UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIA POLÍTICA

Democracia e Liberdade de Expressão
Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra

Júlio César Casarin Barroso Silva
Orientador: Prof. Dr. Álvaro de Vita.

São Paulo, 2009

Júlio César Casarin Barroso Silva

Democracia e Liberdade de Expressão
Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra

**Tese apresentada à Faculdade de Filosofia,
Letras e Ciências Humanas da Universidade
de São Paulo para a obtenção do grau de
Doutor**

Orientador: Prof. Dr. Álvaro de Vita.

**São Paulo
2009**

Nome: Silva, Júlio César Casarin Barroso

Título: Democracia e Liberdade de Expressão: Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra

Tese apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e
Ciências Humanas da Universidade de São Paulo
para obtenção do Título de Doutor em Ciência Política

Aprovado em: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Para Lara.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar ao Professor Álvaro de Vita, não só pela preciosa orientação neste trabalho, mas também pela confiança depositada em mim.

Ao CNPq, pela bolsa de estudos que financiou parte da pesquisa, e sem a qual este tese certamente não teria sido escrita.

Aos Professores Adrian Gurza Lavalle e Cícero Araújo, pelas críticas e sugestões no exame de qualificação, fundamentais para a conclusão desta tese. A Cícero agradeço ainda pelas valiosas sugestões bibliográficas, as quais me ajudaram a sair do labirinto.

Aos funcionários do Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo, especialmente à Raí, à Vivian e à Ana, pela boa vontade com que tantas vezes me ajudaram a passar pelos tortuosos caminhos da burocracia acadêmica.

A todos os amigos de cuja companhia desfrutei imensamente e que tanto me ensinaram nestes anos todos, especialmente a Gatti, João, Maria e Fran. A Alexandre, Rassi e Irene, agradeço ainda pela imensa solidariedade que neles encontrei. E aos amigos argentino-brasileiros Hugo, Eleonora, Marcelo, Mercedes, Javo, Simone e Sergio, um agradecimento especial pelos últimos sete anos de convivência constante, fecunda, afetuosa e bem-humorada.

A minha mãe, Judith, e a meus irmãos César e Dayse, pelo apoio incondicional e por me terem ensinado a amar o mundo.

À Lara, *por supuesto*, em cuja companhia tudo se reinventa e adquire sabor novo.

*“Hay en mis venas gotas de sangre jacobina,
pero mi verso brota de manantial sereno.”*
Antonio Machado

RESUMO

Este trabalho debate o significado da liberdade de expressão à luz da teoria política normativa e da instrumentalidade dessa liberdade para a política democrática. Como instrumento da democracia, a liberdade de palavra costuma ser justificada com base na sustentação de dois objetivos: primeiramente, o de promover um debate público robusto e diversificado; em segundo lugar, o de ser um veículo para a realização da igualdade política. Os defensores da perspectiva que aqui analisamos –chamada de coletivista-- afirmam que a realização desses objetivos só é possível se a liberdade de expressão é institucionalizada 1) levando em conta não só os interesses expressivos dos indivíduos (seu direito de falar), mas também os interesses expressivos do *demos* (o interesse a ter acesso a um conjunto diversificado de discursos); e, 2) superando o entendimento da liberdade de expressão como liberdade que se garante exclusivamente contra o Estado. Ao abrir as portas para a discussão de problemas como o estabelecimento de mecanismos de acesso aos meios de comunicação de massa, o poder corrosivo do dinheiro sobre a deliberação pública e os efeitos de expressões de ódio sobre a igualdade política, a teoria coletivista sobre a liberdade de expressão dá ensejo a uma reflexão sobre os diversos significado da igualdade na arena pública.

Palavras-chave: liberdade de expressão, direitos; Constituição, democracia,

ABSTRACT

This thesis debates the significance of freedom of speech as a problem of normative political theory and as an instrument of democratic politics. Under this light, free speech is commonly justified as a way toward two specific goals: promoting a strong and diversified public deliberation and promoting political equality among the citizens. The perspective we consider here --called “collectivist”—says that unless we are prepared to consider free speech not only as a negative liberty, but as a positive one, and that unless free speech is understood not only as a right of individuals (interest in speaking), but also as right of the community (interest in hearing diverse points of view), its goals will not be achievable. Discussing themes like access to the media, the corrosive money’s effects on public deliberation and the effects of hate speech on political equality, the collectivist theory reflects on the meanings equality at the political forum.

Key words: free speech, rights, Constitution, democracy.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I – Entre o Espírito e a Letra: alguns problemas de interpretação constitucional.....	5
1.1 O Literalismo	6
1.2 A volta às origens – A escola originalista de interpretação constitucional.	12
1.3 Entre a letra, a história e os princípios	21
CAPÍTULO II – A evolução histórica da liberdade de expressão nos Estados Unidos ...	27
2.1 O começo de tudo: O <i>Bill of Rights</i>	27
2.2 A Lei contra a Sedição de 1798	31
2.2.1. Características gerais do sistema de britânico de <i>Common Law</i>	39
2.2.2 A liberdade de expressão na tradição de <i>Common Law</i>	40
2.2.3. O Argumento “Democrático” de James Madison	48
2.3 O Século XIX	55
2.4 Os casos envolvendo a Lei contra a Espionagem	65
2.4.1 O Caso <i>Masses</i> e outros casos da primeira instância.....	65
2.4.2 Na Suprema Corte – Três Casos Unânicos.....	69
2.4.3 Na Suprema Corte – Os primeiros dissensos	75
2.5 Entre os anos 20 e a Segunda Guerra Mundial	84
2.6 A Guerra Fria	89
2.7 A Primeira Emenda Contemporânea – a política no centro da proteção constitucional.....	94
2.7.1 Casos mais importantes	94
2.8 Principais características do sistema contemporâneo de liberdade de expressão	102
CAPÍTULO III – O Coletivismo de Alexander Meiklejohn	106
3.1 Introdução	106
3.2 Liberdade de expressão como liberdade política	113
3.2.1 A interpretação coletivista da Primeira Emenda	116
3.2.2 Algumas críticas ao coletivismo	124
CAPÍTULO IV – Questões contemporâneas	136
4.1 Introdução	136
4.2 O ódio como problema político: racismo, homofobia e misoginia	140
4.2.1 Casos-chave envolvendo racismo e expressões de ódio	141
4.2.2 Os códigos universitários de regulação da expressão.....	144
4.2.3 Neutralidade, igualdade política e liberdade de expressão	145
4.3 A posição da Suprema Corte sobre pornografia e obscenidade.	162
4.3.1 A perspectiva antipornografia	167
4.3.2 As Ordenações antipornografia de Mineápolis e Indianápolis.....	171
4.3.3 A Suprema Corte Canadense e a pornografia	172
4.3.4 O debate sobre a pornografia	175
4.4 Dinheiro fala? Financiamento de campanhas políticas, igualdade e liberdade de expressão	186
4.4.1 O “valor equitativo das liberdades políticas”	199
4.5 A regulação de acesso aos meios de comunicação	202
4.5.1 A Doutrina da Equidade (Fairness Doctrine)	202
4.5.2 A discussão sobre <i>Red Lion</i>	206
CONSIDERAÇÕES FINAIS	225
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:.....	232

INTRODUÇÃO

O presente trabalho conta com quatro capítulos, uma conclusão, além desta introdução, claro. Nosso tema é a liberdade de expressão. É verdade que, além de ser um escopo demasiado amplo, não se trata de um tema intelectualmente pouco percorrido. Rios de tinta já se destinaram à tarefa de compreender e delinear essa liberdade pública. Mas não temos notícias de um trabalho brasileiro em nível de doutorado que explore uma vertente teórica da liberdade de expressão que aqui chamamos de coletivista, seja para assumi-la como objeto, seja para, num grau de compromisso maior para com ela, reivindicar sua perspectiva. Tentamos aqui preencher essa lacuna, tratando de repassar algumas das principais formulações do coletivismo e de problematizar sua valiosa perspectiva. Portanto, o coletivismo tem uma dupla função na tese: ao tempo em que circunscreve o âmbito da investigação, confere-lhe certo grau de ineditismo.

Para discutir a vertente coletivista de interpretação da Liberdade de Expressão, contudo, foi preciso ir ao terreno e ao contexto em que a discussão se dá. Fazê-lo, no entanto, agrega dois outros elementos de circunscrição a nosso tema. Um, de caráter geográfico: os Estados Unidos. Outro, de caráter disciplinar: o direito constitucional. O coletivismo oferece uma interpretação específica da Constituição estadunidense, centrando sua atenção na Primeira Emenda, que, como se sabe, estabelece o princípio da liberdade de palavra naquele país. Apesar do âmbito nacional e disciplinar restrito de discussão do princípio, a autocompreensão sobre a liberdade de expressão aí gestada – bem como de suas conexões com princípios democráticos mais amplos – está longe de ser paroquial. O refinamento do atual debate sobre a liberdade de expressão que tem lugar nos Estados Unidos fornece subsídios teóricos para o entendimento do tema em abstrato, capaz de interessar, em seus princípios, a qualquer sociedade que aspira ao ideal de autogoverno coletivo, e serve como antídoto aos particularismos a que nos referimos. O debate é apropriado por nós como um debate sobre as relações entre liberdade de expressão e democracia. Em um nível um pouco

maior de generalidade, podemos afirmar sem hesitações que a divergência fundamental que motiva toda a nossa discussão é uma divergência sobre o que realmente se entende por igualdade política e sobre como esse valor deve ser institucionalmente apoiado.

Se isso não é capaz de desestimular eventuais objeções quanto à pertinência de uma tese brasileira de ciência política que dedique tempo e energia à discussão de minúcias interpretativas de uma Emenda à Constituição de outro país, não custa lembrar que das três principais questões concretas que hoje preocupam os coletivistas, a saber, doações privadas de dinheiro a campanhas políticas, discursos de ódio (o que inclui certas formas de pornografia misógina) e políticas de acesso aos meios de comunicação de massa, não há um sequer que se possa considerar alheia às controvérsias políticas brasileiras ou que esteja resolvida entre nós.

Dito isto, passo agora à exposição da estrutura da tese e de seu caminho argumentativo, que, como dissemos, precisará de quatro capítulos para completar-se. O **primeiro capítulo** aborda algumas questões de interpretação constitucional que, embora preliminares a nosso tema, não deixam de ter ressonâncias importantíssimas. Nossa intenção é o demonstra a inadequação de certas ilusões características de escolas de interpretação constitucional simplificadoras, como a que espera encontrar respostas a dilemas político-constitucionais no *texto* da Constituição ou na “genuína” intenção dos constituintes. A nosso ver, devemos aproximar-nos de uma Constituição com a intenção de interpretá-la munidos de uma teoria da democracia e de uma filosofia política mais ou menos coerente.

No **segundo capítulo**, o que fazemos é recapitular a evolução histórica do entendimento sobre a liberdade de expressão nos EE. UU. desde que foi agregada à Constituição do país, em 1791, até a consolidação do que se pode chamar de um sistema contemporâneo de liberdade de expressão, o ponto onde hoje estamos: um conjunto de pontos e critérios mais ou menos estabelecidos, que ganharam sua forma em meados dos anos setenta do século passado, talhados pela Suprema Corte ao longo de aproximadamente

cinquenta anos, resultado da interação e do debate entre cidadãos, juízes, advogados, acadêmicos, governos e ativistas políticos. A exposição dessa evolução é necessária porque o coletivismo dedica boa parte de suas energias à crítica do sistema atual de liberdade de expressão, e não poderíamos acompanhar essa discussão se não conhecemos as linhas básicas do objeto criticado.

