

CONTORNOS DEMOCRÁTICOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

DEMOCRATIC OUTLINES OF FREE SPEECH

*Robson Vitor Freitas Reis**

*Juliana Guedes Martins***

RESUMO

Este trabalho pretende demonstrar que a liberdade de expressão, importante alicerce do Estado Democrático de Direito, para efetivamente cumprir com seus objetivos, necessita de regulação. E, para comprovar esta nossa tese, iremos realizar uma digressão aos fundamentos do Estado de Direito, demonstrando que, em um cenário de liberdade absoluta, não existiria liberdade de fato, mas apenas um estado de todos contra todos, onde o mais forte, não o mais racional, iria prevalecer. E, uma vez demonstrado isso, abordaremos diretamente o direito de liberdade de expressão e imprensa, explicando a diferença entre esses dois importantes conceitos, bem como seus alicerces. Igualmente aqui, demonstraremos a existência de situações nas quais o uso completamente livre deste direito não irá cumprir com os seus objetivos primeiros. Considerando, inclusive, as grandes mudanças históricas que afetaram o exercício do direito de liberdade de imprensa.

Palavras-chave: Liberdade; Democracia; Liberdade de expressão; Liberdade de imprensa; Regulação.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate that freedom of expression, an important foundation of the Democratic Rule of Law, to effectively fulfill its objectives

* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Servidor Público Federal (Assistente em Administração) no Campus de Varginha da Universidade Federal de Alfenas. Áreas de Interesse: Direito Constitucional, Filosofia Política e Ciência Política. Endereço Profissional: Avenida Celina Ferreira Ottoni, 4000 – Bairro Padre Vitor – CEP: 37048395 – Varginha, MG – Brasil. E-mail: robsonvitor@gmail.com; robson.reis@unifal-mg.edu.br.

** Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra. Servidora Pública Federal (Docente) no Campus de Varginha da Universidade Federal de Alfenas. Áreas de Interesse: Direito Constitucional, Filosofia Política e Ciência Política. Endereço Profissional: Avenida Celina Ferreira Ottoni, 4000 – Bairro Padre Vitor – CEP: 37048395 – Varginha, MG – Brasil. E-mail: guedes.guedes9@gmail.com; juliana.martins@unifal-mg.edu.br.

needs regulation. And to prove our thesis, we are going to make a digression to the foundations of the Rule of Law, demonstrating that in a scenario of absolute freedom, there would be no freedom in fact, but only a state of all against all where the strongest, not the more rational, will prevail. And, once this is demonstrated, we are going to directly address the right to freedom of expression and the press, explaining the difference between these two important concepts as well as their foundations. Equally here, we are going to demonstrate the existence of situations in which the completely free use of this right will not fulfill its first objectives. Considering also the great historical changes that have affected the exercise of the right to freedom of the press.

Keywords: Freedom; democracy; free speech; free press; regulation

INTRODUÇÃO

Any institution strong enough to act as an effective counterweight to government is also strong enough to inflict serious damage on innocent bystanders¹.

Com o presente artigo, objetivamos tentar delinear possíveis contornos democráticos aos direitos de liberdade de expressão e imprensa. O direito de liberdade de expressão, desde seu nascimento, vem demonstrando ser um dos grandes pilares do Estado Democrático de Direito. Contudo, não obstante isso, é preciso ter cautela para uma correta compreensão deste direito tão basilar. E, tendo isso em vista, ou seja, visando um maior aprofundamento na compreensão deste direito, principalmente se levarmos em consideração todas as mudanças históricas, econômicas e tecnológicas que o mundo sofreu e vem sofrendo desde o surgimento da imprensa, pretendemos, no decorrer deste artigo, desenvolver um pouco melhor esta espinhosa temática e, com isso, chegar a algumas conclusões, mesmo que parciais, para sua melhor compreensão e aplicação.

Assim, no próximo tópico, falaremos um pouco sobre os fundamentos do Estado e da imprensa. E, para isso, desenvolveremos algumas colocações feitas por Stephen Holmes no capítulo “Liberal Constraints on Private Power? reflections on the origins and rationale of access regulation”, da obra *Democracy and the Mass Media*, de Judith Lichtenberg.

Já no tópico seguinte, intitulado “Imprensa e a Necessidade de Regulação”, a partir das colocações e conclusões obtidas, ou seja, a partir dos fundamentos do Estado e da imprensa encontrados no item anterior, começaremos a explicar a necessidade de regulação da imprensa para se chegar a uma verdadeira liberdade.

¹ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 37.

Posteriormente, nos aprofundaremos na explicação das diferenças existentes entre o direito de liberdade de expressão e o direito de liberdade de imprensa. Haja vista que, a despeito de terem uma grande interseção, são direitos distintos e necessitam de uma justa diferenciação.

Encerrada a questão, passaremos a falar das distorções que o poder econômico pode trazer para a liberdade de expressão e imprensa e, para isso, abordaremos a matéria a partir da perspectiva da transformação existente das pequenas imprensas dos séculos XVII e XVIII para as grandes empresas de mídia de hoje, empresas com uma lógica e um poder completamente distintos dos que possuíam em sua origem, bem como das consequências que isso pode trazer para o mercado das ideias.

Feitas essas considerações, falaremos um pouco sobre a regulação desses direitos nos Estados Unidos, país que, a despeito de ser fortemente conhecido por sua controversa liberalidade, possui uma rica discussão sobre o assunto e onde a regulação da matéria, em grande parte, foi aos poucos sendo construída, dentro de sua tradição de *common law*, pelas decisões de seus tribunais.

Posteriormente, ainda sem sair do universo de colocações norte-americanas sobre a matéria, abordaremos o tema no âmbito da publicidade eleitoral e do financiamento de campanha. Neste tópico, começaremos a demonstrar como o poder econômico pode provocar uma série de distorções no mercado das ideias.

E, por fim, antes de encerramos o trabalho, iremos abordar o tema dos chamados discursos de ódio, ou *hate speech*, tal como a expressão ficou consagrada no âmbito do direito norte-americano. Para isso, iremos pormenorizadamente analisar três importantes pilares sob os quais o direito de liberdade de expressão se sustenta, tentando demonstrar que sob nenhuma dessas três perspectivas os discursos de ódio poderiam ser fundamentados, não podendo jamais tais discursos ser justificados em termos democráticos.

OS FUNDAMENTOS DO ESTADO E DA IMPRENSA

Como bem coloca Stephen Homes, normalmente se classificam os teóricos europeus que tiveram maior influência entre os fundadores dos Estados Unidos da América como anti-estadistas. Pessoas que viam o Estado como um agente coercitivo que devia ser limitado, em oposição direta ao âmbito privado. Não obstante e diante disso, Holmes se pergunta quão precisa é essa visão destes grandes teóricos europeus que foram tão respeitados pelos criadores da Constituição Americana.

Rereading, say, Locke and Montesquieu, we find no trace of blanket hostility to the state; nor do we encounter any veneration of an unregulated

private sphere. Without authority, we learn, society would eventually collapse into a more or less unlivable “state of nature” (...) Freedom can be achieved only if public authorities are granted a monopoly over such crucial and delicate functions².

Os autores que influenciaram os constitucionalistas americanos não se opunham à autoridade em termos gerais, mas apenas àquela autoridade arbitrária, abusiva e ilegítima em relação ao bem público. Muito embora a soberania fosse algo perigoso, sua ausência igualmente não se mostrava mais atrativa. “Chaos and anarchy were euphemisms for private oppression, for harm inflicted by the strong upon the weak”³.

Assim, portanto, a liberdade tão valorada por Locke e Montesquieu é em grande medida distorcida se vista unicamente pela ótica da liberdade negativa, ou seja, da liberdade perante o Estado, desconsiderando completamente a liberdade através do Estado. Neste sentido é importante destacar que estes pensadores não pretendiam transformar a esfera privada em algo intocável. “Lockean freedom implies universal access to the power of the state. (...) They include explicit entitlements to affirmative state action to protect individuals from harm by third parties”⁴.

Já no que tange à imprensa, Montesquieu⁵ vê com bons olhos a publicidade por ela trazida, principalmente no tocante a sua função de prevenir/dificultar o abuso de poder e a corrupção. E, devido a isso, a liberdade de imprensa é considerada um direito de fundamental importância, haja vista ser substrato necessário para o florescimento dos demais direitos. Devendo, neste contexto, destacar a função que a imprensa tem diante do governo no sentido de prevenir abusos e garantir mais transparência. Ao tornar público para a população em geral o que antes era decidido entre quatro paredes e com poucas pessoas para opinar e julgar, a publicidade garante que uma maior gama de pessoas pense e opine sobre qualquer questão, permitindo, com isso, reações populares de aprovação ou rejeição. Neste contexto: “by threatening to bugle awake a drowsy public,

² HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 22.

³ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 22.

⁴ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 23.

⁵ Apud HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

newspaper can *curb* the ambition of rulers and *prevent* the worst excesses of arbitrary power”⁶.

