvem a compreensão das liberdades de expressão e de imprensa tenham sido exauridos pela *Supreme Court* a partir da década de 1960.

Na década de 1950, um casal de americanos e seus cinco filhos foram feitos reféns por fugitivos. Apesar do pânico inerente à situação, os fugitivos trataram James Hill, a esposa e 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

¹⁸ 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.

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 a privacidade a que todos têm direito? 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 liberdade de imprensa nos termos da Primeira Emenda.

A decisão da *Supreme Court* em *Time, Inc. vs. Hill*, de 1967, resolveu, por maioria de cinco votos contra quatro, anular o julgamento da Suprema Corte do Estado de Nova Iorque. A tese da maioria foi redigida pelo *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)¹⁹.

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 a se pagar para uma comunidade civilizada. Entretanto, o que está por trás desse entendimento da *Supreme Court*, é a ideia de que as liberdades de expressão e de imprensa estão em uma posição de preferência (*preferred position*) em relação a outros valores constitucionais.

¹⁹ 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.

6. A POSIÇÃO DE PREFERÊNCIA DAS LIBERDADES E O DIREITO BRASILEIRO

Essa ideia de que alguns direitos têm primazia ou preferência em relação a outros direitos (*preferred position*) foi desenvolvida originariamente pela *Supreme Court* em *United States vs. Carolene Products Co. (1938)*. Essa doutrina foi consolidada em casos posteriores, tais como *Jones vs. Opelika (1942)*, *Murdock vs. Pennsylvania (1943)* e *Thomas vs. Collins (1945)*.

Expondo a *opinion of the Court* em *Jones vs. Opelika (1942)*, *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)²⁰.

Em *Murdock vs. Pennsylvania (1943)*, ao proferir a *opinion of the Court*, *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)²¹. No mesmo sentido, ao redigir a decisão colegiada da maioria em *Thomas vs. Collins (1945)*, *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)²².

A doutrina norte-americana da posição de preferência das liberdades influenciou fortemente o direito brasileiro, sobretudo da presente década.

²⁰ 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.

²¹ Freedom of press, freedom of speech, [and] freedom of religion are in a preferred position.

²² 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.

Em 30 de abril de 2009, no Caso da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF), 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 seu voto, o Ministro Carlos Ayres Britto 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**”²³ (Grifos do autor).

A posição de preferência das liberdades aduzida pelo Ministro Carlos Ayres Britto na ADPF 130/DF foi reivindicada dois anos depois na ADPF 187/DF. Conforme Ministro Luiz Fux, “é certo que a liberdade de expressão, como direito fundamental, merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso, *prima facie*, maior”²⁴.

Em outro caso, o da Autorização Prévia para Biografias, ADI 4815/2015, julgada por unanimidade pela Corte, a posição de preferência das liberdades ficou ainda mais clara, especialmente no voto do Ministro Luis Roberto Barroso.

Para o Ministro, a liberdade de expressão é um direito ou uma liberdade preferencial²⁵, o que resulta em “uma transferência de ônus argumentativo”²⁶. 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 razões pelas quais o faz. Nessa lógica, o Ministro Luís Roberto Barroso entende que, *prima facie*²⁷, 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

²³ Ministro Carlos Ayres Britto, nos autos do ADPF 130/DF, p. 46.

²⁴ Ministro Luiz Fux, nos autos do ADPF 187/DF, p. 21.

²⁵ Mais a frente, o Ministro faz referência à consolidação da tese do *preferred position* na jurisprudência da *Supreme Court*.

²⁶ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADI 4.815/DF, p. 4.

²⁷ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADI 4.815/DF, p. 4.

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 nacional²⁸. (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 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"²⁹. (Grifos nossos)

²⁸ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 6-7.

²⁹ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 7-8.

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 aplicação 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”³⁰ (Grifos do autor).

Segundo Barroso, 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 artistas³¹.

Isso significa que a liberdade de expressão é “um valor em si relevante para as democracias”³² 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 democracias³³.

Diante disso, o Ministro Luís Roberto Barroso recomenda intensamente “uma

³⁰ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 8.

³¹ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 9.

³² Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 10.

³³ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 9.

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”³⁴. Isso porque, como argumentou, a Constituição de 1988 reconheceu uma prioridade *prima facie* à liberdade de expressão. Asseverou, 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. 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 dignidade³⁵. (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”³⁶; 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 caso³⁷.

7. CONCLUSÕES

Ao se fazer uma análise histórica do tratamento da liberdade de expressão e de imprensa no direito norte-americano, verifica-se, adotando como termo inicial o período colonial, a existência de um posicionamento gradativamente favorável a tais liberdades, ao ponto de conceder-lhes, atualmente, uma posição preferencial em relação a outros direitos fundamentais, com reflexos na jurisprudência brasileira.

³⁴ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 10.

³⁵ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 8.

³⁶ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 10.

³⁷ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do ADPF 4.815/DF, p. 10-11.