O **terceiro capítulo** consiste numa apresentação da primeira formulação mais ou menos estruturada e clara da teoria coletivista, aquela feita por Alexander Meiklejohn em 1948, com a publicação de *Free Speech and its relation to self-government*. Nosso objetivo, neste terceiro capítulo, além de apresentar a teoria coletivista em sua formulação inicial, é discutir as ambíguas relações entre a perspectiva coletivista e o sistema atual de liberdade de expressão. Não se pode afirmar que ela não teve papel algum na formação do sistema que se consolidou na Corte. Mas tampouco se pode ignorar que a crítica ao sistema da liberdade, tal como ela se fez consolidar nas últimas décadas, é a razão de ser de certo renascimento coletivista que se verifica nos últimos anos.

Ainda nesse capítulo, repassaremos o diálogo entre os coletivistas e seus críticos. O protagonismo dessa crítica pode ser atribuído a Robert C. Post, que vê na formulação de Meiklejohn e de seus seguidores contemporâneos — mais que um intento de realizar reformas democráticas no discurso público — uma ameaça justamente àquilo que o coletivismo pretende promover: a autonomia coletiva. A ameaça, para Post, residiria na espécie de gerenciamento do discurso público que os coletivistas defendem, bastante mais forte que aquela que se tornou o padrão da Suprema Corte desde os últimos trinta anos.

E é a esse renascimento, a que chamaremos “neocoletivismo”, que dirigiremos nossas atenções no **quarto capítulo**. Recuperando a perspectiva de Meiklejohn, alguns intérpretes da liberdade de expressão, tais como Cass Sunstein e Owen Fiss, utilizam uma versão da idéia de que essa liberdade deve ser interpretada como instrumento da soberania popular para assim

criticarem o que particularmente Mark Graber chama de “libertarianismo civil” do padrão contemporâneo de Liberdade de Expressão. Propõem, assim, uma ambiciosa agenda de reformas democráticas baseadas, em grande medida, numa determinada apropriação das teses de Meiklejohn.

Antes de seguirmos, um último comentário nesta introdução: se desta tese não se pode dizer que esteja em relação de franca continuidade com a dissertação que serviu de fecho a nosso Mestrado, encontra-se em estreita intimidade com ela, já que ambas guardam pontos em comum e zonas de intersecção. Ambas movem-se no interior do campo semântico e conceitual das liberdades políticas e, de alguma forma, tentam influir na própria definição desse mesmo campo.

CAPÍTULO I – Entre o Espírito e a Letra: alguns problemas de interpretação constitucional

“Sabes o que me disseram? Que tenho posições políticas que eles desaprovam. O que é uma ‘posição política’? Não possuo batalhões armados. Tudo que tenho é a palavra. Um artigo, uma palestra, um livro: estas são minhas velhas armas. Três palavras importantes nas quais acredito são: Liberdade, Igualdade, Fraternidade. Como elas podem ser aplicadas? Quando? Por quem? Em que nível? Esta é a questão. Este é o desafio.

Abdelrahman Munif

“I am large; I contain multitudes”

Walt Whitman

Numa época em que o constitucionalismo se espalhou pelo mundo e uma Constituição escrita parece ter-se tornado um dos requisitos contemporâneos de legitimidade política, a questão do que vem a ser de fato uma Constituição não é tão simples de se responder. Seria a vontade dos que a promulgaram? Ou seria o texto que serviu de suporte a essa vontade? Ou ainda esse mesmo texto reelaborado pela vontade dos contemporâneos? Se essa última alternativa é a resposta mais adequada, em que medida esse texto é maleável à vontade política do presente? Seria a Constituição uma espécie de tela na qual cada qual projeta, reconhece e vê o que quer? Em certo sentido, uma Constituição é um pouco de tudo isso, mas onde devemos pôr-lhe o acento normativo? A questão de como devemos aproximar-nos de uma Constituição não oferece resposta óbvia nem fácil, e se torna ainda mais complexa se se tratar de um texto constitucional escrito há mais de duzentos anos, atendendo a exigências de uma moralidade política sob certo ponto de vista já defunta e procurando acomodar interesses hoje inexistentes de pessoas e grupos sociais igualmente ausentes. Este é o caso da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte. Acrescentem-se a este quadro as dificuldades interpretativas próprias aos textos constitucionais, frequentemente vazados em linguagem extremamente genérica e abstrata, repletos de comandos que chamam a atenção por sua vagueza e imprecisão.

Possivelmente buscando afastar o caráter perturbador, difícil e complexo do problema da interpretação constitucional, compreensivelmente em busca do conforto oferecido pelas certezas, não são poucos os que se apegam a padrões interpretativos simplificadores escolhendo --de forma mais ou menos arbitrária-- um grande critério objetivo de interpretação, hierarquicamente superior a todos os demais e capaz de fornecer a chave da porta do entendimento constitucional. Entre as mais conhecidas doutrinas

monistas –chamemo-las assim-- de interpretação constitucional estão o literalismo e o originalismo. A nomenclatura já diz bastante sobre o epicentro da força normativa da Constituição segundo cada uma delas: o literalismo aposta suas fichas no texto da norma, enquanto o originalismo entende que a verdadeira Constituição é aquela pretendida pelos que a promulgaram.

Mesmo considerando que ainda não apresentamos uma argumentação mais substantiva, o leitor já terá notado um leve tom de desconfiança para com as teorias monistas de interpretação constitucional. Permita-nos, portanto, explicitar as razões de nossa desconfiança antes de seguirmos para a apresentação de um critério interpretativo mais adequado e defensável como moralidade política, porque é com isso, afinal de contas, que lidam as teorias sobre como interpretar o que diz uma Constituição.

1.1 O Literalismo

O literalismo baseia-se na crença de que o próprio *texto* encerra em si todo o conteúdo e o significado de uma norma, esgotando o seu sentido. A origem dessa escola de interpretação legal pode ser encontrada no Código Civil napoleônico, promulgado na França em 1804, e na Escola da Exegese (AZEVEDO, 1996: 96), que tinha a pretensão de clareza tal que a própria interpretação seria não apenas dispensável, como proibida.¹ O mundo do direito positivo converte-se assim num “sistema hermenêutico cerrado, sem brechas, em que nada ficava ao arbítrio do juiz, não lhe restando, por conseguinte, nada a criar” (AZEVEDO, 1996: 96). Isso nos leva a características discutíveis do literalismo, como sua pretensão de objetividade (característica que compartilha com outras escolas monistas de interpretação legal, como veremos abaixo). Para o constitucionalista brasileiro Luís Roberto Barroso, a Escola da Exegese impõe “o apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica, cerceando a atuação criativa do juiz em nome de uma interpretação pretensamente objetiva e neutra” (2001: 20). Confundindo-se o apego à letra com objetividade, confunde-se objetividade com neutralidade. O literalismo vê-se a si mesmo, portanto, como uma forma neutra e objetiva de interpretação constitucional e legal. Da visão de que sua interpretação da lei é neutra, saca-se outra conclusão, igualmente

¹ Uma narrativa do desfazimento dessa ilusão pode ser encontrada em CAENEGEM, 1995.

imprópria: a de que os resultados de julgamentos feitos com base nos seus pressupostos também são neutros, e, portanto, justos. Como se vê, este é um conjunto de *non sequiturs*.

Além do mais, atribuir auto-evidência e auto-aplicabilidade à letra da norma jurídica parece uma estratégia um tanto arriscada, para dizer o mínimo. Seu pressuposto é uma ilusão: dá-se por sentado que as palavras tenham um sentido unívoco, inequívoco e cristalino, o qual se dá a entender por si próprio ao interlocutor. A esta altura, já sabemos, contudo, que a mediação que as palavras exercem entre o mundo e as ideias está longe de ser precisa ou exata, de modo que para cada signo haja um único e evidente significado. E se num texto ordinário dificilmente se pode sustentar que é possível fazer uma leitura sem o recurso a elementos externos à letra, no caso das normas constitucionais, que muitas vezes operam num nível de grande generalidade e de vagueza, fica tanto mais difícil defender o apego literal. O artigo IV da Constituição estadunidense, por exemplo, exige que se garanta “a todos os Estados da União a forma republicana de governo”. Mas o que vem a ser forma republicana de governo? A Oitava Emenda proíbe “penas cruéis e incomuns”, mas como o intérprete pode saber, com base apenas no texto, se a pena de morte, por exemplo, é o que a Constituição chama de cruel ou incomum? Pensemos ainda no princípio constitucional da igualdade, que na Constituição estadunidense está expresso na Décima Quarta Emenda (“Nenhum Estado (...) poderá negar a pessoa alguma sob sua jurisdição a igual proteção das leis”)² Com base apenas no texto constitucional, pessoas razoáveis podem entender que a “igual proteção das leis” permite (ou até exige) políticas de ação afirmativa para minorias historicamente discriminadas, e pessoas igualmente razoáveis podem plausivelmente pensar que as políticas de ação afirmativa violam a mesma garantia de igualdade. A liberdade de expressão, que nos interessa mais de perto nesta tese, contemplada juntamente com outras garantias³ na Primeira Emenda, também é bastante ilustrativa dos limites de uma interpretação literal. O texto da Emenda é o que segue:

² Trata-se de uma emenda emblemática do pós-Guerra Civil e do fim da escravidão. A Constituição brasileira também encampa, claro, a igualdade fundamental entre as pessoas, expresso no artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”

³ Além das liberdades de expressão e de imprensa, a Primeira Emenda protege outras liberdades públicas, como as liberdades religiosa e de reunião pacífica, além do direito de petição ao governo e a laicidade do Estado.

“O Congresso não fará leis estabelecendo uma religião oficial, ou proibindo o livre exercício religioso; ou cerceando a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou o direito do povo de reunir-se pacificamente, e de peticionar ao governo para a reparação de danos.”

“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 people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”⁴

Como devemos entender os verbos “cercear”, “restringir” ou “limitar”, traduções aproximadas (como de resto o são todas as traduções) do verbo inglês *to abridge*? E o que significa “liberdade de expressão”, uma vez que o século XVIII tinha um entendimento bastante distinto do que prevalece hoje quanto a que expressões devem ser toleradas e quais devem ser cerceadas? Entendida de forma literal, a emenda sugere que *nenhuma* interferência estatal restritora da liberdade de expressão pode ser admitida, devendo ser considerada inconstitucional, se tentada. Sabemos, contudo, que essa interpretação absoluta da liberdade de expressão não é apenas inviável do ponto de vista prático: é absurda, injusta e pode dar margem a situações intoleravelmente incômodas. Numa frase famosa e constantemente citada, um conhecido juiz da Suprema Corte, o juiz Oliver Wendell Holmes Jr., exprimiu a impraticabilidade de uma permissão absoluta da liberdade de expressão. Holmes afirmou que, a despeito da garantia dessa liberdade na Constituição, ninguém pensaria que ela protege “um homem que falsamente gritasse ‘Fogo!’ num teatro lotado com o intuito de causar pânico”.⁵ Mas podemos pensar também num trio elétrico a todo volume postado às três da manhã ao lado de um hospital, ou em chantagens, ameaças, invasão e exposição indevida da privacidade de alguém, calúnia, ou ainda na pornografia infantil. Todos estes casos são exemplos de situações capazes de sugerir que algum tipo de restrição é inafastável.

⁴ Tradução nossa, como nossas serão todas as traduções de citações de textos em inglês deste trabalho. Texto consultado em “The Constitution of the United States of America”, apêndice de MADISON, HAMILTON, JAY, (1987: 489-508).