Como argumento adicional à liberdade de imprensa, Holmes destaca que, para além dessa função de impedir abusos por parte do governo, ela pode ter uma função criativa. Isto ocorre, pois uma crítica ao governo pode servir como contra-argumento para o amadurecimento de uma ideia, ou para o surgimento de uma nova ideia antes não cogitada. “Publicity, in other words, was not merely a paralyzing spotlight. It was also an arena for give-and-take, for mutual criticism and mutual stimulation, for acquiring new ideas and advancing proposals for reform”⁷.

Assim, já no século XVII, as vantagens de um livre fluxo de ideias e informações perante um governo censor eram facilmente reconhecidas pelos filósofos políticos de então. Neste contexto, Holmes também coloca que até mesmo Locke percebeu as vantagens de se tomar uma decisão política em um ambiente de desacordo, onde se estimula o debate e o surgimento de novas ideias. “Good political advice requires the advisers to hear all side of a question. In other words, rationality depends on exposure to a *multiplicity of voices*”⁸. Argumentos estes muito bem desenvolvidos posteriormente por pensadores como John Stuart Mill, em seu clássico *Sobre a Liberdade*⁹.

In other words, the public-debate rationale for freedom of press, associated with the names Holmes and Brandeis and later popularized by Alexander Meiklejohn, was a commonplace at the time of the Founding¹⁰.

Contudo, e não obstante isso, a essa ideia devemos acrescentar que o governo teria não somente uma obrigação negativa de não interferir, mas igualmente uma positiva de proteger e inclusive fomentar e expressão de opiniões contrárias. “This way of thinking implies that *the government has an affirmative obligation and even encourage the expression of rival views*”¹¹.

⁶ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 28.

⁷ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 28.

⁸ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 30.

⁹ MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2016.

¹⁰ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 31.

¹¹ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 32.

A IMPRENSA E A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO

No tópico anterior, foram traçados os principais fundamentos e pontos positivos de uma maior publicidade e transparência por via de uma imprensa livre. Contudo, se interpretado de maneira caricata, esta uma visão uma tanto quanto romântica pode desconsiderar que “publicity can poison the air as well as cleanse it”¹². Ou seja, uma imprensa pode tanto fomentar o diálogo e uma argumentação sadia onde o resultado é uma sociedade mais lúcida e esclarecida, como igualmente pode, através de jornais sensacionalistas mais compromissados com as vendas/audiência do que com os fatos em si, poluir o ambiente de discussão de modo a dificultar aos leitores/cidadãos criarem uma opinião mais lúcida e fundamentada¹³.

Não se pode deixar de considerar ainda que o fato de uma ideia ter sido publicamente debatida, por si só, não garante, com isso, que a verdade prevaleça sobre o erro. Como Holmes bem coloca, o mercado de ideias pode apresentar os mesmos problemas do mercado de bens. Isto é, em muitas ocasiões as pessoas optam por adquirir determinado produto não por uma necessidade ou por uma determinada qualidade que ele apresente, mas simplesmente porque é falsamente convencida de que necessita dele em sua vida. Pessoas muitas vezes agem em grupo, por imitação, e o fato de alguém próximo ter comprado determinado produto pode, por si só, ser um motivo para comprá-lo também. Contudo, mesmo que se considere que “the hope of Milton, Trenchard and Gordon, Jefferson, and Mill were exaggerated they were not therefore without a realistic core”¹⁴. Ou seja, a despeito dos seus problemas e da incerteza quanto ao seu produto final, a publicidade gerada pela imprensa ainda continua sendo melhor que sua total ausência, o que faz com que se considere a necessidade de uma regulação da imprensa.

Neste contexto, é importante lembrar o que colocamos como epígrafe norteadora deste artigo: “Any institution strong enough to act as an effective counterweight to government is also strong enough to inflict serious damage on innocent bystanders”¹⁵. Sendo que a todo aquele que sofre um dano por um uso abusivo do poder privado resta apenas, legitimamente, recorrer ao Estado para

¹² HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 33.

¹³ Aqui podemos lembrar da grande influência que as fake news têm tido na política atual.

¹⁴ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 34.

¹⁵ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 37.

tentar reparar este dano, bem como tentar garantir que este não se repita, o que, como vimos no tópico anterior, seria uma das funções basilares do Estado em si. Contudo, em se tratando de liberdade de imprensa, tal controle pode gerar nela um efeito de esfriamento (*Chilling Effect*) no tocante a sua função investigativa e estimuladora do debate público, o que nos leva diretamente a uma grande encruzilhada e faz com que nos perguntemos como podemos regular este nicho da Liberdade de uma maneira tal que não prejudique a sua finalidade precípua de policiar o estado, bem como de fomentar o diálogo político na sociedade em geral.

E, além desse problema, não se pode deixar de considerar ainda que “anyone who propose civilizing constraints on the press, however, not only has his face blackened by printer’s but is also accused of being an enemy of liberty”¹⁶.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE DE IMPRENSA

Até o presente momento, neste artigo, limitamo-nos a falar da liberdade de imprensa em termos gerais e em um sentido mais amplo. Não obstante isso, acreditamos que muito do que falamos até o momento se aplicaria diretamente a liberdade de expressão. Ou seja, acreditamos que, tal qual a liberdade de imprensa, a liberdade de expressão igualmente possui uma importante finalidade política e que também necessita de uma regulação para cumprir essa função de um modo mais adequado. Contudo, por serem conceitos distintos, como agora esclareceremos, deverão ser tratados/regulados de uma maneira diferenciada e adequada para o que cada uma dessas ideias se propõe.

Dentro do âmbito mais básico, no tocante a ideia de liberdade de expressão, está a ideia de liberdade de pensamento. Tal conceito, se interpretado literalmente, não iria abranger necessariamente a externalização de tal pensamento, mas apenas a possibilidade de, internamente, possuir tais opiniões e valores. O que o liga diretamente a ideia de liberdade de consciência e crença.

Já no que tange ao direito de liberdade de imprensa, para podermos entendê-lo um pouco melhor, esclarecedoras são as colocações de Thomas Paine em artigo intitulado “Liberdade de Imprensa” e publicado no jornal nova-iorquino *American Citizen*, em 19 de outubro de 1806, que foi traduzido e transcrito pelo professor Venício Artur de Lima em seu livro *Liberdade de Expressão x Liberdade da Imprensa*¹⁷. Neste artigo, Paine explica que na Inglaterra, antes da revolução

¹⁶ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 37.

¹⁷ LIMA, Venício Arthur de. *Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Publisher Brasil, 2012.

de 1688, existia a figura do *imprimeur*, que, tal qual a figura dos censores na França, fiscalizava os conteúdos dos textos antes que esses viessem a ser impressos, ou seja, para qualquer texto ser impresso, antes eles deveriam ser avaliados por fiscais do estado imbuídos desta função. Daí a origem da expressão “censura”. Ocorre que, na Inglaterra, após a Revolução de 1688, o cargo do *Imprimeur* foi abolido, e os textos passaram a poder ser publicados diretamente sem a necessidade de uma autorização prévia.

A impressão era, em consequência dessa abolição, dita ser livre e foi dessa circunstância que o termo liberdade de imprensa surgiu. A imprensa, que é uma língua para os olhos, foi então, colocada exatamente na situação de língua humana. Um homem não demanda antecipadamente liberdade para falar algo que ele tem a dizer, mas ele se torna responsável posteriormente pelas atrocidades que pode ter dito¹⁸.

Sendo importante agora destacar aquela que acreditamos ser uma das principais diferenças entre a Liberdade de Expressão e a Liberdade de imprensa. A Liberdade de Expressão, enquanto tal, tem como objeto a emissão de opiniões e crenças, ligando-se melhor a ideia de emissão de um juízo de valor acerca de algo; já a Liberdade de Imprensa¹⁹ tem como objeto a difusão de fatos e notícias, ligando-se mais adequadamente ao mundo empírico, ou seja, a descrição de fatos com o máximo de isenção possível. Como consequência direta disso, podemos deduzir que a liberdade de imprensa se encontraria suscetível à comprovação da verdade, o que, em tese, não ocorreria com a liberdade de expressão.

Portanto, é importante esclarecer que, a despeito de suas origens históricas, hoje, não é pelo fato de ser impresso ou escrito que estamos diante do direito de liberdade de imprensa, bem como não é pelo fato de a via ser oral que o direito em análise é o direito de liberdade de expressão²⁰. Entendemos que não é o meio, mas, sim, a finalidade que irá separar estes dois importantes conceitos. Assim, estar-se-á diante da liberdade de expressão toda vez que o objetivo for a emissão de uma opinião ou de um juízo de valor acerca de algo e se estará diante da

¹⁸ PAINE apud LIMA, Venício Arthur de. *Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Publisher Brasil, 2012, p. 49.

¹⁹ Alguns, dentre eles cito o professor Edilson Pereira de Faria (2001), preferem o termo “Liberdade de Comunicação”, pois argumentam que o termo “liberdade de imprensa” já estaria ultrapassado, haja vista que, por exemplo, hoje grande parte dos jornais não faz mais uso da via impressa. Contudo, a despeito disso, devido à grande consagração do termo, optamos por, neste artigo, manter a expressão “liberdade de imprensa”. É válido esclarecer, contudo, que, ao fazer uso desta expressão, não estamos nos limitando, com ela, apenas aos jornais impressos, mas a todo e qualquer veículo que tenha como finalidade a divulgação de fatos e notícias.

