

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Liberdade de Expressão e Democracia. Realidade intercambiante e necessidade de aprofundamento da questão. Estudo comparativo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no Brasil- Adpf 130 - e a Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Freedom of Expression and Democracy. Interchangeable reality and a need towards the deepening of the issue. A comparative approach. The jurisprudence of the Brazilian Supreme Court. The United States Supreme Court.

Luís Inácio Lucena Adams

Sumário

EDITORIAL	V
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes e Marcelo Dias Varella	
GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL	1
APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....	3
Inocêncio Mártires Coelho	
A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....	24
Luís Roberto Barroso	
O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326	52
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	63
Christine Oliveira Peter	
ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS	89
Ciro di Benatti Galvão	
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....	101
Humberto Fernandes de Moura	
O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....	116
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA	135
Thiago Aguiar Pádua	
A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL	170
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207

POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL224

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL239

Sílvio Dagoberto Orsatto

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO253

Antonio Henrique Graciano Suxberger

A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS..... 310

Urá Lobato Martins

BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA330

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348

Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS	362
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....	375
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	392
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	410
André Pires Gontijo	
O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....	425
Giovana Maria Frisso	
GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....	438
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.	440
Luís Inácio Lucena Adams	
A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	452
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....	480
Ivo Teixeira Gico Jr.	
A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA.....	501
Aléssia de Barros Chevitarese	
PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....	519
Leonardo Zehuri Tovar	
POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....	538
Saul Tourinho Leal	

DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS	553
Jefferson Carús Guedes	
A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES	588
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS	606
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL	622
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
NORMAS EDITORIAIS.....	637
Envio dos trabalhos.....	639

Liberdade de Expressão e Democracia. Realidade intercambiante e necessidade de aprofundamento da questão. Estudo comparativo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no Brasil- Adpf 130- e a Suprema Corte dos Estados Unidos da América.*

Freedom of Expression and Democracy. Interchangeable reality and a need towards the deepening of the issue. A comparative approach. The jurisprudence of the Brazilian Supreme Court. The United States Supreme Court.

Luís Inácio Lucena Adams**

RESUMO

O texto enfrenta e problematiza o tema da liberdade de expressão no contexto da jurisprudência brasileira, cotejada com a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Com esse objetivo, são retomados alguns julgados do Supremo Tribunal Federal brasileiro, com especial foco na discussão em torno dos limites da regulamentação da imprensa. Destaca-se que a Corte enfatizou a liberdade de imprensa em plano superior ao direito individual à honra e à imagem das pessoas. Em seguida, são tratados vários casos exemplificativos da jurisprudência norte-americana, evidenciando-se uma compreensão jurisprudencial que promove ilimitadamente a liberdade de expressão. Como mensagem e indagação final, o texto sugere que o debate em torno do financiamento de campanhas também precisa ser desdobrado no contexto da liberdade de expressão, como também definido pela Suprema Corte norte-americana.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Regulamentação da imprensa. Jurisprudência comparada. Financiamento de campanhas.

ABSTRACT

The paper tackles and discusses freedom of expression in the context of the Brazilian jurisprudence as well as in the United States Supreme Court. With this aim, the paper also challenges some cases discussed in the Brazilian Supreme Court. The limitation upon the freedom of the press is also a pivotal issue undertaken by the paper. It highlights how the Brazilian Supreme

* Artigo convidado

** Ministro de Estado da Advocacia-Geral da União. Pesquisador-Membro do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais junto ao UniCEUB. *Paper* preparado para apresentação e discussão em sessão de 17 de setembro de 2014 do CBEC. E-mail: gabinete.ministro@agu.gov.br

Court has emphasized the liberty of the press as opposed to personal rights, such as the honor protection as well as the shield of one's image. Following, the paper discusses many a U.S. Supreme Courts cases, in which a broad comprehension of free expression rights was built. As a message and as final question mark, the paper suggests that a debate about the limits of political campaigns financing also ought to be unfold in the framework of the freedom of the press, as to a certain degree defined by the U.S. Supreme Court.

Keywords: Freedom of expression. Regulation of the press. Comparative jurisprudence. Political campaigns financing.