⁵ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). Os citações de casos judiciais julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos será feita em geral desta forma, que representa o padrão. O acesso aos casos ocorreu por dois meios principais: pelos extratos de opiniões da Corte e votos dissidentes dos juízes apresentados em O'BRIEN, 2005, (como neste caso, em que o juiz Holmes fala pela Corte; o trecho está na página 406), ou ainda pela consulta aos textos completos das decisões da Suprema Corte, colocados na rede mundial de computadores pela Faculdade de Direito da Universidade Cornell (disponíveis em <http://www.law.cornell.edu/supct/>).

Uma vez que a interpretação rigorosamente literalista da Emenda condenaria a regulação de todas as formas de expressão nos casos acima mencionados, inclusive a pornografia infantil, o falso alarme de “Fogo!” no teatro apinhado de gente e o trio elétrico vizinho ao hospital na madrugada, pode-se imaginar que uma interpretação como essa nunca tenha gozado de muito prestígio. Há certas formas de expressão que precisam ser silenciadas, mas o literalismo não nos oferece critério nem razão para fazê-lo. Apesar disso, essa filosofia interpretativa teve lá seus patronos de peso. O mais conhecido deles, sem dúvida alguma, foi o ex-juiz da Suprema Corte Hugo Black, que durante todos os anos em que esteve na Corte insistia na interpretação literal da Constituição até o limite do folclore. Black costumava dizer que as palavras da Constituição “significam o que elas dizem” (*apud* MEIKLEJOHN, 1961: 246) ⁶. Falando especificamente da Liberdade de Expressão e da Primeira Emenda, Black não se cansava de repetir que “*no law abridging*” significava “*no law abridging*”, como se estas palavras tivessem um sentido evidente e como se elas fossem capazes, por si mesmas, de resolver casos constitucionais complexos (SUNSTEIN, 1993: 108).⁷ Como afirmou um colega de Black na Suprema Corte, não totalmente desprovido de espírito jocoso, o problema com a visão literalista aplicada à liberdade de expressão é que ela oferece “dogmas por demais inflexíveis para o caráter não-euclidiano dos problemas que se apresentam para serem resolvidos”.⁸

⁶ “They mean what they say”, no original.

⁷ Veja-se, por exemplo, a opinião (concorrendo para a maioria) de Black em *Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S. 444 (1969) (http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0395_0444_ZS.html), ou seus votos dissidentes em *Cohen v. Califórnia*, 403 U.S. 15 (1971) (http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0403_0015_ZS.html) e *Cox v. Louisiana*, 379 U. S. 536, 575-578 (http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0379_0536_ZS.html). O apego de Black à letra da lei já entrou para o folclore jurídico dos EE. UU. Num livro jornalístico sobre a Suprema Corte, os autores Bob Woodward e Scott Armstrong contam uma anedota saborosa sobre o juiz, referido como “o confessadamente severo intérprete das leis” (1985: 89): Em 1971, a Corte Suprema discutia o caso *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, que analisava a constitucionalidade de decisão de primeira instância estabelecendo um amplo sistema de transporte escolar em distritos escolares do sul como medida dessegregativa. Os ônibus escolares permitiriam a crianças de um bairro estudar em outro, rompendo o caráter espacial da segregação racial. Nessa ocasião, Black teria manifestado assim sua antipatia para com a decisão de primeira instância: “Onde a expressão ‘sistema de ônibus escolares’ aparece na Constituição?”. Woodward diz que “esse modo de ver as coisas pareceu-lhes [aos assessores de Black] uma paródia de sua lendária inclinação para entendê-la [à Constituição] ao pé da letra” (ARMSTRONG & WOODWARD, 1985: 125).

⁸ Juiz Frankfurter, opinião majoritária em *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951). Eu não seria justo se não revelasse que o juiz Frankfurter não ficou conhecido como um ardoroso defensor de uma concepção ampla de liberdade de expressão. Disponível em

É claro que, ao adotar uma interpretação da Constituição que não admitia nenhum tipo de censura, Black acabou sendo um dos juízes da Suprema Corte que mais contribuíram para a ampliação da liberdade de expressão no século XX nos Estados Unidos. Esse resultado torna-o digno de reconhecimento e admiração, sem prejuízo da consideração de que as bases interpretativas sobre as quais ele edificava suas decisões são insustentáveis. Não apenas pela impraticabilidade desse entendimento --com cujas conseqüências ninguém parece estar disposto a arcar, no caso da liberdade de expressão-- mas também por suas imensas debilidades teóricas.

O que esses exemplos todos nos dizem é que, como afirmou Cass Sunstein, “as palavras da Constituição dizem-nos muito menos do que precisamos saber” (1993: 93-4). Luís Roberto Barroso partilha do mesmo entendimento quando afirma que

“A moderna dogmática jurídica já superou a idéia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, provocando uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece.” (2001: 11).

Apesar de suas diferenças, originalistas e literalistas compartilham uma importante premissa interpretativa: a noção de que o significado da Constituição é uma mera questão factual. Assim, o trabalho da interpretação é tão-somente o de declarar esse fato, dispensando recursos a princípios exteriores ao texto (SUNSTEIN, 1993: 94-5). Estamos de acordo com Barroso, a quem citamos uma vez mais, e para quem “a aplicação do direito não é apenas um ato de conhecimento --revelação do sentido de uma norma pré-existente-- mas também um ato de vontade --escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam” (BARROSO, 2001: 11). É nesse ato de vontade que monistas veem o problema da falta de objetividade do juiz. Dissemos acima que literalistas manifestam a pretensão de que sua interpretação constitucional é “objetiva”, enquanto uma interpretação que recorre a princípios é enviesada, por conceder espaço à subjetividade e a interpretações consideradas por eles como excessivamente pessoais por parte do intérprete, que não correspondem à Constituição tal como ela “realmente é”. A premissa oculta desse raciocínio é a de que o literalismo representa uma ausência de interpretação. Entretanto,

http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=Dennis%20V%20United%20States%20No&url=/supct/html/historics/USSC_CR_0341_0494_ZC.html

parece mais razoável considerar o literalismo como uma forma de interpretação dentre outras possíveis. E, digamo-lo de uma vez, uma das mais pobres, porque reduzida a uma única dimensão: a dimensão semântica. Um dicionário é um instrumento insuficiente para que entendamos o espírito e a complexidade de um texto constitucional. Os literalistas não se livram do fardo da interpretação constitucional, senão que o simplificam drasticamente, até o ponto de tornar sua técnica interpretativa virtualmente inútil. Isso é evidente quando nos deparamos com as contradições, antinomias, lacunas e incoerências internas que povoam os textos constitucionais. Não podemos resolvê-las porque com essa ferramenta unidimensional, não fazemos nada além de arranhar a superfície visível da norma: o seu texto. Mas um documento como esse possui também uma dimensão que Lawrence Tribe denomina de “Constituição invisível”, composta justamente por aquilo que não está em suas palavras, mas que lhe foi adicionada pela história, pela experiência política e pelas mudanças de interpretação. Não há uma palavra na Constituição, por exemplo, que esclareça a velha (e hoje bizantina) polêmica sobre a existência ou não de um direito de secessão dos estados em relação à União norte-americana. Mas a Constituição invisível, escrita não com tinta, mas com o sangue da guerra civil (TRIBE, 2008: 210), diz que os estados não têm o direito unilateral de secessão. Analogamente, uma profunda alteração da ordem constitucional pode ser efetuada sem que uma única palavra seja adicionada a ou removida de seu texto. Foi o que ocorreu, por exemplo, com o *New Deal* de Roosevelt, que varreu as doutrinas de *laissez faire* extremado que prevaleciam no país antes dos anos de 1930 sem nenhuma emenda formal à Constituição tenha sido aprovada (TRIBE, 2008: 52).

Creio que está claro que as palavras não nos levarão muito longe, o que não é o mesmo que afirmar que devemos passar ao largo delas. A semântica pode ser um bom ponto de partida, mas jamais um ponto de chegada, como querem os literalistas, e muito menos um critério exclusivo de interpretação. Abandonamos, assim, a pretensão de encontrar o sentido da norma *apenas* no texto, admitindo que precisamos de uma hermenêutica mais sofisticada, e continuamos procurando por ela.

1.2 A volta às origens – A escola originalista de interpretação constitucional.

*“Ser original é voltar às origens”
Antoni Gaudí*

Um dos critérios de interpretação dentre os que se perfilam para oferecer uma alternativa ao “literalismo” é aquele conhecido como “originalismo”, um movimento -- atualmente com influência crescente no ambiente legal estadunidense, principalmente nas instâncias inferiores à Suprema Corte⁹-- que defende uma interpretação da Constituição que procure levar em conta a intenção *original* dos constituintes para só então, e com base nisso, atribuir sentido ao texto. Trata-se de uma interpretação baseada nas intenções históricas dos atores concretos, cujo propósito é transformar o passado em perspectiva de futuro. Como diz Ronald Dworkin, a escola originalista (que ele chama, a nosso ver de forma inapropriada, de “historicista”) “identifica, para cada cláusula, um momento canônico de criação, e insiste em que o que os constituintes pensavam nesse momento, não importa quão peculiar isso possa ser visto agora, exaure a Constituição que temos” (DWORKIN, 1986: 361). Dentro de tal paradigma, uma interpretação distinta daquela que se supõe ser a dos constituintes (sejam os originários, de 1787, sejam os constituintes derivados, autores de cada uma das emendas) é vista como um desvio carregado de subjetivismo. O que temos aqui é a persistência da pretensão de objetividade, que se desloca da letra e do sentido semântico do texto legal, no caso dos literalistas, para o sentido original da Constituição, no caso dos originalistas. Embora um originalista e um literalista possam divergir quanto ao que seja a “verdadeira” Constituição, ambos acreditam que tal coisa exista. Para os originalistas, um intérprete que rejeite a visão que os constituintes de 1787 tinham sobre um determinado tema inscrito na Carta rejeita a própria Carta. Fora do sentido original, o único “objetivo” e factual, o que há são apenas preferências individuais e julgamentos de valor, ou “revisionismo” (SUNSTEIN, 1993: 96-7). A objetividade representa, portanto, um dos registros de defesa da posição originalista. Outra vantagem dessa posição, de acordo com seus defensores, é a estabilidade do texto constitucional e a segurança jurídica que lhe pode ser creditada. Finalmente, a terceira

⁹ O sistema judiciário federal estadunidense compõe-se de três instâncias, que, da primeira à terceira, são as seguintes: as cortes distritais, os tribunais regionais de recursos e a Suprema Corte.

justificativa em que se apóia é certa concepção de soberania popular, que veremos logo adiante.