²⁰ Como exemplo paradigmático do que queremos colocar, é válido mencionar o famoso jornal virtual *Sensacionalista*, que, a despeito da denominação, bem como da via escrita, parece-nos se enquadrar mais diretamente dentro do universo da Liberdade de Expressão.

liberdade de imprensa quando a finalidade for a difusão de fatos e notícias. Sabemos que, por vezes, tal diferenciação não irá se mostrar fácil e clara, mas, a despeito disso, é sempre importante tentar separar estes dois conceitos, haja vista que o tratamento de ambas as situações deverá ser distinto.

LIBERDADE DE IMPRENSA X LIBERDADE DE EMPRESA

No ano de 2009 o Supremo Tribunal Federal brasileiro considerou não recepcionadas pela Constituição de 1988 duas normas legais provenientes do período ditatorial: através da ADPF 130/DF²¹, a totalidade da Lei 5.250/1967²² (Lei de Imprensa), bem como, através do RE 511.961/SP²³, o artigo 4º, inciso V, do Decreto Lei 972/1969²⁴, que exigia diploma de curso superior específico para o exercício da profissão de jornalista.

Contudo, nestes dois julgamentos, independentemente do acerto ou do erro no tocante ao mérito da questão, percebe-se certa, consciente ou inconsciente, ingenuidade da corte no tocante a sua análise referente a algumas importantes questões envolvendo os direitos de Liberdade de Expressão e Imprensa. Como bem coloca o professor Venício Artur de Lima, em ambas as decisões, é possível perceber que a maioria do STF:

- (1) supõe uma inexistente “autonomia” profissional que confunde o exercício individual da profissão de jornalista com o poder da “imprensa”, isto é, com o poder dos grupos empresariais que contratam e empregam os jornalistas, vale dizer, que são os seus patrões;
- (2) supõe que o jornalista é senhor das pautas, vale dizer, daquilo que efetivamente é veiculado na mídia impressa ou eletrônica, ignorando que os jornalistas trabalham numa estrutura empresarial vertical e hierarquizada onde aqueles em posição de decisão editorial, lá estão porque são, eles próprios, os proprietários da empresa ou porque estão a eles “alinhados”;
- (3) ignora que a atividade de jornalista não pode ser considerada uma extensão, sem mais, da liberdade de expressão simplesmente porque seu objeto não é a opinião mas, em tese, a notícia que deve ser isenta, imparcial e equilibrada. Aqueles que profissionalmente emitem opiniões

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Federal 130/DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 1º jun. 2016.

²² BRASIL. Lei 5250 de 09 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5250.htm>. Acesso em: 1º jun. 2016.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 511.961/SP. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em: 1º jun. 2016.

²⁴ BRASIL. Decreto-Lei 972 de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0972.htm>. Acesso em: 1º jun. 2016.

na mídia – editoriais, colunistas, articulistas, comentaristas, analistas – em sua maioria, nem sequer são jornalistas; e

(4) continua a considerar o Estado como a única ameaça à liberdade de expressão individual e à liberdade de imprensa, ignorando o poder de censura e controle dos próprios grupos de mídia privada, mesmo quando fundamenta o argumento jurídico em premissas que claramente conduzem a conclusões distintas²⁵.

Passemos agora então a analisar por partes estas afirmações feitas pelo professor Venício. Contudo, para entendê-las, é preciso ter como base o fato que a imprensa de hoje é muito distinta do que foi em sua origem. Hoje, a indústria de comunicação se transformou em um grande e lucrativo negócio, onde alguns grandes grupos empresariais privados tentam cada vez mais controlar o fluxo de informações. A liberdade de imprensa não tem hoje o mesmo significado que tinha na Inglaterra do século XVII, “onde ‘the press’ era apenas a tipografia onde indivíduos livres para imprimir e divulgar suas ideias estariam mais preparados para o autogoverno”²⁶.

Neste sentido, são bem esclarecedores os pontos 1 e 2 levantados pelo professor Venício, de os jornalistas hoje serem simples empregados de grandes indústrias midiáticas, não possuindo uma efetiva autonomia e liberdade de, ao seu livre arbítrio, escolherem as pautas que querem trabalhar. O que faz com que facilmente concluamos, na esteira do professor, que não se pode confundir o exercício individual da profissão de jornalista com o poder da imprensa que, hoje, bem mais representa o poder de grandes grupos econômicos.

Outro ponto cirurgicamente ressaltado por Venício, e que já foi destacado no tópico anterior, é que Liberdade de Expressão não se confunde com Liberdade de Imprensa. Ambas, apesar de terem um grande ponto de interseção em comum, possuem conceitos distintos onde o objeto da primeira é a emissão de opiniões fruto de valorações pessoais, enquanto a segunda tem como objetivo a veiculação de notícias sob uma perspectiva mais neutra e equilibrada.

Por fim, Venício conclui o que julgamos ser o principal ponto de sua argumentação, qual seja, que hoje, levando em consideração que o jornalismo se tornou um meio dominado por poderosas instituições, a censura está sendo em grande parte privatizada.

E, como exemplo cristalino deste fato, cito discurso feito por José Eugênio Soares, ou simplesmente Jô Soares, como é conhecido, durante a entrega do Troféu

²⁵ LIMA, Venício Arthur de. *Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Publisher Brasil, 2012, p. 215.

²⁶ LIMA, Venício Arthur de. *Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Publisher Brasil, 2012, p. 219-220.

Imprensa de 1987, onde acusa a Rede Globo de Televisão (a maior emissora do Brasil e uma das maiores do mundo) de criar, à época, uma lista negra de atores para aqueles que optaram por sair da empresa por vontade própria. Quem assim procedesse, como forma de punição, não teria mais seus comerciais veiculados na emissora, o que, à época, devido ao grande poderio da emissora, equivalia a condenar o ator ou atriz a verdadeiro ostracismo. Neste discurso, Jô, visivelmente indignado com tal política chega inclusive a mencionar conversas particulares que teve com o senhor José Bonifácio Brasil de Oliveira Sobrinho, popularmente conhecido como Boni, um dos grandes diretores da Rede Globo de Televisão, onde ele, Jô, sofre ameaças diretas do diretor.

Em resumo, podemos concluir que a liberdade de imprensa hoje cada vez mais se distancia da liberdade de imprimir de alguns séculos atrás, aproximando-se cada vez mais da “liberdade de empresas cujos principais objetivos são conferir lucratividade aos seus controladores e viabilizar sua própria permanência no mercado”²⁷. E, diante do exposto, como já enfatizamos algumas vezes no presente artigo, faz-se necessária uma efetiva regulação por parte do estado para nunca perder de vista os objetivos fundantes da Liberdade de Expressão e Imprensa, garantindo uma maior pluralidade de vozes neste grande “mercado de ideias”. Assim, paralelamente às já clássicas liberdades negativas perante o estado, faz-se necessário um estado que atue positivamente, não para censurar, mas para impedir o surgimento de verdadeiros monopólios de ideias/valores/verdades, ou seja, garantir um debate público mais plural, onde exista uma maior participação efetiva dos mais variados grupos políticos e ideológicos.

A REGULAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS ESTADOS UNIDOS

Segundo Cass Sunstein²⁸ e Júlio Barroso²⁹, a proteção constitucional ao direito de liberdade de expressão nos Estados Unidos, sendo considerado um dos países mais liberais³⁰ no tocante à questão, gira em torno das seguintes eixos: valor da expressão e neutralidade da regulação.

Quanto ao valor da expressão, existem expressões de “alto valor”, que gozam de uma proteção constitucional mais robusta, e expressões de “baixo valor”, que

²⁷ LIMA, Venício Arthur de. *Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Publisher Brasil, 2012, p. 208.

²⁸ SUNSTEIN, Cass Robert. *Democracy and the problem of free speech*. New York: Free Press, 1995.

²⁹ SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Liberdade de expressão e expressões de ódio. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 37-63, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000100037&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1º set. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201503>.

³⁰ Essa classificação pode se mostrar um tanto controversa, pois, a depender da questão, essa liberdade pode não existir ou, para outras questões, ele poderia ser melhor classificado como libertário e não como liberal.

possuem uma proteção bem mais frágil. Não podendo deixar de destacar que a linha divisória que separa estes dois importantes conceitos se mostra dotada de grande subjetividade, e que até mesmo a Suprema Corte Norte-Americana nunca conseguiu dotá-la de uma adequada clareza.

A expressão que se mantém no centro da proteção constitucional não pode ser regulada, ou, em alguns casos, exige, para que se possa regulá-la, a condição da iminência de causar um dano muito significativo. Outras formas de expressão estão localizadas na periferia do sistema constitucional de proteção. Por terem “baixo valor”, podem ser reguladas, mas mesmo nesse caso se exige uma justificativa razoável e plausível, menos exigente que a exigida pela expressão de “alto valor”³¹.