1. INTRODUÇÃO

*“Se for jornalista, mando enforcar.”
Getúlio Vargas, 1945*

O tema da liberdade de expressão adquire cada vez maior significado no contexto da consolidação da democracia brasileira iniciada em 1988. A matéria evoluiu de forma truncada no Brasil, já que a tradição ideológica do positivismo de August Comte - marca na formação da república brasileira através de figuras singulares como Julio de Castilhos e Benjamim Constant - sempre conviveu mal com o pluralismo e o populismo característicos do processo democrático. Os controles exercidos nos meios de comunicação e as restrições à livre manifestação das pessoas, em todos os níveis, marcaram e ainda marcam a nossa sociedade. É emblemático, por exemplo, a proibição, pela censura, da publicação da Declaração da Independência dos Estados Unidos da América pelo Jornal Movimento em 1976.

De outro lado, a relação com o poder não opera apenas em um sentido. A dependência mantida pela imprensa sempre foi uma constante, sendo o Estado sustentáculo na formação dos grandes conglomerados de mídia, como bem lembra Mario Sérgio Conti ou registra Lira Neto. Particularmente, não é demais registrar editorial do Jornal O Globo que assume o apoio explícito ao golpe militar de 1964 - o que veio a ser reconhecido como equívoco apenas em editorial publicado em 31 de agosto de 2013.

De qualquer modo, não é objetivo deste artigo desenvolver acerca da relação da mídia e do poder político ou falar da formação ideológica da República Brasileira. Esta pequena introdução serve apenas para apontar a existência desta realidade intercambiante a indicar o quanto o tema da liberdade de expressão é pouco desenvolvido no Brasil em comparação com outras democracias, em particular a dos Estados Unidos da América. É significativa a dimensão que a Suprema Corte dos Estados Unidos dá ao tema e o quanto é resiliente e perseverante a garantia dada pela Primeira Emenda da Constituição Norte Americana na sua singela forma: *“O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito do estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão ou da imprensa; ou o direito das pessoas de reunirem-se pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas”*¹. Essa emenda foi intensamente adaptada e redimensionada nos mais de 200 anos de existência da democracia norte americana, sempre vocacionada à preservação do direito fundamental.

Não encontramos na nossa jurisprudência pátria, em que pese os significativos avanços alcançados, a mesma intensidade e a radicalidade observadas nos debates promovidos na Suprema Corte Americana.

Pretendo, como colaboração aos Seminários sobre Liberdade de Expressão promovidos pelo CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais, analisar a decisão mais recente da Suprema Corte Brasileira

1 No original: “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.”

- Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 130 - marco mais significativo do tema até agora, para, em seguida, considerando algumas decisões da Suprema Corte Americana, mostrar os desafios que ainda persistem sobre o tema no Brasil.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

“Quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja”.
Ayres Britto, 2009.

A liberdade de expressão tem sido o tema central das democracias. Dworkin² ressalta, por exemplo, a importância da liberdade de expressão na formação da democracia, seja na compreensão de democracia majorista (“*o ideal democrático repousa na compatibilidade entre a decisão política e a vontade da maioria*”), seja na compreensão de democracia coparticipativa (“*governo exercido pelo ‘povo’ significa governo de todo o povo, agindo em conjunto como parceiros plenos e iguais*”).

Em qualquer das duas concepções de democracia, é essencial a liberdade que qualifique as escolhas políticas como expressão legítima da maioria ou como legitimidade da participação efetiva de todos os cidadãos. Em ambas as hipóteses não há democracia sem o sustentáculo da liberdade de expressão.

Todavia, compreender a importância da liberdade de expressão não ajuda a compreender o que é e como garanti-la.

Como é intuitivo, a liberdade de expressão é muito mais ampla que a liberdade de falar ou de imprensa, em que pese o alcance e a importância da fala em si como forma de comunicação. O próprio art. 220 da Constituição Federal de 1998 dá o alcance amplo da proteção à liberdade de expressão: “*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.*”

Ao dimensionar a proteção da liberdade de expressão ela pode alcançar diversos aspectos, sendo prévia, contra atos de censura do Estado ou de particulares, ou consequente, contra atos punitivos ou indenizatórios. Alcança diversos meios de comunicação, jornalísticos, artísticos ou individuais. Pode proteger indivíduos, coletividades ou organizações. Pode regular e proteger de maneira diversa a manifestação artística, política, comercial ou individual.