Há pelo menos dois juízes da Suprema Corte que abraçam explicitamente este método de interpretação constitucional: Antonin Scalia e Clarence Thomas, não por acaso os dois juízes mais conservadores da Corte (DWORKIN, 2008: 4). O próprio Robert Bork poderia ser mais um integrante originalista do tribunal, não tivesse o Senado rejeitado sua indicação em 1987 devido a seu (de Bork) extremismo conservador, à sua (idem) falta de consistência teórica e a uma espantosa mobilização de militantes pelos direitos civis país afora contra a integração à Suprema Corte desse indicado por Reagan¹⁰. Mas alguns dos juízes mais destacados da história da Suprema Corte tiveram a ocasião de dizer o que lhes parecia olhar para 1787 ou 1791 em busca de respostas para casos constitucionais difíceis. O juiz Oliver Wendell Holmes, por exemplo, escreveu em 1920: “Quando lidamos com palavras que são também um ato constitutivo, como a Constituição dos Estados Unidos, devemos perceber que elas trouxeram à vida um ser cujo desenvolvimento posterior não poderia ser completamente previsto nem pelo mais talentoso dos seus pais (...). O caso em análise deve ser considerado à luz de toda a nossa experiência, e não meramente sob o que foi dito há cem anos”. Em 1934, o então presidente da Corte, Charles Evans Hughes, também tocou no tema, afirmando que “Se o que se quer dizer com a afirmação de que a Constituição significa hoje o mesmo que ela significava no tempo de sua adoção é que as grandes cláusulas de Constituição devem ser confinadas à interpretação que os Constituintes, com as condições e a perspectiva de seu tempo colocaram sobre elas, a afirmação traz sua própria refutação” (*Apud* LEWIS, 2007: 41).

Começemos a tratar das justificativas dessa escola de interpretação pela questão da estabilidade jurídica propiciada por ela. Se a leitura da Constituição estadunidense houvesse permanecido uniformemente idêntica à leitura que dela se fazia em 1787 e se os originalistas tivessem contribuído para tal permanência e imutabilidade, não há dúvida de que poderiam reivindicar essa vantagem (de mérito mais do que duvidoso, a nosso ver). Mas defender *hoje* -- quando a Constituição é interpretada de um modo muito distinto da forma como era interpretada nos séculos XVIII ou XIX— o retorno ao entendimento original da Carta está longe de ser uma defesa da estabilidade. Retornar a 1787

¹⁰ Para mais informações, ver DWORKIN, 1996d, 1996e e 1996f.

representaria uma volta desestabilizante ao direito constitucional do passado. A defesa do originalismo, portanto, não é uma defesa da *permanência* estática em 1787, mas a defesa de um *brusco* – e, poder-se-ia acrescentar, insólito -- *retorno* para lá. Por essa razão é que o argumento da estabilidade não faz sentido, e não é possível defender esta interpretação com base nesse argumento. Mas mesmo que desconsiderássemos esse ponto, ou seja, mesmo que aceitássemos a idéia de que o originalismo promove a estabilidade constitucional, a pergunta que surge é: por que razão a estabilidade deve ser o valor supremo de um ordenamento jurídico? A estabilidade, apesar de ser um valor relevante, deve ceder espaço para a substância, como diz Dworkin (1986: 368), que arremata sua crítica ao originalismo desta forma:

“Uma versão forte do historicismo [...] Exige-lhes [aos juízes] que tratem essas intenções [dos constituintes originais] como portadoras exaustivas de todo e qualquer sentido da Constituição. Mas isso é equivalente a negar que a Constituição expresse princípios, já que princípios não podem parar onde o tempo, a imaginação e o interesse de alguns homens públicos pararam. A Constituição leva os direitos a sério. O Historicismo, não.”

Dworkin toca num ponto relativamente negligenciado por originalistas: o tema dos direitos, e a esta altura é possível que o leitor mais agudo já tenha em mente a razão para essa debilidade. Defenderão os originalistas um entendimento dos direitos idêntico ao que os constituintes dos séculos XVIII e XIX tinham? Um dos pontos em que a interpretação da Constituição mais se modificou foi no que se refere aos direitos dos cidadãos estadunidenses, de modo que o corpo de direitos que hoje se garantem aos cidadãos daquele país é hoje muito mais amplo do que era em 1787, como esperamos que ficará claro ao longo dessa tese. Por essa razão, um retorno à interpretação original do texto constitucional estadunidense teria como consequência inescapável o emasculamento da teoria dos direitos tal como a entendemos.

Essa é uma objeção forte aos originalistas, e é levantada de modo recorrente, como se pode imaginar. Como compatibilizar o entendimento original da Constituição com o padrão contemporâneo de legitimidade política? Como diz Sunstein se retornássemos ao entendimento constitucional original, teríamos de aceitar como perfeitamente constitucionais coisas como cobrança de taxas para o exercício do direito de voto (“*poll taxes*”), discriminações com base na raça (como a segregação racial nas escolas), ou ainda

teríamos de aceitar a esterilização compulsória de certos criminosos. Além do mais, programas federais da época do *New Deal* seriam considerados inconstitucionais, bem como programas de ação afirmativa. O problema das penas “cruéis e inusuais” vedadas pela Oitava Emenda é particularmente eloquente sobre o dinamismo que caracteriza os padrões de moralidade política: na época em que a Emenda foi incorporada à Constituição (1791), penas hoje consideradas cruéis e inusuais, como marcar com ferro em brasa, açoitar e cortar orelhas, eram corriqueiras. Pode a intenção original dos constituintes guiar-nos nesse campo? No tocante a todas estas questões, os originalistas são surpreendentemente silentes (SUNSTEIN, 1993: 97). Mas talvez eles não tenham muito que dizer de fato: alguns dos direitos mais prezados no sistema constitucional estadunidense atual não resultam das intenções dos constituintes, e sim construções judiciais feitas no século XX, principalmente durante a Corte de Warren (período em que a Suprema Corte foi presidida por Earl Warren, de 1953 a 1969): é o caso, por exemplo, “de um direito geral a não ser discriminado com base na raça, de uma compreensão mais ampla para a liberdade de expressão (...), do direito à participação política, incluindo direitos iguais de voto (...), à seguridade social, a uma proteção geral contra discriminação sexual e a uma proteção geral à liberdade religiosa” (SUNSTEIN, 1993: 98).

Ainda no que se refere aos direitos, haveria outra dificuldade associada a uma interpretação originalista, que diz respeito à harmonização dos direitos constitucionais. “Como as várias liberdades fundamentais estão fadadas a conflitar umas com as outras”, diz Rawls, “as regras institucionais que definem essas liberdades devem ser ajustadas de modo que se encaixem num sistema coerente de liberdades” (RAWLS, 2000: 349). O originalismo não nos ajuda nem um pouco nessa tarefa. Na verdade, cremos que a torna impossível. Uma vez que os direitos inscritos na Constituição dizem respeito a momentos muito distintos da história estadunidense, seria muito difícil levar em conta as intenções históricas dos atores concretos sem levantar contradições muito profundas entre elas. Não estamos a afirmar aqui que é impossível compatibilizar as diversas levas de direitos constitucionais, mas sim que não é possível fazê-lo se se levam em conta as intenções originais dos autores desses direitos. O espírito com o que o *Bill of Rights*¹¹, por exemplo, foi incorporado à Constituição, no período imediatamente posterior à ratificação da mesma,

¹¹ As Dez Primeiras emendas à Constituição estadunidense, conhecidas como o *Bill of Rights*, compõem a carta fundamental de direitos dos cidadãos daquele país.

é bastante distinto dos direitos incorporados ao fim da Guerra Civil. Estes, por sua vez, precisam de um esforço interpretativo mais amplo que o recurso às intenções dos legisladores para que sejam adaptados aos que se vinculam ao *New Deal* e às políticas sociais da década de trinta do século passado. Como deve proceder o intérprete interessado em ver o se conjunto desses direitos como um todo dotado de alguma coerência? Certamente não o fará se se ativer à visão que os constituintes tinham desses direitos nos distintos momentos em que foram incorporados à Constituição. Precisa, em outras palavras, recorrer a algo que literalistas e originalistas rejeitam: necessitará recorrer a princípios externos à Constituição. Essas são algumas das razões que fazem com que as posições originalistas sejam particularmente débeis (e pouco atrativas, para dizer o mínimo!) quando se trata de direitos.

Mas voltemos à análise das alegadas vantagens de uma interpretação originalista. Assim como o literalismo, o originalismo também é uma vertente monista de interpretação constitucional. Afirmamos também que uma interpretação monista pressupõe que o trabalho do intérprete é dar-se conta de um fato e declará-lo. Neste caso, o fato a ser descoberto é a intenção original dos constituintes, que constitui a Constituição verdadeira, enquanto interpretações concorrentes são falsas. Uma vez mais, estamos no âmbito da objetividade da interpretação. Esse problema depende, aqui, em primeiro lugar, da existência de algo como uma “intenção original” dos constituintes, monolítica, sem fissuras ou rachaduras. Mas que razão há para crermos que os constituintes que aprovaram a Primeira Emenda, por exemplo, tinham todos o mesmo entendimento do que fosse a liberdade de expressão? No caso dessa liberdade, há razões de sobra para crer que havia discrepâncias importantes entre os constituintes sobre seu significado. Não podemos descer até o fundo desse argumento agora, mas no capítulo seguinte trataremos da primeira grande controvérsia constitucional (que também assumiu ares de uma crise institucional e política) envolvendo a liberdade de expressão, ocorrida em 1798, sete anos, portanto, após a aprovação da Emenda, e aí será possível demonstrar o tamanho da divergência entre muitos dos constituintes que incluíram esse dispositivo na constituição sobre o que ele significava. Do mesmo modo, podemos supor que os distintos constituintes que aprovaram a Décima Quarta Emenda à Constituição, no momento pós-Guerra Civil, tivessem entendimentos muito distintos sobre o que significava o princípio da igualdade. Será que todos entendiam

que o princípio da igualdade era condizente com a persistência da segregação racial (o qual parece ser o entendimento majoritário do século XIX)? Se de fato havia discrepância entre os constituintes, como deve o intérprete de hoje tratar o entendimento daqueles que discrepavam da maioria? Que peso se lhe deve atribuir? Cabe, assim, levantar um pouco de dúvida a respeito do caráter metafísico dessa entidade chamada de vontade original dos constituintes que originalistas pressupõem e no qual se baseiam.

Além disso, a objetividade traz um problema de ordem menos teórica. Mesmo que exista uma vontade original, como fazer para conhecê-la, uma vez que os registros históricos podem não estar disponíveis? Afinal, como afirma Dworkin,

“o problema interpretativo historicista não está resolvido, está apenas colocado através da percepção de que os constituintes não acreditavam que seu artigo [Dworkin refere-se aqui à Décima Quarta Emenda, a que estabelece a isonomia jurídica] não proibia escolas racialmente segregadas. Ele deve ainda recuperar suas convicções mais abstratas e perguntar que tipo de concepção de “tratamento igual de pessoas” eles tinham. Ele deve tentar fazer isso a cada um dos constituintes, estudando seus escritos e declarações pertinentes [a cada tema], se é que há algum (a), e seus votos em outras questões.” (1986: 363).

Mesmo que se aceite o propósito do método, qual seja, acessar um suposto sentido “original” da Constituição localizado nas intenções daqueles que a elaboraram, é preciso reconhecer a extrema dificuldade de se atingir esse objetivo, uma vez que as intenções dos referidos constituintes apenas poderia ser conhecida de modo lateral e enviesado, no caso específico dos Estados Unidos, e isso na melhor das hipóteses, já que os constituintes estão mortos há muitos anos. Como afirmou o historiador romano Tácito, toda antiguidade é obscura. Lembremo-nos de que os constituintes não eram apenas os Congressistas federais, mas também os congressistas estaduais que ratificaram a Constituição e cada uma de suas emendas.