Partindo desta linha divisória, em termos gerais, as expressões que gozam de uma proteção mais robusta são as expressões políticas, alocando-se no coração deste importante direito constitucional. E, em se tratando de expressão de cunho político, os americanos levam tal proteção às últimas consequências, protegendo até mesmo, por exemplo, na contramão do mundo e dos principais tratados internacionais de direitos humanos, “um discurso carregado de ódio racial feito por um membro da Ku Klux Klan, ou ainda [...] uma passeata neonazista em uma cidade repleta de sobreviventes dos campos de concentração nazistas”³².

E, como exemplo de expressão de menor valor, pode-se citar o da expressão comercial, o que faz com que se permita ao estado uma regulação mais forte, coibindo, por exemplo, a propaganda enganosa. Nesta mesma seara, estaria a difamação de pessoas privadas, em contraposição às figuras públicas que, na esteira da decisão *New York Times vs Sullivan*³³, gozariam de um alto grau de proteção.

Já no que tange à neutralidade da regulação, a expressão pode ser “neutra quanto ao conteúdo”, “baseada no conteúdo” ou “baseada no ponto de vista”, sendo que a primeira desfruta de uma proteção mais robusta que a segunda, e esta de uma proteção mais robusta que a terceira. Como exemplo da primeira, pode-se citar a proibição de uso de alto-falantes nas proximidades hospitalares.

³¹ SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Liberdade de expressão e expressões de ódio. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 38, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000100037&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1º set. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201503>.

³² SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Liberdade de expressão e expressões de ódio. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 38-39, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000100037&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1º set. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201503>.

³³ UNITED STATES. Supreme Court. *New York Times Co. v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/case.html>>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

Já como exemplo da segunda, a proibição de discutir a legitimidade de uma guerra no interior dos quartéis, aqui não importa se você é a favor ou é contra. Por fim, como exemplo da terceira, pode-se mencionar a mesma proibição de questionar/criticar tal legitimidade, ou seja, aqui se escolhe um dos lados³⁴.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E IMPRENSA E A PUBLICIDADE EM CAMPANHA ELEITORAL

Ainda dentro da questão da regulação do discurso, passemos agora a tratar do financiamento de campanhas em seu aspecto publicitário. Este é um dos principais pontos que envolvem a nossa temática, sendo, igualmente, talvez, um dos mais polêmicos.

Para tratar deste ponto, muito esclarecedoras são as colocações feitas por Ronald Dworkin ao analisar a decisão da Suprema Corte Americana no caso *Citizens United vs. FEC*³⁵, em seu artigo “The Decision That Threatens Democracy”³⁶.

Um primeiro ponto que é importante ser mencionado talvez seja o fato de que muito nos surpreendeu o posicionamento tomado pelo citado autor no artigo, haja vista que consideramos ser tal posicionamento, pelo menos em parte, conflitante com o defendido por ele em seu livro *O Direito de Liberdade*³⁷. Não obstante esse aparente conflito, é válido destacar que as colocações feitas pelo autor no livro, apesar de interconectadas com o artigo, tratam da liberdade de expressão sob um aspecto mais geral, e as colocações feitas no artigo se ligam a ela sob um viés mais voltado publicidade em campanha eleitoral.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, passemos a analisar o caso. Em janeiro de 2010, em uma decisão dividida (5x4), os juízes conservadores da Suprema Corte Americana, por iniciativa própria, ou seja, sem pedido das partes, declararam que as corporações e os sindicatos têm o direito de gastar o quanto desejarem em comerciais de TV de cunho eleitoral – decisão esta que, inclusive, foi publicamente criticada pelo presidente Barack Obama.

³⁴ SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Liberdade de expressão e expressões de ódio. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 38-39, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000100037&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1º set. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201503>.

³⁵ UNITED STATES. Supreme Court. *Citizens United vs. FEC* 558 U.S. 310 (2010). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/558/310/>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

³⁶ DWORKIN, Ronald. *The decision that threatens democracy*. The New York review of books, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. Revisão Técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Em termos históricos, é importante colocar que, desde 1907 com a *Tillman Act*, tinha sido estabelecido que as corporações, pessoas fictícias criadas por lei, não possuem os mesmos direitos que as pessoas naturais no tocante ao direito de atividade política assegurado pela primeira emenda à Constituição Americana, sendo tal princípio mantido pela Suprema Corte em 1990 na decisão do caso *Austin vs. Michigan Chamber of Commerce*. Além disso, em 2002, foi aprovada pelo congresso a *Bipartisan Campaign Reform Act* (BCRA), que proibia as empresas de participarem do processo eleitoral de televisão por 30 dias antes das primárias e 60 antes da eleição. E, por fim, não se pode deixar de dizer que em 2003 a Corte confirmou a constitucionalidade da proibição no caso *McConnell vs. Federal Election Commission* (FEC)³⁸.

Como bem coloca Dworkin, a primeira emenda à constituição americana³⁹, que garante o direito a Liberdade de Expressão e Imprensa como a maior parte das mais basilares e importantes disposições constitucionais, está redigida: “in the abstract language of political morality”⁴⁰. Devido a isso, e creio que neste ponto o professor Owen Fiss⁴¹ concordaria com Dworkin, a linguagem utilizada pelo constituinte não especifica em concreto as dimensões desse direito, isto é, não diz se tal direito protegeria, por exemplo, “a Ku Klux Klan chapter publicly to insult and defame blacks or Jews, or a right of foreign governments to broadcast political advice in American elections”⁴². E, para Dworkin, a decisão destas questões, bem como de vários outros *hard cases*, exige interpretação, e tal interpretação não pode jamais ser uma decisão arbitrária, ou seja, deve ser norteada por princípios.

E, para justificar seu ponto de vista de que a interpretação dada por esses 5 juízes a primeira emenda estaria equivocada, Dworkin analisa as principais correntes justificadoras da Liberdade de Expressão, algumas das quais já trabalham no presente artigo.

A primeira corrente justifica a liberdade de expressão pela necessidade de um eleitorado informado, assegurando aos eleitores um amplo acesso aos mais

³⁸ UNITED STATES. Supreme Court. *McConnell vs. Federal Election Commission* 540 U.S. 93 (2003). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/93/>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

³⁹ “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”.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *The decision that threatens democracy*. The New York review of books, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016, s/p.

⁴¹ FISS, Owen M. *The Irony of Free Speech*. 2ª impr. Cambridge and London: Harvard University Press, 2016. Kindle Version.

⁴² DWORKIN, Ronald. *The decision that threatens democracy*. The New York review of books, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016, s/p.

variados posicionamentos políticos, com sua respectiva fundamentação, estando diretamente ligado ao ideal de um “mercado livre de ideias”. Ideal esse que, como bem esclarecemos acima, tal qual o mercado de bens, pode apresentar algumas disfunções. Disfunções estas que, em se tratando de financiamento de campanhas por grandes corporações, são ainda mais potencializadas.

Monopolies and near monopolies are just as destructive to the marketplace of ideas as they are to any other market. A public debate about climate change, for instance, would not do much to improve the understanding of its audience if speaking time were auctioned so that energy companies were able to buy vastly more time than academic scientists⁴³.

Ou seja, a publicidade eleitoral feita pelas grandes corporações não irá colaborar para a diversidade de ideias, mas, sim, apenas reforçar aquelas que estão em consonância com seus interesses. Empresas não têm ideias próprias, sua publicidade irá apenas refletir o interesse de seus gestores, que irá refletir os interesses mais imediatos do mercado, que, por vezes, pode não se harmonizar com os posicionamentos políticos dos seus acionistas. Contudo, com a decisão em comento os gestores poderão fazer uso do capital da empresa, e não apenas do seu capital pessoal, para aumentar a publicidade sobre estas opiniões e valores. Diante disso, irão surgir dois problemas interconectados. Em primeiro lugar, o posicionamento político dos gestores da empresa pode não refletir/harmonizar com o de seus acionistas; e, segundo, devido ao grande volume de dinheiro/publicidade em cima destes posicionamentos, poderá ocorrer uma distorção da realidade, sugerindo maior apoio do que de fato existe para essas controversas opiniões.

Neste ponto, os juízes conservadores, para justificar sua posição, lançam mão de um argumento que foca em um aparente conflito entre o ideal liberdade com o ideal igualdade. Argumentam eles: “that speech may not be restricted just to make candidates more equal in their financial resources”⁴⁴. Contudo, também neste ponto, Dworkin percebe, conjuntamente com Fiss, que pode existir outra maneira de pensar esta questão do que colocando em termos de uma “battle between transcendent values”⁴⁵ ou, nas palavras de Dworkin, “this is not just to be fair to all candidates, like requiring a single starting line for runners in a race”⁴⁶.

⁴³ DWORKIN, Ronald. *The decision that threatens democracy*. The New York review of books, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016, s/p.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *The decision that threatens democracy*. The New York review of books, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016, s/p.

⁴⁵ FISS, 1996, p. 148.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *The decision that threatens democracy*. The New York review of books, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016, s/p.