Em suma, a liberdade de expressão é elemento fundante da democracia e da república ao integrar a plenitude da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

“(…) Erro de fato, com conteúdo difamatório de reputação oficial, ou ambos, é insuficiente para garantir o deferimento de indenização por declarações falsas, a menos que se alegue e prove que houve ‘malícia de fato’, isto é, o conhecimento de que a declaração seja falsa ou precipitada em relação à verdade”.³

Suprema Corte dos Estados Unidos da América (New York Times v. Sullivan)

O Supremo Tribunal Federal já enfrentou por diversos momentos o tema da liberdade de expressão, como no HC 82.424, de 17/09/2003, Relator Ministro Moreira Alves (publicação e comercialização de

2 DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005, p.502.

3 No original: “(c) Factual error, content defamatory of official reputation, or both, are insufficient to warrant an award of damages for false statements unless “actual malice” - knowledge that statements are false or in reckless disregard of the truth - is alleged and proved”.

livro de conteúdo antissemita); no REExt 23.829, de 7/7/1954, Relator Ministro Mario Guimarães (liberdade de manifestação política de militar); no REExt 130.206, de 17/9/1991, Relator Ministro Ilmar Galvão (impossibilidade de demissão em empresa pública por razões político-partidárias); e no REExt 511.961, de 17/6/2009, Relator Ministro Gilmar Mendes (exigência do diploma de jornalista para exercício da profissão como restrição à liberdade de expressão). Esta última decisão merece destaque pela importância na garantia da pluralidade do exercício da liberdade de imprensa como consectário da liberdade de expressão.

Todavia, mais recentemente, a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, proposta em 2008 pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, foi a decisão que mais destaque teve na aplicação de tal direito fundamental, já que teve por objeto a declaração de não recepção, pela Constituição Federal de 1988, da denominada “Lei de Imprensa” (Lei 5.250, de 1967).

Ao final do julgamento, a Corte Suprema aboliu integralmente a “Lei de Imprensa” do ordenamento jurídico, tendo sido declarados inconstitucionais todos os seus dispositivos. Segundo o Ministro Ayres Brito, relator do caso, a Lei não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, já que, em face da garantia da liberdade de expressão, não caberia ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas.

O Relator qualificou a liberdade de imprensa como *instituição-ideia* (a mais rematada expressão do jornalismo), e *instituição-entidade* (conjunto de órgãos, veículos, empresas, meios, juridicamente personalizados). Salientou, também, que ela tem por finalidade “*comunicar, transmitir, repassar, divulgar, revelar: a) informações ou notícias de coisas acontecidas no mundo das ocorrências fáticas; b) o pensamento, a pesquisa, a criação e a percepção humana em geral, estes situados nos escaninhos do nosso cérebro, identificado como a sede de toda inteligência e de todo sentimento da espécie animal a que pertencemos*”.

Por ocasião do julgamento assentou-se ainda que:

“são irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema.”

(...)

“no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras.

(...)

“a plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens da personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana.”⁴

A “Lei de Imprensa” disciplinava minuciosamente as hipóteses de cabimento do direito de resposta e, se não carregasse uma carga histórica tão negativa, poderia ter sido pontualmente preservada, como, aliás, foi defendido pelo Ministro Gilmar Mendes, que votou pela manutenção dos artigos 29 a 36, que tratavam precisamente do direito de resposta. Sustentou, em suma, que “*o caráter institucional da liberdade de imprensa não apenas permite como exige a intervenção legislativa, com o intuito de dar conformação e, assim, conferir efetividade à garantia institucional*”⁵.

4 Supremo Tribunal Federal, ADPF 130, excertos do voto do Ministro Ayres Brito.

5 MENDES, Gilmar. *O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações*. Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano 4. Brasília: Instituto de Direito Público, 2010/2011, p.4. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/427/275>>. Último acesso: 04/05/2015.

Porém, a maioria entendeu haver uma incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988, que a contaminava completamente, pois “a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País.”

A análise dos fundamentos que balizaram o julgamento da ADPF nº 130 demonstra que a feição de censura prévia apresentada por vários dispositivos da “Lei de Imprensa” não se compatibilizava com a nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição de 1988, a exemplo do art. 220 (a liberdade de comunicação social não poderá sofrer restrições de qualquer espécie). Entretanto, ao assegurar tal garantia, o legislador constituinte não a colocou fora do alcance de ulterior regulamentação.