A pretensão de objetividade é uma tentativa de originalistas de colocar a interpretação da Constituição acima da política. Imunizá-la contra qualquer contato com as disputas e controvérsias políticas presentes é um objetivo declarado dessa escola¹², para a qual a criação dos direitos sociais, a ampliação do entendimento do princípio da igualdade de

¹² É sintomático que um dos livros mais representativos do originalismo afirme no seu título que a “sedução política da lei” é uma “tentação” (BORK, Robert H. *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. Nova Iorque: The Free Press, 1990.)

modo entender que tal princípio pode servir de base a políticas de ação afirmativa, ou que proíbe escolas racialmente segregadas, ou do direito à intimidade como algo que garante à mulher o direito de escolha sobre a maternidade são fruto de interpretações particularistas e subjetivistas de juízes, “invenções” de juízes “militantes” que levam a Constituição para longe de seu sentido original. É dentro desse espírito que os originalistas afirmam que o mérito de sua tese é o de que a Constituição (*i. e.*, o entendimento original da Constituição) livraria os juízes da obrigação de fazer escolhas morais. Um dos mais conhecidos constitucionalistas a abraçar o originalismo, Robert Bork, afirma a deseabilidade de que os juízes deixem de fazer escolhas morais com o argumento de que tais escolhas não podem ser feitas pela razão de que a população não é moralmente homogênea. Evitar escolhas divisivas deve ser, de acordo com o constitucionalista, o propósito central de qualquer teoria neutra de interpretação constitucional. Já que é impossível a adesão de todos a um único sistema moral, os juízes não podem invocar moralidade alguma em seus julgamentos (BORK: 1990: 256-9). Mas o que nos perguntamos é se as consequências do originalismo no plano dos direitos, que mencionamos acima, podem, sob algum aspecto, ser considerada “neutra”. Com tamanha capacidade de intervenção nas controvérsias políticas do presente, o originalismo poderá ter alguma pretensão de arbitrar essas mesmas disputas e de pairar acima das controvérsias? O intérprete desejoso de “evitar escolhas divisivas” deveria recorrer a outro instrumento.

Não é apenas a existência de uma vontade monolítica dos constituintes que se apresenta de forma problemática. A própria idéia de um passado objetivo e completamente independente do presente pode ser alvo de dúvidas. Em que medida o passado a-histórico do originalismo não é uma fantasia e uma construção do próprio presente? A questão traz-nos à mente o prefácio que o escritor argentino Juan José Saer escreve a uma edição do romance “Zama”, de autoria de outro escritor argentino, Antonio Di Bendetto. “Zama” foi escrito no século XX, mas a narrativa transcorre no final do século XVIII, o que o faz ser lido como um “romance histórico”. O que Saer discute no seu prefácio é justamente a tendência a que se leia o romance como se se tratasse de um espelho da realidade de uma época passada:

“[a reconstrução do passado] não é mais que um projeto. Não se reconstrói nenhum passado, mas se constrói uma visão do passado, certa imagem, a ideia do passado que é própria do observador e que não corresponde a nenhum fato histórico preciso.

A pretensão de escrever romances históricos – ou de os estar lendo — resulta de confusão entre a realidade histórica com a imaginação arbitrária de um passado perfeitamente improvável. [...].

Toda narração transcorre no presente, mesmo que fale, a seu modo, do passado. O passado não é mais que o rodeio lógico, e inclusive ontológico, que a narração deve dar para poder abordar, através do que já pereceu, a incerteza frágil da experiência narrativa, que tem lugar, do mesmo modo que sua leitura, no presente. Ao tornar esse passado mais evidente, ao convertê-lo em passado cru, nitidamente distanciado da experiência narrativa, o narrador não deseja mais que sugerir a persistência histórica de certos problemas. O esforço de Di Benedetto tende, portanto, não a evadir-se do presente – esforço condenado por outro lado a uma impossibilidade trágica — mas a exaltar a validade do presente e a torná-la mais compreensível mediante um distanciamento metafórico ao passado.” (SAER, 2000: 5-6)

Em suma, podemos dizer que o originalismo não é estável, não é neutro do ponto de vista moral ou político, já que pode produzir resultados injustos e divisivos do ponto de vista da moralidade política contemporânea, que está baseado na ilusão do conhecimento objetivo de um passado que talvez não exista como imaginado, e que, como disse Saer, pode ser uma simples projeção do tempo presente. A grande ironia, contudo, é que talvez seja possível mobilizar as intenções dos pais fundadores contra os originalistas. É altamente discutível o fato de que os próprios constituintes originários vissem sua obra como um instrumento tão inflexível, destinado a amarrar as futuras gerações, impedindo-os de adaptar-se ao espírito, aos dilemas e às exigências dos tempos futuros. Na sua introdução aos artigos federalistas, Isaac Kramnick afirma: “Tanto Hamilton quanto Madison, convencidos como estavam de que a Constituição era a resposta definitiva aos problemas da América em 1787, também alertaram contra considerar aquela solução constitucional uma rígida fórmula para todos os tempos.” Diante dessa citação, o leitor pode imaginar que os autores se referem apenas à desejabilidade de um mecanismo institucional que permita às gerações futuras emendar a Carta, quando assim o desejarem. Mas falavam de mais do que isso. Falavam contra uma “irrefletida reverência pelo passado”, o que, nas palavras de Kramnick, “deveria ser lido atentamente por aqueles que insistem que a resposta dada pelos pais fundadores à crise para a qual os Artigos foram concebidos representa a codificação da verdade política e da sabedoria atemporal nos Estados Unidos”. (KRAMNICK, 1987: 80). Kramnick recorre ao artigo 14 de “O Federalista”, no qual Madison afirma que “a glória do povo da América” é a de “não padecer de uma veneração cega pela Antigüidade”

(HAMILTON, JAY, MADISON, 1987: 144), e também ao de número 34, no qual Hamilton afirma que o sistema institucional que então se criava deveria ser capaz de “adaptar-se a contingências futuras, na medida em que elas acontecerem” (HAMILTON, JAY, MADISON, 1987: 227). São afirmações tiradas de contexto, é certo, mas que são capazes de demonstrar que ambos pensavam num modelo institucional menos rígido e mais aberto às contingências políticas impostas pelos tempos do que o que os originalistas procuram na Constituição. A questão é que os constituintes podiam ter seu próprio entendimento sobre o que conta como pena cruel e sobre o que significa igualdade, mas como diz Dworkin, a fidelidade às intenções dos constituintes “pode exigir do juiz ignorar suas (dos constituintes) opiniões concretas e fazer o melhor para aplicar os princípios que as guiam como princípios morais: decidir por si mesmo que penas são cruéis e que tratamento é de fato desigual” (DWORKIN, 2008: 5).

O originalismo apóia-se num terreno ligeiramente mais firme quando apela para uma justificativa “democrática”, tanto como estratégia de autojustificação quanto como meio de atacar filosofias judiciais rivais. Assim, originalistas afirmam que não se opõem aos direitos criados pelo construcionismo judicial do século XX *per se*. Opõem-se à forma judicial como esses direitos foram “criados”, “inventados”, declarados ou garantidos, conforme a nomenclatura que se prefira. De acordo com os originalistas, numa democracia, a criação de direitos é uma tarefa exclusiva do Legislativo: juízes não têm mandato popular para tanto¹³. Bork, por exemplo, reclama que “juízes tenham começado a decidir em situações em que quem deveria fazê-lo é o legislador” (BORK, 1990: 1) e afirma que “a única forma de resolver [questões difíceis] é pelo voto; não pelo voto de um juiz, mas pelo nosso” (BORK, 1990: 259). A razão para esse entendimento é a de que

“A Constituição preserva nossas liberdades por estabelecer que todos aqueles que têm autoridade de elaborar políticas públicas [*make policy*] respondem diretamente ao povo por meio de eleições regulares. (...) Mas se juízes não são eleitos, não são responsivos politicamente e não representam ninguém –requisitos importantes para que desempenhem seu papel vital— quem nos protegerá do poder dos juízes? (BORK, 1990: 4-5).

¹³ Há especial indignação com o direito ao aborto, que nos Estados Unidos é o resultado de uma interpretação ampla (feita pela Suprema Corte em 1973) do significado da proteção constitucional da intimidade. De acordo com esse perspectiva “democrática”, o direito ao aborto só se sustenta como “invenção” judicial, já que provavelmente não passaria por nenhum teste de escrutínio popular.

É por essa razão que aqueles que acreditam que a Constituição deve incorporar um direito qualquer devem lutar para convencer seus concidadãos da desejabilidade de sua proposta e seguir os caminhos que a própria Constituição prevê para ser emendada, ou para aprovar uma lei ordinária, conforme o caso. Há dois problemas básicos com esse argumento, contudo. O primeiro é que ele se apóia numa concepção demasiadamente crua de democracia, reduzida aqui a simples majoritarianismo. Não podemos deixar garantias jurídicas cruciais, como a proteção contra a segregação racial, por exemplo, na dependência *exclusiva* de maiorias, ou ainda de super-maiorias, como seria o caso se dependêssemos de aprovar uma emenda constitucional nos Estados Unidos. O segundo problema é que, por mais que isso desagrade aos originalistas, intérpretes de Constituições têm de fato espaço para alguma discricionariedade, pelo fato de que esses documentos não se compõem apenas de regras e normas, mas também de princípios mais gerais que, por sua própria natureza, são mais maleáveis do que um mero comando. Se admitimos que princípios políticos regem a Constituição, o texto deixa de ser estático, podendo ser re-significado e presentificado pelo intérprete. A tarefa do intérprete, assim, é também a de dizer o que esses princípios significam e de integrá-los com as regras de modo que o resultado seja um todo relativamente coerente. As liberdades fundamentais, por exemplo, frequentemente chocam-se entre si. Como equacioná-las, senão recorrendo a princípios?

Nem com seu apelo à democracia, portanto, o originalismo parece minimamente sedutor. Ao refugiar-se numa suposta autenticidade encontrável apenas nas duvidosas intenções dos mortos, engessa a Constituição e isola-a das demandas que uma moralidade política *aggiornata* com o tempo presente lhe dirige. Um passado a-histórico não nos serve como modelo.

1.3 Entre a letra, a história e os princípios

Diante das razões até agora apresentadas, podemos afirmar com certa segurança que a letra da Constituição ou a moralidade política original daqueles que lhe deram origem são claramente inadequados como critérios *únicos* ou *totaux* de interpretação constitucional. Isso evidentemente é distinto de afirmar que a letra ou a intenção dos legisladores sejam irrelevantes para o intérprete. Letra e história têm papel relevante na hermenêutica constitucional. Veremos, por exemplo, como a interpretação coletivista da Liberdade de

Expressão não abre mão da autoridade de James Madison, o principal artífice da Carta de Direitos, como uma das formas de se legitimar.

História e letra, portanto, não foram completamente descartados, mas apenas afastados para as bordas de um sistema aceitável de hermenêutica. O centro desse sistema, no entanto, ainda está vago em nossa tese. Chegados a este ponto, tratemos de ocupá-lo. Como primeiro passo neste sentido, cabe recobrar uma distinção bastante familiar no mundo jurídico, e que mencionamos logo acima como uma das razões pelas quais o originalismo não nos parece defensável: aquela entre regra e princípio. De modo geral, os princípios diferenciam-se das regras por serem superiores a estas, por terem caráter mais genérico e abstrato, e, finalmente --e nisso reside nosso principal interesse aqui--e por fornecerem a baliza dentro da qual a norma deve ser interpretada. O princípio, portanto, apela a valores jurídicos e confere sentido à regra, definindo os pilares do sistema político-constitucional e ajudando a conferir um caráter sistêmico ao que de outra forma seria uma mera barafunda de normas antinômicas e lacunares. Só se pode falar de *sistema jurídico* se as regras obedecem a alguma unidade arquitetônica, mesmo que conferida pelo intérprete *a posteriori*, como costuma ocorrer. Com o princípio, “a supremacia da Constituição deixa de ser apenas formal, e passa a agregar uma valia material e axiológica à Constituição”. Dessa forma, toda a ordem jurídica passa a ser lida e apreendida “sob a luz da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.” (BARROSO, 2001: 34). Os princípios são valiosos ainda na atribuição de sentido a conceitos jurídicos indeterminados: aqueles nos quais se emprega uma linguagem *intencionalmente* aberta e vaga de modo a transferir ao intérprete o papel de fixar seu conteúdo concreto¹⁴. A distinção entre regra e princípio é o que possibilita “a superação do positivismo legalista, onde [*sic*] as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra-positivos (...)” (BARROSO, 2001: 26).