Em vez de colocar a questão sob uma ótica de um conflito entre o valor liberdade e o valor igualdade, é possível pensá-la através de uma entre o valor liberdade com ele mesmo. “This understanding of what the state is seeking to accomplish would transform what at first seemed to be a conflict between liberty and equality into a conflict between liberty and liberty”⁴⁷. Ou seja, ao se estabelecer uma regulação para o discurso, e, neste caso em especial, impedir um financiamento desregrado de campanha por parte das grandes corporações, o que se quer é evitar o monopólio de ideias permitindo, com isso, um público mais bem informado e de fato livre para tomar uma decisão mais esclarecida.

Dworkin percebe ainda que, caso se estabeleça um teto muito baixo para as despesas eleitorais, alcançar-se-ia a maior igualdade financeira possível, mas, a despeito das benesses disso, este reduzido teto, sim, poderia prejudicar a qualidade do debate. Perceba que estamos diante de um delicado impasse onde se terá fatalmente que decidir o quanto de desigualdade deve ser tolerado para garantir com isso um debate mais robusto. Todavia, e não obstante isso, ou seja, não obstante toda subjetividade e delicadeza desta escolha, “allowing corporations to spend their corporate treasure on television ads conspicuously fails that test”⁴⁸. Ou, no bom português, permitir que grandes corporações gastem ilimitadamente com publicidade eleitoral obviamente não iria refletir uma posição equilibrada.

A segunda corrente, por sua vez, que até o presente momento nós não havíamos trabalhado, “focuses on the importance of free speech not to educate the public at large but to protect the status, dignity, and moral development of individual citizens as equal partners in the political process”⁴⁹. Perceba que, no tocante a este fundamento da liberdade de expressão, ficaria ainda mais clara a irrazoabilidade ou, porque não dizer, erro/equívoco da posição prevalecente na Suprema Corte. Neste ponto, é importante trazer a lume uma tentativa, que ousou dizer pífia, do Juiz Kennedy de tentar justificar a decisão até mesmo sobre esta ótica onde o desacerto da decisão estaria mais escancarado. Argumenta Kennedy que também as corporações teriam um direito a livre expressão “to protect the status, dignity, and moral development of individual citizens as equal partners in the political process”⁵⁰, o que no nosso entendimento e no de Dworkin é sim-

⁴⁷ FISS, 1996, p. 150.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *The decision that threatens democracy*. The New York review of books, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016, s/p.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *The decision that threatens democracy*. The New York review of books, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016, s/p.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *The decision that threatens democracy*. The New York review of books, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016, s/p.

plesmente assombroso. Apenas seres humanos reais são capazes de ter emoções e se ver insultados em seus sentimentos. Empresas são criações fictícias do direito, que, enquanto tais, não têm essa capacidade.

Por fim, a terceira corrente elencada por Dworkin, e que já havíamos pontuado anteriormente, coloca a Liberdade de Expressão e Imprensa protegida pela primeira emenda como o meio para se garantir uma maior transparência e honestidade do governo. No tocante a este ponto, para defender o seu argumento, Dworkin faz duas colocações. Em primeiro lugar (o que julgamos ser um argumento mais fraco), considera que não existe uma necessidade de as empresas publicarem anúncios publicitários de campanha nas vésperas de eleição para denunciar a corrupção do governo; isso pode ser feito a qualquer momento e é uma obrigação de todos. Em segundo lugar, e aqui acreditamos estar o seu principal argumento, a publicidade desregrada de campanhas por parte de grandes corporações pode, ao invés de prevenir a corrupção, fomentá-la. É ingenuidade pensar que, por exemplo, um congressista que recebeu uma significativa ajuda de uma grande empresa mineradora irá se sentir plenamente à vontade para votar a favor de uma lei que aumenta a proteção ambiental e, conseqüentemente, imprime maior rigor na exploração mineral.

Obama and Speaker Nancy Pelosi had great difficulty persuading some members of the House of Representatives to vote for the health care reform bill, which finally passed with a dangerously thin majority, because those members feared they were risking their seats in the coming midterm elections. They knew, after the Court's decision, that they might face not just another party and candidate but a tidal wave of negative ads financed by health insurance companies with enormous sums of their shareholders' money to spend⁵¹.

Feitas estas considerações, é fácil compreender a ideia de que alguma regulação no tocante a Liberdade de Expressão e Imprensa, em especial no que tange à publicidade em campanha eleitoral, a despeito de toda reticência americana nesta questão, é plenamente desejável. E com tal regulação não se quer tolher a liberdade de ninguém, mas, muito pelo contrário, o que se quer é garantir com ela uma ambiente onde mais pessoas possam livremente expor suas ideias e pensamentos sem vê-los soterrados por uma publicidade predatória e algumas vezes monopolista promovida pelas grandes corporações. A censura não é um privilégio do estado, muitas vezes ela pode ser promovida por empresas privadas através de grandes campanhas publicitárias onde uma ideia é tão fortemente

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *The decision that threatens democracy*. The New York review of books, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016, s/p.

promovida que acaba silenciando as demais, sendo o chamado efeito silenciador do discurso, tal como colocado por Fiss⁵².

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E IMPRENSA E OS DISCURSOS DE ÓDIO

A seguir, iremos analisar os principais argumentos levantados contra e a favor da proibição dos famigerados discursos de ódio (*hate speeches*). Muitos dos pontos abordados aqui já foram trabalhados acima, mas agora a análise terá como foco os discursos de ódio, isto é, o pano de fundo argumentativo é o mesmo, mas a ênfase será outra.

Discurso de ódio e a busca da verdade

O primeiro ponto que abordaremos envolve a relação entre a liberdade de expressão e imprensa e a busca da verdade. Especificamente nos questionaremos se os discursos de ódio contribuem ou não de alguma maneira neste mercado de ideias.

Um dos principais defensores da liberdade de expressão e imprensa ao fundamento da “busca da verdade” foi o filósofo político John Stuart Mill, que, no capítulo II de sua obra *Sobre a Liberdade*⁵³, diz que restringir essas liberdades ao argumento de uma suposta falsidade das ideias seria uma atitude imprudente por três motivos. O primeiro e mais óbvio motivo é que você pode estar errado, ou seja, a ideia pode ser verdadeira. Em segundo lugar, as verdades são complexas, isto é, nada é completamente falso ou verdadeiro. Por fim, em terceiro lugar, mesmo que se pense que uma ideia é completamente falsa, para Mill, ainda assim essa ideia não deve ser suprimida da esfera pública. Para defender tal ponto de vista, Mill utiliza o conceito de *dogma morto*, que nada mais é que uma verdade cujo fundamento ou razão de ser foi, com o passar do tempo, sendo esquecido. E, neste sentido, permitir um discurso amplo e irrestrito poderia ajudar a impedir que a sociedade se esqueça dos seus erros do passado.

Veja que Mill desenvolve argumentos bastante sofisticados sobre a questão. Contudo, pelo menos no tocante aos discursos de ódio, não se pode deixar de levar em consideração que o:

Cenário propício para a tomada de decisões não é aquele em que pessoas ofendem-se livremente umas às outras pelas razões mais baixas, mas antes pressupõe alguma predisposição do participante do debate de ouvir e refletir sobre os argumentos apresentados pelos outros, e até eventualmente, de rever as suas próprias opiniões. Ele exige respeito mútuo entre os debatedores, que devem reconhecer-se reciprocamente

⁵² FISS, 1996.

⁵³ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2016.

como livres e iguais. Este ambiente – descrito por Habermas como o de uma “situação ideal de discurso” – é uma idealização contrafática que não se reproduz integralmente em nenhuma sociedade, mas que, como ideia regulativa, deve orientar a *praxis* política que tenha como objetivo chegar a resultados mais justos e aceitáveis por todos⁵⁴ (grifo nosso).

Neste diapasão, na esteira do argumento levantado pelo professor Daniel Sarmento, pensamos que não é apenas pelo fato de as ideias vinculadas aos *hate speeches* serem moralmente equivocadas que o Estado deve restringir este tipo de discurso. O fato é que, como dito, este tipo de diálogo de cunho mais passional apenas cega os participantes, deixando-os cada vez menos propensos/abertos a escutar o outro.

Quanto a essa questão, é importante mencionar ainda o argumento desenvolvido por Jeremy Waldron⁵⁵. Waldron coloca se no que tange ao mercado financeiro não é algo assombroso falar-se, até mesmo entre parte dos liberais, na necessidade de algum tipo de regulação, por que não aplicar o mesmo raciocínio para o mercado de ideias? Os economistas já compreendem o fato de que os mercados econômicos são capazes de produzir algumas coisas boas e outras nem tanto. Ou seja, ao mesmo tempo em que podem produzir eficiência, podem não produzi-la; podem, por exemplo, minar a justiça distributiva. No caso do mercado de ideias, seria a verdade o análogo da eficiência ou o análogo da justiça distributiva? Esse é um importante questionamento colocado por Waldron. Ressaltando que nunca ouvi nenhum defensor do mercado de ideias responder a essa pergunta, principalmente porque tais proponentes admitem que, quando tentam descobrir como o mercado de ideias poderia produzir a verdade, eles não têm noção análoga aos entendimentos economista de como os mercados produzem eficiência (e minam a justiça distributiva). Virou um *topoi* comum ensinar os alunos na faculdade de direito a soltar o mantra “o mercado de ideias” sem a devida reflexão, que, embora algumas regulamentações governamentais sejam geralmente consideradas importantes no mercado econômico, não desenvolvemos quaisquer análogos para o mercado de ideias. Reflexão esta que Waldron expressamente percebe que poderia ser útil nos argumentos a favor ou contra a regulação do discurso de ódio.