De qualquer modo, a doutrina pátria não possui uniformidade quanto ao tema. Ainda sob os ares da democrata constituição de 1946, Nelson Hungria assim lecionava com singular propriedade:

“Liberdade de imprensa é o direito de livre manifestação do pensamento pela imprensa; mas, como todo direito, tem o seu limite lógico na fronteira dos direitos alheios. A ordem jurídica não pode deixar de ser um equilíbrio de interesses: não é possível uma colisão de direitos, autenticamente tais. O exercício de um direito degenera em abuso, e torna-se atividade antijurídica, quando invade a órbita de gravitação do direito alheio. Em quase todo o mundo civilizado, a imprensa, pela relevância dos interesses que se entrecrocavam com o da liberdade das ideias e opiniões, tem sido objeto de regulamentação especial.”⁶

Esta linha de pensamento é a mesma que se observou anos depois na redação conferida ao atual artigo 220 do texto constitucional, que relativiza a liberdade de comunicação social, ao determinar que o seu exercício deve observar o disposto na Constituição. Outrossim, a ausência de previsão constitucional expressa de regulamentação da liberdade de comunicação não permite inferir-se que o legislador ordinário não possa disciplinar os eventuais conflitos entre direitos de matriz constitucional, como ficou bem aclarado no voto do Ministro Gilmar.

Induidosamente, ao julgar o mérito da ação, a Corte Suprema optou por colocar o direito à liberdade de imprensa em plano superior ao direito individual à honra e à imagem das pessoas. Porém, persistiu em alguns dos Ministros - o julgamento foi tomado por maioria - o questionamento se teria sido realmente oportuna a revogação *in integrum* da “Lei de Imprensa”, porquanto a Lei continha certos dispositivos que serviam de contenção a abusos praticados sob o manto da liberdade de informação e que asseguravam o exercício do contraditório, também de índole constitucional.

Em síntese, o julgamento concedeu caráter superior à liberdade de imprensa e, concomitantemente, assegurou àqueles que tiveram sua honra ou sua imagem lesada em razão do exercício abusivo da liberdade de imprensa o direito de socorrerem-se do arcabouço legal já existente - nos termos definidos pelo colegiado, pela aplicação do inciso V do artigo 5º da Constituição Federal, que assegura o direito de resposta proporcional ao agravo e de indenização pelo dano causado, sendo, no entendimento da Corte Suprema, desnecessária qualquer norma complementadora.

4. A JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE DOS EUA

“Se tiver que escolher entre viver na União Soviética ou nos Estados Unidos, escolho o último já que lá posso ser comunista.”
Adelmo Genro Filho, 1986.

4.1. O caso R.A.V. v. City of St. Paul

Na cidade de St. Paul, no estado de Minnesota, em junho de 1990, um grupo de adolescentes ateou fogo em uma cruz de madeira, propositadamente fincada no jardim da casa de uma família de negros, na vizinhan-

6 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. VI, p. 261.

ça do réu. Havia lei municipal que vedava atos de hostilidade que provocasse ressentimentos ou ódios, que no caso foi materializado na queima de cruzes (o que remetia à Klu-Klux-Khan) ou a disposição de suásticas.

Uma corte municipal não permitiu a penalização, com base na premissa de que a lei local era extensiva, de algum modo vaga, e passível de contemplar inúmeras hipóteses, de modo indiscriminado. A Suprema Corte do Estado de Minnesota cassou essa decisão, forte no argumento de que a lei discutida era útil no combate às ameaças à segurança pública.

A linha de entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos foi fixada em decisão de 22 de junho de 1992, quando reverteu decisão da Suprema Corte do Estado de Minnesota.

A opinião da Corte, conduzida pelo juiz Antonin Scalia, reconheceu a inconstitucionalidade de lei que proibisse a adoção de fórmulas genéricas que promovessem a vedação seletiva de ideias específicas. A Corte argumentou que a lei então discutida veiculava regra substancialmente ampla, ainda que vedando exemplificativamente o racismo e o nazismo.

Afirmou o Juiz Scalia que as palavras de ódio são proscritas não porque elas comunicam uma ideia particular, mas porque o seu conteúdo incorpora uma particular forma de expressão intolerável e socialmente desnecessária. A lei, por sua vez, não identificou estas fórmulas particulares, mas proibiu as palavras de ódio em qualquer forma de expressão, o que cria a possibilidade de Municipalidade estar querendo impedir a expressão de ideias particulares. Nas palavras do Juiz Scalia, com ênfases minhas:

“Como anteriormente explicado (...) a razão pela qual ‘palavras de ódio’ sejam categoricamente excluídas da proteção da Primeira Emenda não reside no fato de que seu conteúdo comunique alguma ideia particular, mas sim que corporifique um forma de expressão particularmente intolerável (e socialmente desnecessária) não interessando qual a ideia que seu prolator pretenda transmitir. A cidade de St. Paul não escolheu um modo especificamente ofensivo de expressão – não optou, por exemplo, por proibir apenas ‘palavras de ódio’ que comuniquem ameaças (ao contrário de ideias odiosas). Pelo contrário, a lei prescreveu palavras de ódio em qualquer sentido que comunique mensagens de intolerância racial, de gênero ou de religião. Esse tipo de seletividade dá ensejo que a cidade proscruva expressões que explicitem ideias particulares. Essa possibilidade seria de per si suficiente para fazer com que a lei seja presumivelmente inválida, possibilidade que se torna uma incerteza com os comentários e concessões da cidade de St. Paul”⁷.