A incompatibilidade dessa idéia de hermenêutica com o literalismo e com o originalismo é evidente. A divergência situa-se em que estes não aceitam critérios supra-textuais, quanto menos supra-positivos como guias de interpretação. Já o recurso aos princípios não apenas remete a fatores extra-textuais, senão que atribui aos princípios o papel de conferir certa unidade e de atribuir um caráter arquitetônico ao que então se torna

¹⁴ Agradeço a Alexandre Junger por me sugerir este comentário.

um *corpus* mais coerente de direito positivo. Uma Constituição, dentro desse espírito, não é simplesmente um conjunto heterogêneo de regras, mas um “sistema aberto de valores” feito de **princípios e regras** destinados a realizar esses valores (BARROSO, 2001: 29). Mas é a abertura do sistema que é alvo de literalistas e originalistas, vista como fresta para a passagem das preferências políticas pessoais e subjetivas do intérprete, que se considera livre para inserir ali elementos não apenas ausentes do texto constitucional, mas claramente reprovadas por aqueles que ratificaram o texto. Apelar a princípios, assim, seria uma forma mascarada de justificar preferências pessoais dos juízes, ou mesmo seu comprometimento partidário mal-disfarçado. Assim, originalistas acusam aqueles que defendem uma interpretação principiológica de se deixarem guiar pela busca de resultados previamente desejados. Bork afirma que a “neutralidade política” só pode vir da “ortodoxia do entendimento original”, mas que este é rejeitado por uma “cultura liberal” que “ao longo de cinquenta anos obteve uma sucessão de vitórias políticas dos tribunais e que espera por mais no futuro” (BORK, 1990: 7).

Respondendo a algumas das acusações levantadas por originalistas, Sunstein afirma, em primeiro lugar, a futilidade de uma interpretação que imagine que princípios são prescindíveis. Não existe a interpretação que não recorra a eles, mas apenas a que os escamoteia, a eles mesmos e às razões pelas quais foram escolhidos. E nisso reside para ele o principal defeito tanto de originalistas quanto de literalistas: “A questão então não é se princípios interpretativos existem, mas se eles podem ser justificados em termos substantivos (...) O formalismo pretende que casos difíceis possam ser decididos através de julgamentos de valor feitos por outrem.” O problema é que eles não abandonam julgamentos de valor, mas os usam de forma encoberta, dispensando a razão pública: “O verdadeiro erro de Bork é mascarar suas próprias fundações.” (SUNSTEIN, 1993: 104). É impossível, diz Sunstein, interpretar qualquer texto escrito sem remissão a princípios externos ao texto. Não há um “fato” de significado constitucional até que tais princípios tenham sido trazidos à baila. Sem eles, “a leitura simplesmente não acontece”. Mesmo a ideia de que estamos estritamente amarrados ao desejo dos ratificadores da Constituição requer uma teoria política ou moral, que, além de controvertida, é externa à Constituição. (1993: 101). Afinal, precisaríamos justificar a nossos concidadãos e contemporâneos por

que razão estamos amarrados dessa forma à vontade daqueles que a rascunharam. Não é uma justificativa fácil de ser feita, podemos acrescentar. Como diz Dworkin,

“Seria tolo tomarmos as opiniões daqueles que primeiro votaram a décima quarta emenda como padrão da moralidade pública dos EE. UU. um século depois, quando a questão racial foi transformada em quase todos os sentidos. Também seria perverso. Negaríamos à comunidade o poder de mudar seu sentido público de propósito, o que significa negar que ela possa ter algum propósito público” (DWORKIN, 1986: 365).

Quanto à acusação de parcialidade e de que princípios não passam de um disfarce “liberal” para “distorcer” a Constituição, tornando-a mais adequada a suas convicções, Sunstein (1993: 98) afirma que dificilmente alguém guiado por princípios poderia impor dessa forma suas preferências pessoais, pela própria forma como a interpretação ocorre. Princípios não permitem tanta liberdade interpretativa. A possibilidade de manipular resultados pela escolha de princípios nesse nível se veria limitada justamente porque a capacidade de se prever de antemão os efeitos de um princípio sobre os resultados concretos se dá em termos muito gerais. O que conta é a qualidade das razões e dos argumentos oferecidos. Enquadrar uma regra a um princípio exige um esforço argumentativo grande. A metáfora arquitetônica é especialmente apropriada: o sistema jurídico passa a ser visto como um edifício extremamente complexo, e seu sentido é uma *construção* do intérprete. Por isso, “Interpretar a Constituição com base em princípios não é um processo puramente dedutivo ou de pura lógica, mas envolve a construção de raciocínios” (SUNSTEIN, 1993: 95). É essa construção que será capaz de dizer o que o vértice desse sistema jurídico e político, a Constituição, significa. Certamente ela significa mais do que o que Laurence Tribe chama de Constituição visível. Para Dworkin, a Constituição é “a melhor interpretação disponível” do texto constitucional em termos de direitos, e seu julgamento sobre qual interpretação é melhor é sensível à grande complexidade das virtudes políticas em questão no caso concreto (DWORKIN, 1986: 398).

E Dworkin é certamente o mais eloquente defensor de uma interpretação principiológica da Constituição dos EE. UU. Ele também rebate as acusações de personalismo caprichoso dirigidas a seus critérios. Se não há neutralidade, cuja defesa soa um tanto ingênua, e já que “[o intérprete] apóia-se sobre suas próprias convicções quanto à melhor concepção de democracia e o papel da Constituição na criação daquela forma de

democracia para decidir o que a Constituição, entendida com propriedade, significa.” (DWORKIN, 2008: 10), tampouco se pode falar em parcialidade ou partidarismo crus. Invertendo a acusação, Dworkin afirma que “Ignorar princípios é o que permite a juízes fazer escolhas em termos militantes” (Dworkin, 2008, p. 65). O que serve de base a sua acusação é a tendência de juízes conservadores a, escondidos atrás do texto ou da intenção dos que ratificarem a Constituição, combaterem decisões em nome de um código moral ou religioso pessoal mal-disfarçado. Lembra-nos ainda da frase de um juiz da Suprema Corte, Anthony Kennedy, ao escrever pela maioria na decisão que julgou inconstitucional uma lei texana que criminalizava o sexo anal consensual entre adultos (*Lawrence v. Texas*¹⁵): “Nossa obrigação é definir a liberdade de todos, e não impor nosso próprio código moral.” (Apud DWORKIN, 2008: 44). O que fica claro é que a linha que separa argumentos morais de neutralidade não está estabelecida de antemão (SUNSTEIN, 1993: 103), como pretendem os adeptos da interpretação monista.

Mas voltemos à refutação de Sunstein da acusação de personalismo feita ao uso de princípios. Uma das razões pelas quais o partidarismo, voluntarismo e personalismo são afastados é que o recurso a princípios não cria um espaço de indeterminação absoluta, capaz de tornar a lei completamente maleável ao gosto e cor ideológica do freguês. A Constituição não é um texto “completamente aberto” porque, afinal de contas, os princípios têm caráter substantivo. Notemos o que disse Dworkin numa das citações reproduzidas acima: a interpretação da Constituição depende da concepção que o intérprete tenha sobre **a melhor concepção de democracia** (grifo nosso). Na mesma linha, Sunstein afirma que “uma teoria da interpretação deve também ser uma teoria da democracia constitucional” (SUNSTEIN, 1993: 117). O princípio arquitetônico do sistema jurídico, portanto, no caso de uma democracia constitucional, é inteiramente derivado da concepção do que represente o “governo popular” para o intérprete.

O vínculo íntimo que une interpretação constitucional e a concepção de democracia que se encampe é evidente. É visível, por exemplo, no tema do controle de constitucionalidade de legislação infraconstitucional feita pelas cortes, considerada por muitos como antidemocrática, uma vez que juízes não-eleitos acabam tendo a última palavra sobre decisões tomadas por legisladores escolhidos pelo povo, mas também no que se refere a

¹⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/02-102.ZS.html>>

questões correlatas, como o direito das minorias em face da vontade das maiorias. Como devemos tratar o argumento, comum para certo comunitarismo, certo marxismo e para o utilitarismo, que afirma que não deve haver direitos individuais frente às maiorias? Direitos e garantias fundamentais estariam sujeitos ao critério majoritário? Se sim, isso vale para todos os direitos? Se não, com base em que argumento? Não temos condições de explorar questões candentes e complexas como estas agora, mas seremos obrigados a tratar delas mais tarde. Mais do que mencionar alguns temas que dizem respeito tanto à teoria democrática quanto à teoria constitucional, nosso objeto de estudo obriga-nos a desdobrar uma concepção substantiva de democracia. Lembremo-nos de que o objetivo dessa tese é apresentar a concepção coletivista da Liberdade de Expressão, que deriva a interpretação dessa liberdade do princípio constitucional da soberania popular. Mas teremos de esperar até os capítulos III e IV deste trabalho para vê-la explicitada.

CAPÍTULO II – A evolução histórica da liberdade de expressão nos Estados Unidos

“A imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo em si mesmo, o vínculo articulado que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais e que idealiza as formas brutas das lutas materiais.”
Carlos Marx

A história do entendimento da liberdade de expressão nos EE. UU. é a história da busca dos melhores e mais justos critérios quanto a quais expressões devem receber a proteção constitucional. O entendimento que hoje se tem sobre o alcance da liberdade de expressão é o resultado de uma evolução de centenas de anos, e que se acelerou dramaticamente entre os anos 20 e 70 do século passado. Ao final desses cinquenta anos, fixou-se em suas linhas-mestras o que chamamos de sistema atual de liberdade de expressão, como o resultado de lutas sociais e de controvérsias acadêmicas e jurídicas, envolvendo juízes, advogados, acadêmicos, governos e ativistas políticos sobre a justificativa “do uso de nosso poder político coercitivo e coletivo à luz da razão pública”, como diria Rawls (2003: 128). Dar conta dessa evolução e de como esse sistema foi engendrado, bem como descrever o resultado do processo é nosso objetivo neste capítulo.

Tratemos então de recapitular a evolução histórica do entendimento sobre a Liberdade de Expressão nos EE. UU., desde que foi agregada à Constituição do país, em 1791, (eventualmente remetendo-nos até mesmo a períodos anteriores, como a Inglaterra do século XVII).

2.1 O começo de tudo: O *Bill of Rights*

Inicialmente, a Constituição acordada em 1787 e ratificada em 1789 não continha uma lista de direitos dignos de proteção especial, embora contivesse algumas garantias espalhadas por seu corpo articulado, como a proibição de testes religiosos para o exercício de cargos públicos, por exemplo. A ausência de uma lista taxativa de direitos foi uma das inúmeras objeções ao documento levantadas pelos antifederalistas durante os acalorados

debates sobre a ratificação do documento. Após a ratificação da Carta pelos Estados (nove de treze), contudo, a primeira legislatura federal trouxe a questão à baila, e o resultado foi a incorporação de dez emendas (das doze inicialmente propostas) à Constituição, contendo uma enumeração de direitos individuais e coletivos cujo conjunto ficou conhecido como *Bill of Rights*.