O discurso de ódio e o argumento democrático

No tocante a este aspecto da questão, é importante destacar em primeiro lugar que ele está umbilicalmente ligado ao ponto anterior, isto é, a deliberação

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *Hate Speech*. *Revista de Direito do Estado (RDE)*. Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez. 2006a, p. 80-81.

⁵⁵ WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2014.

pública enquanto busca pela verdade é um pressuposto necessário para qualquer democracia. Apenas uma sociedade bem informada terá as condições necessárias para participar de um modo consciente e crítico do governo existente.

Feito este esclarecimento inicial, passemos agora a analisar até que medida a proteção do discurso de ódio contribui para o autogoverno democrático. Neste ponto, muitos poderiam alegar que qualquer discurso de ódio seria por demais desprezível para contribuir com algo na formação da vontade democrática. No tocante a este ponto, para além de toda a argumentação desenvolvida no tópico anterior, acreditamos ser bastante sofisticada e, ousamos dizer tentadora, a argumentação desenvolvida pelo professor Iris Marion Young em sua obra *Inclusion and Democracy*⁵⁶. Para o professor em comento, impossível seria conter as manifestações políticas aos limites das regras da civilidade e da cultura dominante, sendo característica intrínseca do protesto político o extravasar, o romper as regras.

Todavia, não obstante o fato de acreditarmos que o professor Young não estaria de todo errado em sua argumentação, pensamos ser necessário equilibrar suas colocações com alguns outros importantes pontos a serem considerados. Assim, gostaríamos de enfatizar o fato, principalmente no âmbito do direito norte-americano, de existir muito espaço e preocupação despendidos para o autor do discurso (*speaker*), porém muito pouco ou nenhum espaço é dado àquele que é o receptor da mensagem (*listener*). E, no que tange aos discursos de ódio, no âmbito do polo passivo da mensagem, não se pode negar que tais discursos de intolerância tendem a gerar ou o *revide violento* de suas vítimas ou o *silêncio humilhado*⁵⁷.

O primeiro ponto, qual seja, o *revide violento*, está diretamente relacionado com o fato em parte já abordado no tópico anterior, de que ódio gera ódio e pessoas menos dispostas a um diálogo pautado por um mínimo de racionalidade. Anteriormente, apenas nos limitamos a dizer que aquele que é vítima de um discurso mais agressivo estaria menos propenso a ouvir. Contudo, não se pode negar ainda que, além de não ouvir, tal discurso pode gerar ainda um outro discurso igualmente agressivo como resposta do primeiro, o que irá prejudicar ainda mais o diálogo.

Já no que tange ao segundo ponto, qual seja, o *silêncio humilhado*, oportuno é mais uma vez trazer a esta discussão as reflexões desenvolvidas pelo do professor Owen Fiss em seu livro *The Irony of Free Speech*⁵⁸, em especial destaque as reflexões expostas no capítulo I, intitulado “The Silencing Effect of Speech”.

⁵⁶ YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *Hate Speech*. *Revista de Direito do Estado (RDE)*. Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez. 2006a, p. 80-81.

⁵⁸ FISS, 1996.

No que tange a este ponto, talvez seja interessante voltarmos no que discutimos no primeiro tópico do presente artigo. Neste tópico colocamos que, apesar de comumente vermos o rótulo de antiestadista veiculado a pensadores como Locke e Montesquieu, tais pensadores em verdade não fazem jus a esta caricatura que normalmente a eles é associada. Em verdade, eles percebem a necessidade de um poder estatal para impedir o surgimento de um estado de natureza, uma completa anarquia onde o mais forte domina o mais fraco por razões de “força bruta” e para o benefício próprio e não tendo como base um fim racional que vise o bem comum.

Diante disso, não é difícil perceber, mesmo hoje em dia, a presença de grupos que, por razões histórico-culturais, foram e são até hoje estigmatizados e eventualmente até perseguidos. E nesse ponto é interessante se atentar que até mesmo o pensamento normativo americano não tem o menor problema em admitir uma atuação estatal quando se está diante de uma violência física direta. Contudo, e não obstante isso, são bastante cegos para os danos e os efeitos de uma violência psicológica discursiva. Violência esta que, por vezes, como Fiss bem percebe, poderá ter um forte efeito silenciador. E, nestes casos, o Estado não deve ser visto como o inimigo único da liberdade, podendo e devendo atuar como uma fonte de liberdade, garantindo que todos tenham voz.

Neste sentido, igualmente lúcidas são as colocações do professor Venício ao perceber que nessas situações pode ocorrer de o “remédio” liberal clássico de mais discurso, em vez da regulação estatal, simplesmente não funcionar⁵⁹.

E ainda, no tocante a essa questão, talvez sejam importantes as colocações feitas por Rawls⁶⁰ acerca do pluralismo razoável. Assim, devemos interpretar a afirmação rawlsiana de que uma sociedade bem-ordenada necessariamente deve ser regida por um sistema democrático, e que uma importante característica de qualquer democracia é o pluralismo. Como acabamos de ver, esse mesmo pluralismo é usado por alguns como justificativa para um discurso mais “amplo”, onde se permitiria a expressão do ódio e do preconceito em geral.

E, para entender melhor esta questão, é preciso entender a proposta de Rawls e como ele estrutura sua ideia de uma sociedade bem-ordenada. As pessoas no mundo contemporâneo, para Rawls, vivem imersas em um grande mar de ideologias e valores, em um grande mercado onde as mais diversas doutrinas religiosas, filosóficas ou morais abrangentes competem para tentar dar um sentido que preencha as vidas de cada um. Assim, para ele, com certeza uma sociedade

⁵⁹ LIMA, Venício Arthur de. *Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Publisher Brasil, 2012.

⁶⁰ RAWLS, John. *Justice as Fairness: a restatement*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001.

bem-ordenada deve ser uma sociedade com uma diversidade cultural, religiosa, moral etc. E neste contexto, para conseguir garantir um mínimo de consenso que se sobreponha a todo esse oceano de valores e ideais, e sabendo que muitos deles são completamente incompatíveis entre si, Rawls constrói a ideia de pluralismo razoável. Ou seja, a despeito de defender uma teoria procedimentalista, ele sabe que “many doctrines are plainly incompatible with the values of democracy”⁶¹. E, dentre aquelas concepções abrangentes de vida que sejam minimamente razoáveis e compatíveis com os valores democráticos, ele irá tentar estruturar uma concepção política que se sobreponha a todas elas, garantindo, ao menos, um consenso sobre algumas questões essenciais. Vale destacar que esta concepção não deve ser entendida simplesmente como um mínimo múltiplo comum entre todas essas doutrinas, pois tal mínimo seria uma concepção política no sentido errado do termo, e Rawls almeja legitimidade, almeja, como dissemos, uma justificação pública de sua concepção. Ou seja, uma concepção de justiça que seja defensável por si mesma e que, ao mesmo tempo, dado o pressuposto de pessoas razoáveis, possa ser endossada, mesmo que por fundamentos distintos, pelos partidários das mais diversas concepções morais abrangentes razoáveis (RAWLS, 2001).

O discurso de ódio, a tolerância e o livre desenvolvimento da personalidade

A Liberdade de Expressão, para além dos seus claros fins políticos, remete ao direito de a pessoa “ser”, um contínuo construir-se e afirmar-se enquanto indivíduo através de um somatório de *personas* que o formam enquanto todo. E, diante disso, uma afronta ao direito de liberdade de expressão irá causar tanto um dano na construção da democracia de um país quanto, e em igual medida, um dano na construção do indivíduo que somos e/ou poderemos vir a ser, pois não se pode negar que o expressar é uma forma de o indivíduo se afirmar e se construir. Contudo, no tocante aos discursos de ódio, o que fazer quando o expressar/construir de um indivíduo afeta/macula o construir de outro?

Neste ponto, entra em jogo a questão de saber os limites da tolerância. E no tocante a este ponto acreditamos ser interessante destacar a posição de dois importantes pensadores contemporâneos.

John Rawls, em sua obra *Uma Teoria da Justiça*⁶², questiona se uma facção intolerante teria algum direito de se queixar caso não seja ela tolerada pelos de-

⁶¹ RAWLS, John. *Justice as Fairness: a restatement*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001, p. 37.

⁶² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

mais, bem como questiona ainda em que condições as pessoas tolerantes podem vir a não tolerar aos intolerantes, e para quais fins.

No que tange à primeira destas indagações, Rawls diretamente afirma que, para ele, uma facção intolerante não teria o direito de se queixar, tendo em vista a máxima que nenhuma pessoa tem o direito de questionar conduta alheia que esteja de acordo com os princípios que ela própria adotaria. Já no tocante à segunda, Rawls afirma, com certa cautela, que somente quando o tolerante acreditar que sua própria segurança e a de suas instituições de liberdade estiverem em perigo é que é possível ele não tolerar a intolerância alheia.