4.2. O caso *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*

Na origem (o caso é de 1965) um grupo de estudantes em Des Moines, Estado de Iowa, que planejou uma demonstração pública, na qual iriam sustentar a necessidade de uma trégua na Guerra do Vietnã. Decidiram que usariam uma banda preta nos braços, em sinal de protesto, e que frequentariam as aulas com esse símbolo de insurgência. A direção da escola definiu em reunião que proibiria qualquer tipo de manifestação. Uma aluna desafiou a ordem e compareceu à escola usando a banda preta no braço. No dia seguinte um irmão da aluna insurgente também compareceu na escola com o mesmo distintivo. Uma suspensão escolar suscitou a intervenção da família dos jovens, que judicializou a questão. Invocaram que a 1ª Emenda autorizava o uso daqueles adereços como forma de protesto, o que significava, efetivamente, liberdade de pensamento. Uma corte distrital entendeu que a escola tinha razão e que as medidas eram necessárias para a manutenção da disciplina na escola. A decisão foi mantida por uma corte federal de 2ª instância.

⁷ No original: “As explained earlier, (...), the reason why fighting words are categorically excluded from the protection of the First Amendment is not that their content communicates any particular idea, but that their content embodies a particularly intolerable (and socially unnecessary) mode of expressing whatever idea the speaker wishes to convey. St. Paul has not singled out an especially offensive mode of expression—it has not, for example, selected for prohibition only those fighting words that communicate ideas in a threatening (as opposed to a merely obnoxious) manner. **Rather, it has proscribed fighting words of whatever manner that communicate messages of racial, gender, or religious intolerance. Selectivity of this sort creates the possibility that the city is seeking to handicap the expression of particular ideas.** That possibility would alone be enough to render the ordinance presumptively invalid, but St. Paul’s comments and concessions in this case elevate the possibility to a certainty.”

A questão foi levada à Suprema Corte, que definiu que a escola deveria comprovar que a proibição atendia a uma necessidade de se prevenir uma eventual interferência do uso da liberdade de expressão, por meio do adereço - banda preta no braço -, quanto ao funcionamento da escola, especialmente do ponto de vista pedagógico. A escola, ao proibir o uso do adereço, entendeu a Suprema Corte, demonstrou apenas um receio e não um perigo real e efetivo. Há um voto vencido (de Potter Stewart) no sentido de que a 1ª Emenda não alcançava crianças em idade escolar.

Prevaleceu entendimento relativo ao alcance da 1ª Emenda, no sentido de que medidas proibitivas que limitem a liberdade de expressão de alunos em escolas públicas exigem comprovação de um risco concreto e real, capaz de romper o processo educacional.

4.3. O caso Texas v. Johnson

Em 1984, em frente à Prefeitura de Dallas, no Estado do Texas, quando se realizava uma convenção do Partido Republicano, Gregory Lee Johnson ateou fogo em uma bandeira norte-americana. Não houve feridos, ou quaisquer outros danos materiais, ainda que boa parte dos presentes se sentisse ofendida com a atitude. A cultura norte-americana é marcada por um acentuado patriotismo, revelado recorrentemente no culto à bandeira. É costume norte-americano o hasteamento de bandeiras em residências e lojas. Para os norte-americanos a bandeira é um símbolo de união nacional.

Com base em uma lei texana, Johnson foi condenado a cumprir um ano de prisão, bem como ao pagamento de uma multa de dois mil dólares. A decisão de primeira instância pela condenação foi revertida pela Suprema Corte do Texas, forte no argumento de que a 1ª Emenda protegia Johnson, que alegava o direito de manifestação, expressando um desagrado para com a política conservadora dos republicanos. O presidente dos Estados Unidos, à época dos fatos, era Ronald Reagan.