A incorporação dos direitos ao texto constitucional ocorreu em fins de 1791, quando o número suficiente de Estados (três quartos) aprovou as alterações constitucionais¹⁶. Madison, que inicialmente se opusera à inclusão de uma lista fechada de direitos como parte da Constituição (TRIBE e DORF, 1993: 6), mudou de idéia durante os debates pela ratificação do texto. Mais do que um simples apoiador das emendas, Madison, que sem dúvida foi um dos mais destacados constituintes, e posteriormente foi um dos mais destacados deputados da primeira legislatura, tornou-se o principal defensor da *Bill of Rights*, sob o argumento de que direitos sancionados pela chancela judicial podiam revelar-se uma proteção valiosa (uma “precaução auxiliar”) contra a tirania. A inflexão na posição madisoniana, bem como o momento em que isso ocorreu, pode ser acompanhada através de sua correspondência com Thomas Jefferson.

Em carta enviada por Jefferson (então em Paris) a Madison, datada de 20 de dezembro de 1787, o remetente, referindo-se aos pontos da Constituição que lhe causavam desgosto, mencionava em primeiro lugar “a omissão de uma carta de direitos estabelecendo claramente e sem o recurso a sofismas as liberdades de religião e de imprensa”. (JEFFERSON, 1999: 360-1). Meio ano mais tarde, em 31 de julho do ano seguinte, Jefferson voltou a tocar no tema, insistindo que “a voz geral, de norte a sul, pede uma carta de direitos” (JEFFERSON, 1999: 365). Em 17 de outubro de 1788 é a vez de Madison escrever ao amigo no estrangeiro. Na carta, vemos um Madison ainda hesitante, pois embora afirme que “sempre tenha sido pessoalmente favorável a uma carta de direitos” (MADISON, 1999: 420), não considerava “a omissão [de direitos na Constituição] um defeito material”, nem estava “ansioso para suprir essa falta por emendas subsequentes”. Além disso, Madison dá-se ao trabalho de expor todos os argumentos que pode contra as

¹⁶ A Constituição prevê em seu artigo V exigentes requisitos para sua própria alteração: para emendar o documento, é necessário contar com o apoio de dois terços dos parlamentares de cada casa do Congresso. Vencida essa etapa, a proposta de emenda deve ser aprovada ainda pelos Legislativos (ou de convenções especialmente reunidas para decidir isso) de pelo menos três quartos dos estados.

emendas. Esta carta chegou ao destinatário apenas em 23 de fevereiro de 1789. A despeito de deixar transparecer certo desagrado com a demora (“Como a carta veio a ficar quatro meses no caminho eu não sei dizer”) o tom geral da resposta de Jefferson (em 15 de março de 1789) é de alívio: “Considerarei com grande satisfação suas idéias quanto à Declaração de Direitos na carta de 17 de outubro.” (JEFFERSON, 1999: 367). Nessa mesma carta, Jefferson aproveita para rebater um a um os argumentos coletados por Madison contra uma *Bill of Rights*.

A reticência de Madison tinha como um de seus fundamentos o receio de que o estabelecimento de uma lista constitucional de direitos tivesse como principal efeito a *limitação* dos direitos que se desejava proteger, em vez de sua garantia. A restrição aqui seria tanto na amplitude dos direitos declarados --uma vez que se entenderia que aqueles ausentes da lista não seriam protegidos (LEWIS, 2007: 8)-- e no alcance de cada um dos direitos particularmente entendidos. Explicamo-nos melhor: o receio era que a tentativa de definir e delimitar publicamente determinados direitos, com a deliberação pública que integraria o processo, poderia fornecer a oportunidade de restringir ou até mesmo de negar as garantias pretendidas. A preocupação era maior com os direitos de consciência. O temor de Madison tinha fundamentos empíricos: no momento em que escrevia a carta, o processo de ratificação da Constituição ainda estava em curso, e uma das objeções colocadas nos estados contra o documento originava-se da raiva que a proibição do estabelecimento de condições religiosas para o exercício de funções públicas causava a grupos religiosos cristãos, para os quais o país nascente deveria abraçar institucionalmente o cristianismo, na forma de uma república cristã¹⁷.

¹⁷ Para maiores detalhes sobre as celeumas que a exclusão dos “*religious tests*” gerou no processo de ratificação, ver KRAMNICK, I.; MOORE, R. L. *The Godless Constitution: A Moral Defense of the Secular State*. Nova Iorque: W. W. Norton, 2005. Segundo os autores, na época da ratificação, mesmo em Rhode Island, o mais plural (do ponto de vista religioso) dos estados, já que católicos e judeus tinham liberdade para celebrar seus cultos ali, o exercício tanto do voto quanto de funções públicas era exclusividade de protestantes. Em outros seis estados (Nova Hampshire, Nova Jérsei, As Carolinas, Vermont e Geórgia), a fé protestante também era um requisito para o exercício de cargos públicos. Massachusetts e Maryland eram mais amplos: bastava a fé cristã para ocupar cargos no Estado, o que abria a oportunidade para católicos. Em compensação, na Pensilvânia era preciso não apenas ser protestante, mas acreditar em Deus e na inspiração divina da Bíblia. E em Delaware, devia-se acreditar “no Pai, no Filho e no Espírito Santo”. Algumas constituições estaduais exigiam o juramento *naïf* de crença em que Deus “recompensa os bons e pune os maus”, fosse para o exercício de cargos eletivos ou apontados. (KRAMNICK; MOORE, 2005: 30). Ainda hoje, contudo, Arkansas, Maryland, Carolina do Sul, Tennessee e Texas exigem que se creia em Deus para o exercício de funções públicas, apesar da proibição constitucional de que estados estabeleçam exigências semelhantes. A Suprema Corte decidiu de forma unânime, em 1961, no caso *Torcaso v. Watkins*, que a

“Estou certo de que particularmente os direitos de consciência, se submetidos a uma definição pública, seriam considerados de forma muito mais estrita do que deveriam ser pelo poder estabelecido. Uma das objeções na Nova Inglaterra foi a de que a Constituição ao proibir testes religiosos abriu as portas para judeus, turcos [*sic*] e infiéis”. (Carta a Jefferson, datada de 17 de outubro de 1788, in: MADISON, 1999: 420).

O fato é que Madison acabou por se render aos argumentos a que inicialmente se opunha, e, como dissemos acima, tornou-se um propositor e um dos mais pertinazes defensores do acerto das emendas. Além das repreensões e insistências de Jefferson, o próprio debate com os antifederalistas pode estar entre as causas da mudança de Madison. Na convenção de ratificação da Virgínia, Madison teve de enfrentar o hábil orador Patrick Henry (diz-se que chegou a falar por sete horas seguidas num único dia), que defendia a causa da rejeição do documento constitucional. A Constituição foi ratificada no estado com um resultado apertado (89 votos a 79). Kramnick afirma que

“Do debate na Virgínia saíria o rascunho do *Bill of Rights*, as primeiras dez emendas à Constituição, que asseguravam direitos pessoais¹⁸ contra a interferência governamental e que seriam aprovadas no primeiro Congresso reunido sob a nova Constituição. (...) Na Virgínia, as forças ligadas a Patrick Henry exigiram e conseguiram vincular uma Declaração de Direitos à Constituição que estava sendo posta em votação.” (KRAMNICK, 1987: 87).

Um conhecido (e de certa forma pioneiro) teórico da liberdade de expressão nos EE. UU., Zechariah Chafee Jr., vai ainda mais longe, ao afirmar que a *Bill of Rights*, e particularmente a Primeira Emenda, foram a exigência não apenas da Virgínia, mas

exigência da Constituição de Maryland violava o artigo 6, seção 3 da Constituição Federal (que proíbe a imposição de critérios religiosos para o preenchimento de cargos públicos). Escrevendo pela Corte, o juiz Hugo Black escreveu que estados não podiam fazer distinções entre crentes e descrentes. Cada um desses Estados emendou suas Constituições inúmeras vezes desde então, sem retirar essa exigência. Apesar de não a poderem aplicar, a restrição não deixa de ter pelo menos seus efeitos simbólicos (KRAMNICK, I.; MOORE, 2005: 197-8).

¹⁸ Uma breve observação deve ser feita aqui, quanto a esta afirmação de Kramnick segundo a qual a *Bill of Rights* assegura direitos de caráter “pessoal”: há uma grande controvérsia sobre a real natureza dos direitos ali declarados. A corrente que defende o caráter “republicano” da *Bill* voltou a receber atenção nos últimos anos. Veja-se, por exemplo, AMAR, 2000. Discutiremos melhor este tema no seu devido lugar, a saber, o capítulo III, que trata justamente da reivindicação do caráter republicano da Primeira Emenda por parte de Alexander Maiklejohn.

“exigência de diversos estados como uma condição para a ratificação da Constituição, e é definitivamente uma proibição dirigida ao Congresso, mais do que qualquer outra norma da Carta de Direitos. A política por trás dela é o espalhamento da verdade, não apenas como uma abstração, mas como a base do progresso político e social” (CHAFEE, 1967: 137).

Mas passemos agora para a narrativa e análise --bastante instrutiva para nosso tema--da primeira crise constitucional e política vivida pela nova república. A importância dessa crise para nós reside em que ela é capaz de demonstrar a ausência de acordo sobre o sentido original e o alcance da Primeira Emenda (desqualificando, assim, um pretensão sentido “original” inequívoco do texto): dos dois lados da controvérsia estavam pessoas que redigiram, discutiram e aprovaram a inclusão de emenda na Constituição e que, se os originalistas estivessem corretos, deveriam encampar a mesma concepção da liberdade em questão. Por outro lado, a controvérsia revela também a conexão entre a liberdade política mais ampla e a liberdade de expressão e -- por que não? -- a legitimidade histórica da concepção “republicana” dessa liberdade.

2.2 A Lei contra a Sedição de 1798

Neste ano, o Congresso, então dominado pelos Federalistas (e a reboque do estímulo político dado pelo então presidente John Adams, também do Partido Federalista), aprova a chamada “Lei contra a Sedição” (*Sedition Act*)¹⁹, que Zechariah Chafee Jr. chamou de “desastre” para a liberdade de palavra (CHAFEE, 1967: 168). Essa lei criminalizava o que na tradição do direito de língua inglesa é chamado de *seditious libel*. Ou seja, a “difamação sediciosa”, nada mais nada menos do que a expressão crítica dirigida ao Estado, ao governo ou a seus representantes e agentes, um ato cuja criminalização guarda relação direta, portanto, com a liberdade de expressão. Como dizíamos, com a aprovação da Lei contra a Sedição tornava-se crime “escrever, imprimir, pronunciar ou publicar”, bem como tentar fazê-lo, ou ainda ajudar a terceiros a escrever, imprimir, pronunciar ou publicar

¹⁹ Esta narrativa é tributária de três fontes, basicamente: LEWIS, 2007; O'BRIEN, 1999, e SUNSTEIN, 1995. Entretanto, os fatos são bastante conhecidos, compondo o que nós podemos chamar de uma narrativa canônica da evolução da Liberdade de Expressão nos EE. UU. Um dos livros clássicos que trata do tema também aborda os eventos da Lei contra a Sedição de perspectiva semelhante: ver CHAFEE, 1967.