Além de Rawls, Habermas também faz interessantes considerações sobre a questão. Contudo, diferentemente de Rawls, Habermas não se mostra nada tímido em suas colocações: ele separa os conceitos de intolerância e preconceito, afirmando expressamente que, para as questões de preconceito, o remédio não seria a tolerância, mas o esclarecimento. E que a tolerância só passaria a existir uma vez superados todos os preconceitos:

Tolerance can only come to bear if there are legitimate justifications for the rejection of competing validity claims: “If someone rejects people whose skin is black we should not call on him to be “tolerant toward people who look different” [...] For then we would accept his prejudice as an ethical judgment similar to the rejection of a different religion. A racist should not be tolerant, he should quite simply overcome his racism. In this and similar cases, we consider a critique of the prejudices and the struggle against discrimination to be the appropriate response — and not “more tolerance”. The issue of tolerance only arises after those prejudices have been eliminated that led to discrimination in the first place. [...] It is the standard of non-discrimination that first provides this expectation with moral and legal reasons that can out-trump the epistemic reasons for the persisting rejection of those convictions and attitudes, we merely tolerate. On the base of that normative agreement, the potential for conflict in the cognitive dimension of ongoing contradictions between competing worldviews can be defused in the social dimension of shared citizenship. Thus, tolerance only begins where discrimination ends⁶³.

Diante disso, acreditamos que também por este aspecto a liberdade de expressão e imprensa precisa ser regulada e os discursos de ódio de algum modo limitados.

⁶³ HABERMAS, Jürgen. Religious Tolerance: the pacemaker for cultural rights. *Royal Institute of Philosophy*, n. 79, 2004, p. 10-11.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que acima foi dito é possível extrair algumas conclusões. Em primeiro lugar acho que é inegável o fato de que, em uma total ausência de normas regulando a sociedade, não teríamos uma liberdade verdadeira. O que teríamos seria uma anarquia privada onde o mais forte domina o mais fraco pela força bruta. Assim, neste contexto, surge a ideia de estado para garantir um mínimo de racionalidade nas relações sociais.

E se pensarmos que em épocas pretéritas a força física era o grande diferencial na disputa pelo poder e adicionarmos a isso o fato que o universo das ideias, o universo do discurso, também pode ser encarado como uma arena/disputa/mercado. É interessante pensarmos que também neste universo abstrato é preciso existir uma regulação para se garantir a racionalidade e a isonomia adequada para que assim possa triunfar não aquele que “grita mais alto”, mas aquele com melhores argumentos. Neste contexto, é preciso destacar que o estado já não deve ser visto apenas como o grande inimigo da liberdade de expressão e imprensa, podendo ser também um instrumento para uma liberdade mais substantiva.

Assim, a ideia de neutralidade de conteúdo não deve ser vista com sendo um fim em si mesma, não deve ser sacralizada. O princípio responde a uma preocupação subjacente que o Estado possa usar o seu poder para distorcer o debate com vistas a promover resultados particulares, e este propósito deve sempre ser tido em mente. Em conformidade com isso, entendemos que o princípio não deve ser estendido a situações como o discurso de incitação ao ódio e gastos em política, nas quais partes privadas estão restringindo o debate, e a regulação estatal estaria na verdade promovendo um debate livre e aberto. Nestes casos, o Estado pode estar desfavorecendo certos agentes discursivos fazendo julgamentos baseados em conteúdo, mas apenas para assegurar que todos os lados sejam ouvidos. Portanto, o Estado está simplesmente agindo como um imparcial mediador, devotado a fazer com que todos os pontos de vista sejam apresentados. Quando o Estado age como um mediador, seu propósito não é determinar o resultado, mas assegurar a robustez do debate público. E tal objetivo interfere na análise que devemos fazer da situação. O que defendemos aqui é que a alteração do resultado pelo fortalecimento do debate não deve ser vista como uma causa para preocupação. Não há nada de errado nisso. O que a democracia visa atingir não é simplesmente a escolha pública, mas a escolha pública feita com informações substanciais e sob condições adequadas de reflexão. “From democracy’ perspective, we should not complain but rather applaud the fact that outcome was affect (and presumably improved) by full and open debate”⁶⁴.

⁶⁴ FISS, 1996, p. 23.

Não obstante isso, na esteira do pensamento norte-americano, contudo, não se podem desconsiderar os riscos que uma regulação de conteúdo pode trazer. Nesse sentido, não se devem perder de vista jamais os riscos de cair em um indesejado estado moralista excessivamente interventor na esfera privada e que quer dizer para cada cidadão a forma correta de conduzir a sua vida. Ou seja, são grandes os riscos de se aprofundar excessivamente neste universo interveniente, deslizando por esta *rampa escorregadia* (*slipery slope*) na busca ilusória de uma Verdade com “V” maiúsculo⁶⁵, já há algum tempo inexistente (se é que algum dia existiu), esquecendo que vivemos em uma sociedade globalizada, cada vez mais plural, com culturas das mais diversas, aprendendo a conviver umas com as outras.

Contudo, apesar desse risco, é preciso perceber, porém, que, se elegemos a democracia como forma de governo, esta escolha em si é um valor. E, tendo isso em vista, não se pode deixar de considerar que, mesmo que se tente evitar qualquer afirmação de conteúdo, chega-se em um limite onde esbarramos nos patamares mínimos da democracia. Contexto este onde até mesmo um procedimentalista como Habermas ganha um viés mais substancial. Neste diapasão, e tendo este valor como base, acreditamos que alguma regulação de conteúdo é impossível de ser evitada. E, como exemplo deste fato, acreditamos que talvez os chamados “discursos de ódio” podem se enquadrar bem.

O que coloca a questão de que alguns dos pluralismos existentes não visam, em suas pretensões normativas levantadas, incluir e abrigar o outro, mas, ao contrário, buscam, com seus discursos radicais, construir exclusões, onde aqueles que não se enquadram ou se amoldam em sua visão de normalidade e/ou moralidade devem ser postos ou mantidos fora, concretizando, ainda que através dos procedimentos formais da democracia, espaços públicos silenciados⁶⁶.

É mais uma vez preciso destacar ainda que muitos constitucionalistas liberais⁶⁷, especialmente nos Estados Unidos, não permitem restrições aos discursos de ódio, sob o argumento de que este tipo de regulamentação estaria afrontando o direito de liberdade de expressão e imprensa. Argumentando que, exatamente por permitir o mais racista ou o mais repulsivo discurso, que uma sociedade deva

⁶⁵ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *Hate Speech*. *Revista de Direito do Estado (RDE)*. Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez. 2006a, p. 80-81.

⁶⁶ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no estado democrático de direito: os desafios das falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Tese de Doutorado. FD-UFGM, Belo Horizonte, 2015, p. 92.

⁶⁷ Dentre estes, cito Dworkin.

ser considerada livre e democrática. Dizendo, como bem lembra Prates⁶⁸ ao criticar Dworkin⁶⁹, que esse é o preço da liberdade, que é um mal necessário conviver com pessoas portando um “emblema da suástica, afirmando que o maior genocídio de todos os tempos, cometido a sangue frio, foi na realidade inventado por suas vítimas”⁷⁰; ou, sendo negro, acordar com uma cruz em chamas em seu quintal⁷¹; ou, sendo homossexual, sair na rua e ver um *outdoor* enorme com o seguinte dizer: “se também um homem se deitar com outro homem, como se fosse mulher, ambos praticaram coisa abominável”⁷²; ou, sendo ateu, ligar a televisão e se deparar com um apresentador dizendo, dentre outras coisas⁷³, que “esse é um exemplo típico de quem não acredita em Deus, matou o menino de dois anos de idade, tentou fuzilar três ou quatro pessoas”.

Todavia, diante dessas colocações, muito precisa é a crítica de Prates ao dizer que, se esse é o preço da liberdade, quem tem pagado essa conta? Parece-nos que apenas um dos lados tem-na pagado e, por isso, essa recusa de se regular os *hate speeches*, ao argumento da neutralidade, não se sustentaria, haja vista que quem assim procede não está sendo neutro de fato. Estaria, em verdade, optando pelo lado daqueles que têm o domínio da situação, que estão na posição de vantagem, mantendo, com isso, ou decidindo manter, o *status quo* da sociedade onde grupos mais vulneráveis são constantemente agredidos.

⁶⁸ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no estado democrático de direito: os desafios das falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Tese de Doutorado. FD-UFMG, Belo Horizonte, 2015.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. Revisão Técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. Revisão Técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 362.

⁷¹ R.A.V. v. City of St. Paul 505 U.S. 377.

⁷² Processo 0045315-08.2011.8.26.0506.