A matéria foi levada para a Suprema Corte norte-americana. Por apertada margem, cinco a quatro, o relator, William J. Brennan, conduziu voto que entendeu a conduta protegida pela primeira emenda, ainda que a bandeira simbolizasse patriotismo e que representasse de modo enfático a união nacional.

Levou-se em conta que o ato de Johnson se deu em contexto absolutamente comum no campo político. O fato de que a bandeira fora queimada no ambiente da convenção do Partido Republicano pesou em favor de Johnson, a quem a Suprema Corte confirmou o direito de manifestação, ainda que ela tenha se dado com a queima de um símbolo nacional. A Suprema Corte norte-americana reverteu a decisão do Tribunal do Texas, fixando que o direito de manifestação política, protegido pela primeira emenda, não permitia a criminalização de Johnson.

4.4. O caso Mac Connell v. Federal Election Commission

Na origem, uma lei de 2002 (*MacCain-Feingold Act*) que substancializava uma reforma na legislação norte-americana referente às doações de campanha. Essa reforma fora defendida e liderada pelos senadores John McCain e Russell Feingold.

A lei extinguiu doações irrestritas, o chamado *soft-money* no jargão da literatura política norte-americana. Pessoas físicas e jurídicas não poderiam mais contribuir irrestritamente com partidos ou com candidatos. Também não poderiam realizar doações a políticos eleitos. A lei também dispôs sobre a limitação de propaganda de sindicatos, empresas e de organizações sem fins lucrativos. Definiu-se que em um período de 60 dias antes das eleições haveria amplas restrições à propaganda de sindicatos, empresas e organizações sem fins lucrativos, especialmente quando se vinculava o conteúdo da propaganda com algum partido político ou candidato.

Os fundos partidários já recebidos e contabilizados também não poderiam ser utilizados indiscriminadamente por partidos políticos e candidatos, no pagamento de propagandas, limitando-se substancialmente o uso de recursos partidários nesse sentido.

A lei *McCain-Feingold* também dispôs sobre inusitada regra de competência, fixando que discussões judiciais decorrentes de sua interpretação seguiriam diretamente em segunda instância para a Suprema Corte. Essa disposição contrastava com a cultura jurídica norte-americana, na qual o acesso à Suprema Corte é muito restrito, preso à discricionariedade dos juízes e aos limites do remédio disponível, o *writ of certiorari*.

A judicialização da questão, inclusive por intermédio da representação do Partido Republicano na Califórnia, suscitou discussão na Suprema Corte. Em disputa, o questionamento relativo à limitação à liberdade de expressão que resultaria da mitigação das doações e das propagandas eleitorais. Em outras palavras, lei que limitava doações e que restringia a propaganda eleitoral não hostilizaria a 1ª Emenda? As restrições às propagandas de sindicatos, empresas e organizações não lucrativas não seguiria o mesmo caminho?

Por apertada votação, cinco a quatro, os juízes Sandra Day O'Connor e John Paul Stevens conduziram a compreensão da Suprema Corte no sentido de que a limitação de gastos e de propaganda, tal como fixados pela lei *McCain-Feingold*, não configuravam restrições à liberdade de expressão, na forma enunciada na 1ª Emenda. Essa restrição - e havia alguma limitação, bem entendido - revelava-se como mínima no entender da Corte. O combate à possibilidade de corrupção e de tráfico de influência justificaria o conjunto normativo veiculado pela lei questionada.

4.5. O caso *Citizens United v. Federal Election Commission*

A Suprema Corte dos Estados Unidos reverteu a decisão do caso *Mac Connell*, definindo que a liberdade de expressão é também direito das pessoas jurídicas, que também são protagonistas importantes no espaço democrático. A decisão foi apertada, cinco a quatro, porém qualifica um marco no modelo norte-americano, no qual as pessoas jurídicas detêm meios de expressão, entendendo-se que o financiamento de campanhas é forma legítima de participação no debate político. A questão foi decidida em janeiro de 2010.

Na origem, um grupo, *Citizens United*, que havia financiado um filme sobre Hillary Clinton (*Hillary: The Movie*) no qual se criticava veementemente essa personagem política do Partido Democrata. Tratava-se de um documentário, em que vários políticos conservadores, a exemplo de Dick Morris e Ann Coulter, eram entrevistados. Denunciava-se a esposa de Bill Clinton buscando-se evidenciar escândalos ligados ao casal de democratas.