Conforme abordado no item 2, o período colonial na América do Norte inviabilizava a liberdade de expressão, sendo caracterizado pela repressão a este direito por meio da exigência de licenciamento para publicar materiais e da Lei de Difamação Sediciosa, a qual considerava difamação a menção desrespeitosa à Igreja, ao Estado e aos representantes de tais entidades.

Como demonstrado no item 3, o advento da Declaração de Virgínia em 1776, posteriormente seguido pela promulgação da Constituição Federal de 1787 e da *Bill of Rights* de 1791 não representou uma mudança significativa na compreensão das liberdades expressão e de imprensa nos Estados Unidos. Prova disso foi a aprovação, em 4 de julho de 1798, da Lei de Sedição, que tornava a difamação sediciosa um crime federal nos Estados Unidos, criminalizando o ato de escrever ou publicar informações “falsas, escandalosas e maliciosas” sobre o Presidente ou os membros do Congresso. Esse panorama de desrespeito às liberdades perdurou até o início do Século XX, no qual ainda se vê a aprovação de leis que limitavam a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, tal como a Lei de Espionagem de 1917, em decorrência da qual centenas de pessoas foram condenadas por emitirem opiniões a respeito do serviço militar obrigatório e da Primeira Guerra Mundial.

A partir da década de 1920 (item 4), alguns reiterados votos divergentes em decisões da Suprema Corte Americana (*dissenting opinions*) passaram a indicar um caminho mais favorável às liberdades, que viria a ser trilhado pela *Supreme Court* a partir da década de 1930. Há três casos paradigmáticos que marcam o período, cujos dispositivos mantiveram condenações criminais com base na Lei de Espionagem, mas cujas fundamentações demonstram a evolução da discussão sobre as liberdades.

Em *Schenck vs. United States* (1919) foi estabelecida, pelo *justice* Holmes Jr, a fórmula do perigo claro e presente, que consistia em exigir a presença de tais requisitos para que houvesse a condenação. Em *Abrams vs. United States* (1919), Holmes Jr, divergindo da maioria, acrescentou dois requisitos à fórmula original: além do perigo claro e presente, ele também deveria ser iminente e imediato para que houvesse a subsunção ao tipo penal. Por fim, em *United States vs Schwimmer* (1929), o julgador, em voto vencido, entendeu que o *Bill of Rights* protege a liberdade de expressão inclusive se incidente sobre ideias heterodoxas.

Ao longo das décadas de 1930 a 1950 do Século XX houve a consolidação, nos Estados Unidos, da proteção à liberdade de expressão (item 5). Houve a declaração de inconstitucionalidade de lei que vedava a exibição de bandeiras em oposição ao governo (*Stromberg v. California*, de 1931); a afirmação de que configurava restrição prévia a interdição de jornal por publicar matérias baseadas em fatos ainda não comprovados (*Near vs*

Minnesota, 1931); a consignação de que era vedado àquele que é objeto das declarações jornalísticas pleitear indenização caso não houvesse a comprovação das declarações consideradas difamatórias (*New York Times vs Sullivan*, 1964); a fixação do entendimento de que a liberdade de expressão deveria preponderar em relação ao direito à privacidade (*Time, Inc. vs Hill*, 1967).

A doutrina norte-americana favorável à posição de preferência das liberdades (*preferred position*) influenciou fortemente o direito brasileiro (item 6). Isso é evidenciado a partir da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal no Caso da Lei de Imprensa (ADPF nº 130/DF, de 2009) e o Caso das Biografias (ADI nº 4.815/DF, de 2015).

No Caso das Biografias, o Ministro Luís Roberto Barroso estabeleceu três presunções em favor da liberdade de expressão: a primazia da liberdade de expressão durante o processo de ponderação; a suspeição de todas as medidas que limitem a liberdade de expressão e a vedação da censura, que estabelece o dever do intérprete de realizar sanções apenas *a posteriori*, se for o caso.

Essas decisões consolidaram a ideia de que a liberdade de expressão tem uma posição de preferência em relação a outros direitos fundamentais no direito interno, em convergência à jurisprudência norte-americana.

REFERÊNCIAS

Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919).

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 6 nov. 2009.

Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919).

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Frohwerk v. United States, 249 U.S. 204 (1919).

Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925).

Grosjean v. American Press Co., 297 U.S. 233 (1936).

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

Jones v. Opelika, 316 U.S. 584 (1942).

Murdock v. Pennsylvania, 319 U.S. 105 (1943).

Near v. Minnesota, 283 U.S. 697 (1931).

New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

Patterson v. Colorado, 205 U.S. 454 (1907).

Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931).

Thomas v. Collins, 323 U.S. 516 (1945).

Time, Inc. v. Hill, 385 U.S. 374 (1967).

United States v. Carolene Products Co. 304 U.S. 144 (1938).

United States v. Schwimmer, 279 U.S. 644 (1929).

UNITED STATES. **Bill of Rights**, 1791.

UNITED STATES. **Espionage Act**, 1917.

UNITED STATES. **The Constitution of the United States of America**, 1787.

UNITED STATES. **United States Declaration of Independence**, 1776.

UNITED STATES. **Virginia Declaration of Rights**, 1776.

Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927).