⁷³ [...] porque o sujeito é ateu, na minha modesta opinião, não tem limites, é por isso que a gente vê esses crimes aí. [...] Agora, vocês que estão ao lado de Deus, como eu, podiam dar uma lavada nesses caras que não acreditam em Deus,... para provar que o bem ainda é maioria... porque não é possível, quem não acredita em Deus não tem limite. Ah Datena, mas tem pessoas que não acreditam em Deus e são sérias. Até tem, até tem, mas, eu costume dizer que quem não acredita em Deus, não costuma respeitar os limites, porque se acham o próprio Deus. [...] é por isso que o mundo está essa porcaria. Guerra, peste, fome e tudo mais, entendeu? São os caras do mau. Se bem que tem ateu que não é do mau, mas, é [...], o sujeito que não respeita os limites de Deus, é porque não sei, não tem limite nenhum. [...] Esse é um exemplo típico de quem não acredita em Deus. Matou o menino de dois anos de idade, tentou fuzilar três ou quatro pessoas. Mas matou com a maior tranquilidade, quer dizer, não é um sujeito temente a Deus. [...] é provável que entre esse ateus (referindo-se ao resultado da pesquisa) exista gente boa que não acredita em Deus, que não é capaz de matar alguém, mas é provável que tenha bandido votando até de dentro da cadeia (BRASIL, Ministério Público Federal, p. 3-4) – Processo 0023966-54.2010.403.6100.

Neste ponto, inclusive, é importante destacar, como apontado por Waldron⁷⁴, Schauer⁷⁵, Brugger⁷⁶ ou, aqui no Brasil, Sarmento⁷⁷, que tal posição liberal ou, ousado dizer, libertária, dos norte-americanos é praticamente única entre as democracias ocidentais:

De modo geral, nem o direito constitucional moderno nem o direito internacional permite ou proíbe o discurso do ódio de maneira consistente. Na comunidade mundial, tal discurso às vezes é protegido, às vezes não. Entretanto, o discurso do ódio é muito mais protegido nos Estados Unidos do que na Alemanha, Europa, Canadá e na maioria dos países com constituições modernas. Na jurisprudência dominante americana, a liberdade de expressão, nela incluído o direito de expressar mensagens de ódio, é um direito prioritário que normalmente prevalece sobre interesses contrapostos de dignidade, honra, civilidade e igualdade. Nos Estados Unidos, o discurso do ódio é visto integralmente como uma forma de discurso, e não de conduta, apesar do fato de que tal discurso possa ser verdadeiramente doloroso para outros. O direito internacional e a maioria dos ordenamentos jurídicos não americanos atribuem maior proteção à dignidade, honra e igualdade dos destinatários do discurso do ódio⁷⁸.

Assim, cremos que já é chegada a hora de aceitarmos que a violência simbólica das palavras pode, por vezes, machucar mais que a física. Ainda mais se levarmos em consideração o fato de, regra geral, esses discursos serem direcionados a minorias políticas que cotidianamente são obrigadas a enfrentar a sociedade para serem aceitas e que foram, por vezes, historicamente perseguidas e violentadas. Oportuno trazeremos a esse trabalho as colocações feitas pelo professor Prates ao analisar um provérbio anglo-saxão infantil que diz o seguinte: “Sticks and Stones may break my bones but names (or words) will never hurt me!”⁷⁹. Assim,

⁷⁴ WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2014.

⁷⁵ SCHAUER, Frederick. The First Amendment as Ideology. In: ALLEN, Davida S.; JENSEN, Robert (Eds.) *Freeing the First Amendment: critical perspectives on freedom of expression*. New York and London: New York University Press, 1995.

⁷⁶ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 117-136, jan./mar. 2007.

⁷⁷ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *Hate Speech*. *Revista de Direito do Estado (RDE)*. Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez. 2006a, p. 80-81.

⁷⁸ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 118, jan./mar. 2007.

⁷⁹ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no estado democrático de direito: os desafios das falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Tese de Doutorado. FD-UFMG, Belo Horizonte, 2015, p. 83.

[...] as crianças podem até recitar cotidianamente este provérbio como forma de amadurecimento, “entretanto, as palavras ferem”, sendo este um dos motivos do citado provérbio ter sido criado como forma de preparar para tais feridas. Em realidade, discursos de ódio podem “quebrar alguns ossos”, assim como, para nos apropriarmos de uma elaboração de Langton, “determinar a posição ou o *status* social de alguém ou algum grupo da sociedade” (LANGTON, 1993: 302), isto é, podem ser muito mais que meras falas, já que têm a força de perpetuar exclusões, hierarquias e estigmas opressivos, pois refletem uma estrutura simbólica na qual estão envolvidos “quem enuncia”, “sobre quem o enunciado é expresso”, “qual o efeito pretendido” e “de onde” estes mesmos ditos são realizados⁸⁰.

Sabemos que este tipo de regulação mostra-se por demais controverso, mas, na esteira de Habermas, cremos ser necessário separar o conceito de intolerância do de preconceito. E, no universo do preconceito, onde se pressupõe uma exclusão do outro da esfera pública por motivos irracionais, o remédio adequado não é a tolerância, mas, sim, a sua superação.

REFERÊNCIAS

ALLEN, Davida S.; JENSEN, Robert (Eds.). *Freeing the First Amendment: critical perspectives on freedom of expression*. New York and London: New York University Press, 1995.

BRASIL. Decreto 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 1º jun. 2016.

BRASIL. Decreto 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 1º jun. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1º jun. 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República do Estado de São Paulo. Processo: 00239665420104036100. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-datena-mpf-crenca.pdf>>. Acesso em: 1º jun. 2016.

BRASIL. Seção Judiciária de São Paulo da Justiça Federal. Processo 0034549-11.2004.4.03.6100. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>>. Acesso em: 1º jun. 2016.

BRASIL. Seção Judiciária de São Paulo da Justiça Federal. Processo 0023966-54.2010.4.03.6100. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>>. Acesso em: 1º jun. 2016.

⁸⁰ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no estado democrático de direito: os desafios das falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Tese de Doutorado. FD-UFMG, Belo Horizonte, 2015, p. 104.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo 0045315-08.2011.8.26.0506. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI002W8K20000>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n. 0001233-21.2003.404.7100/RS. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-2013-tapinha.pdf>>. Acesso em: 1º jun. 2016.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 117-136, jan./mar. 2007.

DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. Revisão Técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. The decision that threatens democracy. *The New York review of books*, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação*. Tese de Doutorado. FD-UFSC, Florianópolis, 2001.

FISS, Owen M. *The Irony of Free Speech*. 2. impr. Cambridge and London: Harvard University Press, 2016.

FRANCISQUINI, Renato. *Democracia, Liberdade de Expressão e Valor Equitativo das Liberdades Comunicativas*. Tese de Doutorado. DCP-USP, São Paulo, 2014.

GOMES, Wilson. *Opinião política na internet: uma abordagem ética das questões relativas a censura e liberdade de expressão na comunicação em rede*. Apresentado na 10ª Reunião Anual da COMPOS, GT Comunicação e Política. Brasília: UnB, 2001.

GOMES, Wilson. A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política. *Fronteiras-estudos midiáticos*, v. 7, n. 3, p. 214-222, 2005.

HABERMAS, Jürgen. Religious Tolerance: the pacemaker for cultural rights. *Royal Institute of Philosophy*, n. 79, p. 5-18, 2004.

HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the Mass Media: A Collection of Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

LIMA, Venício Arthur de. *Liberdade de Expressão x Liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. 2. ed., rev., e ampl. São Paulo: Publisher Brasil, 2012.

LOCKE, John; SHAPIRO, Ian (Ed.). *Two Treatises of Government and a Letter Concerning Toleration*. New Haven and London: Yale University Press, 2003.

MACLEOD, Colin. *Freedom of Speech*. In: MANDLE, Jon; REIDY, David A. *The Cambridge Rawls Lexicon* (Eds). Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2016.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no estado democrático de direito: os desafios das falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Tese de Doutorado. FD-UFMG, Belo Horizonte, 2015.

RAWLS, John. *A lei dos povos e a ideia da razão pública revisitada*. Tradução Paulo Barcelos. Revisão Pedro Bernardo. Lisboa: Edições 70, 2014.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999a.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Cláudia Berliner. Revisão Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 2000a.

RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

RAWLS, John. *The law of people: with the idea of public reason revisited*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999b.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Piseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. *Revista de Direito do Estado (RDE)*. Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, p. 53-105, out./dez. 2006a.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudo de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006b.

SCHAUER, Frederick. The First Amendment as Ideology. In: ALLEN, Davida S.; JENSEN, Robert (Eds.) *Freeing the First Amendment: critical perspectives on freedom of expression*. New York and London: New York University Press, 1995.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão: contribuições para uma interpretação política da liberdade da palavra*. Tese de Doutorado. DCP-USP, São Paulo, 2009.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Liberdade de expressão e expressões de ódio. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 37-63, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322015000100037&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1º set. 2016.

SUNSTEIN, Cass Robert. *Democracy and the problem of free speech*. New York: Free Press, 1995.

UNITED STATES. Supreme Court. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/case.html>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/case.html>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/1/case.html>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/568/case.html>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/652/#annotation>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/case.html>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *R. A. V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/case.html>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/case.html>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/case.html>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2014.

YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

Data de recebimento: 26/07/2017

Data de aprovação: 11/04/2018