À luz da lei *McCain-Feingold* (também denominada de *Bipartisan Campaign Finance Reform Act*) vedava-se o financiamento do uso de meios eletrônicos de comunicação, o que, entendeu-se originalmente, alcançaria a produção de filmes para o cinema e para a televisão. No contexto da lei, empresas, sindicatos e organizações sem fins lucrativos não poderiam financiar mídias eletrônicas nas quais se divulgassem mensagens políticas.

Os produtores do filme resolveram judicializar a questão invocando que a lei *McCain-Feingold* violava a 1ª Emenda. Os interessados conseguiram levar a questão para a Suprema Corte, em recurso que questionou se a decisão paradigma, *Mac Connell*, alcançaria todos os casos relativos ao financiamento de propaganda política. Seria um filme, em forma de documentário, em sentido estrito, uma manifestação exatamente idêntica a qualquer modelo de propaganda?

A Suprema Corte reverteu a decisão original e fixou entendimento no sentido de que a democracia exige que se protejam as manifestações do pensamento em sua esfera política (*political speech*). Essa proteção, definiu a Corte, é indispensável para o pleno funcionamento das instituições democráticas.

Deve-se prestigiar o interesse público que demanda que o público seja informado. Definiu-se que as pessoas jurídicas detêm prerrogativa de manifestação porque também agentes do debate, pelo que a ficção que as desmaterializa, de origem romana, não alcança a realidade dos fatos.

4.6. O caso *McCutcheon et al. v. Federal Election Commission*

Julgado em abril de 2014, a Suprema Corte norte-americana ampliou compreensão relativa à possibilidade de doações eleitorais por pessoas jurídicas e, nesse caso específico, por pessoas físicas. Em apertada votação, cinco a quatro, o presidente da Corte, John G. Roberts Jr., conduziu voto no sentido de que algumas limitações da lei *McCain-Feingold* não se conformavam com o conteúdo da 1ª Emenda.

No caso, a insurgência de um cidadão do estado do Alabama, Shaun McCutcheon, que havia feito doações a candidatos do Partido Republicano. Em face das doações de McCutcheon havia ameaça de glosa, porquanto a lei *McCain-Feingold* restringia os cálculos dos valores a serem doados a um contexto de contingenciamento, que era de dois anos.

A lei dispunha que os limites de doação deveriam ser calculados em períodos que alcançavam dois anos, sempre, com possibilidade de reavaliações periódicas dos limites com base em cálculos de inflação. Shaun McCutcheon sustentou que havia ofensa à 1ª Emenda por conta dos limites estabelecidos em lei. A questão ganhou atenção nacional e alcançou a Suprema Corte, que entendeu que o combate à corrupção eleitoral, objetivo da lei *McCain-Feingold* não seria alcançado, com meras fixações de limites de doações, com base em intervalos de tempo. Os doadores precisam contemplar vários candidatos, avaliando interesses e objetivos, o que absolutamente necessário, em um contexto de funcionamento de plena democracia. O limite à possibilidade de financiamento de campanha, enquanto indicativo de liberdade de expressão, deveria ser a regra e não a exceção.

Para a Suprema Corte norte-americana a corrupção eleitoral deve ser combatida de várias formas. Medidas de combate à ameaça da corrupção eleitoral, no entender da Suprema Corte, não poderiam se sobrepor à liberdade de expressão, também substancializada em doações para campanhas e para candidatos. Houve, no entanto, voto vencido, que insistia que o abandono da regra dos limites acenaria com uma ameaça para o processo democrático.

4.7. O caso *New York Times v. Sullivan*

Foi decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em março de 1964, por nove votos a zero, que a 1ª Emenda protege todos os tipos de declarações públicas feitas na imprensa, inclusive aquelas que contenham informações imprecisas e mesmo falsas, desde que, neste último caso, não sejam dolosas e maliciosamente construídas para prejudicar terceiros. Essa tese, que é nuclear na compreensão na jurisprudência da 1ª Emenda, persiste até hoje, revelando-se como o *leading case* do tema da liberdade de expressão.

Na origem, o caso surgiu da revolta de um policial de Montgomery, no estado do Alabama, contra anúncio pago veiculado no jornal *New York Times*. No referido anúncio, afirmava-se que a prisão de Martin Luther King Jr., no Alabama, fazia parte de uma ampla campanha cujo objetivo principal era deturpar a imagem do pastor e líder norte-americano que lutava pela integração racial, bem como pela necessidade de que todos os negros norte-americanos participassem dos processos eleitorais como eleitores e como candidatos.

O policial do Alabama, L. B. Sullivan, sentiu-se caluniado e, com base em lei do estado onde atuava, ajuizou uma ação contra o jornal, reclamando indenização. Ganhou nas instâncias originárias, que lhe contemplaram uma indenização de meio milhão de dólares por calúnia (*libel*). Substancialmente, valeu-se da lei de seu estado, que não exigia que o caluniado comprovasse dano efetivo, ou mesmo alguma forma de prejuízo. Além do que, o anúncio continha alguns erros fatuais.

A Suprema Corte foi provocada para decidir se lei que não exigia prova de dano sofrido, no juízo de calúnia, poderia ser albergada pelo conteúdo protetivo da 1ª Emenda. Entendeu-se que a liberdade de expressão era ampla, e que mesmo informações imprecisas seriam protegidas, fixando-se como traço definidor de alguma eventual indenização uma veiculação maliciosa, com nítidas intenções difamatórias. Assim, o caso qualifica-se como um marco na sistemática da 1ª Emenda, revelando a liberalidade da Corte de Warren, cuja marca mais definidora fora a intransigente defesa dos direitos e liberdades civis. L. B. Sullivan perdeu a ação e não pode postular a indenização originariamente outorgada.

5. CONCLUSÃO?

“Não concordo com o que dizes, mas defenderei até a morte o teu direito de dizê-lo.”

Voltaire (?)

Como se viu, a partir dos casos apresentados, o tema da liberdade de expressão não apresenta uma uniformidade na sua aplicação. Mesmo sendo um direito constitucional fundamental, existem em relação a ele diversos e complexos aspectos que podem levar a submetê-lo a algum nível de regulação.

Apenas para reflexão, poderíamos examinar o fundamento central que está levando atualmente o Supremo Tribunal Federal a declarar inconstitucional o financiamento de campanha eleitoral por parte de empresas privadas: os únicos habilitados a participar do processo eleitoral são os cidadãos, e as empresas não possuem cidadania. Como compatibilizar este argumento com a possibilidade de um jornal ou revista de grande circulação, como ocorreu nas eleições presidenciais em 2010, apoiar em editorial determinada candidatura? Haveria aqui o exercício da liberdade de expressão? Estão as pessoas jurídicas protegidas pela direito da liberdade de expressão? O apoio explícito de uma empresa jornalística a candidatura não estaria quebrando o mesmo princípio que vedaria a empresa em financiar campanhas eleitorais? E, se a empresa jornalística está alcançada pelo direito da liberdade de expressão, por que demais pessoas jurídicas não estariam? Pode a Vale do Rio Doce, por exemplo, pagar uma publicidade política em apoio a determinadas candidaturas? Observe-se que esta última modalidade foi expressamente garantida pela Suprema Corte dos Estados Unidos como protegida pela 1ª Emenda no caso *Citizens United v. Federal Election Commission*.

Da mesma forma, outros temas poderão ser objeto de apreciação constitucional, como o caso da delimitação das palavras de ódio (*fighting words*). Pense-se no caso da criminalização da homofobia. Como estabelecer uma restrição a situações que expressem apenas manifestações de ódio ou preconceito, sem que isto também alcance o fluir necessário de ideias?

No âmbito educacional isto se torna ainda mais significativo no caso das escolas e universidades. Como avaliar os limites educacionais válidos na expressão pessoal dos alunos. Casos como o da estudante Geise Arruda, em 2009, expulsa e depois readmitida pela Universidade Bandeirantes de São Paulo, ainda evocam controvérsias. Ou, noutra linha, como tratar a pretensão do Instituto Advocacia Racial e Ambiental (Iara) que pretende banir, mediante Mandado de Segurança impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal, o livro “Caçadas de Pedrinho”, de Monteiro Lobato, por evocar expressões consideradas racistas? É possível proibir o ensino do criacionismo nas escolas? Como tratar o tema quanto aos casos dos programas de educação sexual nas escolas, particularmente quando relacionado ao tema da homoafetividade?

De fato, na medida em que se consolide a realidade democrática do Brasil, é de se esperar que diversos e diferentes casos comecem a ser remetidos ao exame do Supremo Tribunal Federal a afirmar com maior clareza de atualidade o tema da liberdade de expressão, compatível com a complexa e múltipla realidade de um país continental como o Brasil.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. VI.

MENDES, Gilmar. *O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações*. Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano 4. Brasília: Instituto de Direito Público, 2010/2011. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/427/275>>. Último acesso: 04/05/2015.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.