“qual(is)quer texto(s) falso(s), escandaloso(s), malicioso(s) contra o governo dos Estados Unidos, ou contra qualquer das casas do Congresso dos Estados Unidos, ou contra o Presidente dos Estados Unidos, com a intenção de difamar os referidos governo, casas do Congresso ou Presidente, ou de trazer a eles, ou a algum deles, desdém ou descrédito, ou atizar contra eles ou contra um deles o ódio do bom povo dos Estados Unidos (...)”²⁰

Se alguém fosse considerado culpado de tais crimes, seria punido com uma multa “não superior a dois mil dólares”, podendo languescer na cadeia por período “não superior a dois anos”. Como atenuante, a referida lei admitia o que juristas costumam chamar de “exceção da verdade”, ou seja, admitia que, no caso de ser verdade o que dizia o acusado e de este o poder provar no momento do julgamento, sua conduta deixaria de ser considerada criminosa. Essa lei estipulava ainda sua própria expiração, assumindo-se como uma medida temporária e excepcional, devendo vigorar até o “terceiro dia de março de 1801, e não além” dessa data. Além do mais, um júri seria quem teria o poder de declarar o réu culpado ou inocente.

A Lei contra a Sedição foi um ingrediente a mais a traduzir a tensão política daqueles dias. Pouco mais que uma semana antes, outra lei draconiana fora aprovada: a chamada Lei dos Estrangeiros (*Alien Act*), a qual previa que em caso de declaração de guerra “entre os Estados Unidos e uma nação ou governo estrangeiro”, todos os cidadãos ou súditos do país inimigo que estivessem nos EE. UU., desde que fossem do sexo masculino, tivessem 14 anos ou mais e não tivessem adotado a cidadania estadunidense, seriam considerados “inimigos estrangeiros”, condição que os tornava sujeitos à possibilidade de serem presos e deportados, ao juízo do Presidente da República, que poderia decidir se sua residência naquele país seria ou não permitida, bem como o “modo e o grau das restrições a que eles seriam submetidos”.

A motivação oficial para a dureza destas duas leis estava no além-mar: em primeiro lugar, desejava-se prevenir uma convulsão política como a que sacudira a França dos excessos jacobinos, o que explicava a Lei contra a Sedição (LEWIS, 2007: 12). Em segundo lugar, e por trás da Lei do Estrangeiro, havia o risco de uma guerra “iminente” com a mesma França (CHAFEE, 1967: 27), somado ao fato de que havia intensa atividade

²⁰Os textos completos da Lei contra a Sedição e da Lei dos Estrangeiros estão disponíveis no endereço eletrônico da Biblioteca do Congresso: <http://www.loc.gov/rr/program/bib/ourdocs/Alien.html>

de “hordas de simpatizantes da França dentro dos EE. UU., cujas atividades eram dirigidas pelo próprio embaixador francês” (CHAFEE, 1967: 483). Contudo, além desses motivos, historiadores e a bibliografia contemporânea sobre a Primeira Emenda não deixam de apontar outra classe de razões por trás de Lei contra a Sedição: os interesses eleitorais imediatos do então Presidente Adams, que buscava a reeleição tendo como adversário o Vice-Presidente Thomas Jefferson, do Partido Republicano, que, apesar do nome, pode ser apontado como o antecedente do atual Partido Democrata, de acordo com Lewis (2007: 12). Repare-se que o cargo de Jefferson não está protegido contra a difamação que a lei tenta impedir. O’Brien afirma que uma das intenções da lei era “censurar as críticas políticas ao partido do governo e colocar a opinião pública contra os Republicanos-jeffersonianos” (O’BRIEN, 2005: 391). A motivação eleitoreira da lei também se evidencia por outra razão: a lei previa sua própria expiração passada a seguinte eleição (AMAR, 2000: 23). A junção entre razões de política externa com a motivação política interna é atestada por Robert Dahl:

“(...) [os Federalistas] fizeram aprovar quatro leis em 1798 porque estavam alarmados não apenas pelas aparentes atividades subversivas dos franceses, mas também pela crescente influência de seus ruidosos, irreverentes e às vezes difamatórios adversários do novo Partido Republicano. Os Federalistas empregaram uma destas novas leis, a Lei contra a Sedição, num esforço para silenciar críticos Republicanos.” (DAHL, 2002: 26).

O número de pessoas processadas com base na lei não foi além de catorze indivíduos. Mas o caráter político-partidário das perseguições era evidente, e não podia ser diferente. Entre os processados estavam os editores e os proprietários de jornais jeffersonianos como o *Philadelphia Aurora*, o *Boston Independent Chronicle*, o *New York Argus*, o *Baltimore American* e o *Richmond Examiner*. Os julgamentos foram quase todos no ano da eleição, 1800. A primeira perseguição foi contra um parlamentar republicano, o deputado Matthew Lyon, de Vermont. Lyon foi processado por escrever uma carta ao editor do *Vermont Journal*, na qual dizia que o Presidente Adams estava engajado numa “persistente fissura pelo poder, numa sede incontida pela pompa ridícula, pela adulação tola e pela avareza egoísta” (*Apud* LEWIS, 2007: 13). Apesar de a lei admitir a exceção da verdade, e portanto, de acordo com a lei, somente uma afirmação “falsa” pudesse dar ensejo a uma acusação criminal --o que era apresentado pelos federalistas como uma

“liberalização” em relação ao sistema de *Common Law* herdado dos ingleses (voltaremos a este ponto em breve)-- na prática essa distinção era irrelevante, porque

“Os juízes comumente colocavam sobre os acusados de violar a Lei contra a Sedição o ônus de provar que suas afirmações eram verdadeiras em todos os aspectos, e os réus terminavam sendo processados por suas opiniões, cuja veracidade não podia ser provada.” (LEWIS, 2007: 13).

Aos olhos do observador contemporâneo, uma lei como esta está em evidente colisão com a Primeira Emenda. Não era assim naquele momento, a julgar pelo que podemos saber. A lei teve um aparente sucesso enquanto vigorou, e ela vigorou todo o tempo que se propôs. Foi diligentemente aplicada pelos tribunais inferiores. Jamais foi derrubada pela Suprema Corte. Mais do que isso: jamais foi questionada perante a Corte Constitucional. E se o houvesse sido, duvida-se de que teria sido derrubada. Naquele tempo, os juízes da Suprema Corte também atuavam como juízes presidentes de tribunais inferiores, e presidiam julgamentos por júri. O julgamento do deputado Matthew Lyon, por exemplo, foi presidido por William Patterson, então membro da Corte Constitucional. Patterson orientou o júri de forma bastante tendenciosa, e Lyon acabou sendo condenado a pagar uma multa de mil dólares e a passar quatro meses na prisão. Dos então seis membros da Suprema Corte, três presidiram júris de réus da lei sem deixar transparecer quaisquer dúvidas sobre a constitucionalidade da lei. (LEWIS, 2007: 15).

Num universo de catorze processados, quaisquer casos tornam-se conhecidos. Mas além do deputado de Vermont, o caso de James T. Callender também ganhou destaque. Callender publicou um livro, em plena campanha presidencial de 1800, no qual afirmava que a escolha que se aproximava era entre “Adams, guerra e mendicância”, ou “Jefferson, paz e competência”. O caso tornou-se famoso, em primeiro lugar, porque um terceiro cidadão, Harry Crosswell, foi processado sob a lei de Nova Iorque em 1803 (depois da vitória republicana, portanto), por afirmar que Jefferson pagara Callender pela publicação do livro. O fato é que em 1800 Callender foi processado criminalmente e condenado num júri presidido pelo juiz da Suprema Corte Samuel Chase, considerado um pró-federalista “virulento” (o qualificativo é de Lewis) (2007: 14). Mas nosso autor tem lá suas razões para desconfiar da imparcialidade de Chase. O juiz sofreu uma tentativa de destituição pelo Congresso quando os republicanos ganharam a maioria da Casa dos Representantes em

1800, o que só não chegou a concretizar-se porque o processo de *impeachment* não progrediu no Senado. Lewis afirma ainda, sem dar mais detalhes e evidências, que os jurados no caso Callender eram todos federalistas, e que “investigações modernas” indicam que essa facção política, através de juízes e delegados leais a ela, manipulava a composição dos júris nos processos baseados na Lei contra a Sedição (2007: 14). Nem tão recentes são tais investigações e conclusões: em 1919, Chafee afirmava que “nos julgamentos por sedição de 1798 o método de garantia de indiciamentos e condenações era alvo de reprovação pública por causa dos homens entre os quais e pelos quais o júri era escolhido”. (CHAFEE, 1967: 71). Chafee, que escreveu esse texto originalmente na forma de um artigo publicado em 1919, citava um estudo de 1912 no qual se afirma que em muitos estados dos EE. UU. os delegados (*Marshalls*) “escolhiam as pessoas que bem entendessem para integrarem os grandes júris e júris criminais.”²¹ Esses membros das cortes nacionais eram, sem exceção, Federalistas. Em muitos casos, *políticos* Federalistas.” (Beveridge, *Marshall*, III: 42, *Apud* CHAFEE, 1967: 71-2. Grifo nosso). Chafee, referindo-se ao comportamento dos juízes por ocasião da Lei contra a Sedição, afirma que o comportamento deles indica que os Federalistas tomaram de assalto o Judiciário nacional. Estes juízes não se privavam de perorar longamente aos réus sobre religião, política partidária e moralidade. A liberdade de expressão, por sua vez, era ignorada, e nenhuma distinção era feita entre fato e opinião (CHAFEE, 1967: 74).

A se julgar pela frequência com que esses mesmos casos aparecem na bibliografia, as narrativas de Lewis e de Chafee merecem nosso crédito. Situações como essas acabaram por receber a atenção pública e parecem ter causado indignação entre os eleitores. O deputado Lyon não recebeu uma pena muito longa, é verdade, e após quatro meses, em 9 de fevereiro de 1799, sua pena expirou, mas por incapacidade econômica de pagar a pesada multa de mil dólares (uma quantia enorme por então) teve de continuar na prisão. Conta-se que houve uma campanha nacional de arrecadação de fundos para libertá-lo, e quando o

²¹ No sistema britânico, em grande medida mantido nos Estados Unidos, o Grande Júri (*Grand Jury*) tem a função de, nos crimes mais graves (como roubo ou assassinato), fazer a acusação aos juízes. Os jurados deviam decidir “de acordo com o que se dizia”, sem se preocupar com as provas. O Pequeno Júri (*Petty Jury*), ao menos a partir dos séculos XV e XVI, torna-se a instituição encarregada de ouvir as testemunhas e de julgar apenas em função do que a *oral evidence* provar. Uma estrutura muito semelhante existe nos Estados Unidos, onde o recurso ao júri é matéria constitucional. 20 estados e a justiça federal preveem o *Grand Jury*. O *Petty Jury* existe em praticamente todo o sistema judicial, mas as partes geralmente renunciam a ele, o que lhes é facultado, uma vez que o julgamento por júri é entendido como um direito. (GILISSEN, 1995: 214-5).

senador republicano da Virgínia Stevens T. Mason trouxe em ouro a quantia para pagar-lhe a multa, Lyon foi libertado com alarde, em meio a uma multidão que viera para homenageá-lo. (LEWIS, 2007: 14). Narrativas como essa podem indicar que o objetivo político que os Federalistas tentaram sacar da lei não apenas não foi atingido, como se estava obtendo o efeito contrário. Este efeito foi o que se obteve, de fato.

Assim, o “êxito” da Lei contra a Sedição a que nos referimos acima não foi mais que aparente. A lei foi denunciada pelos republicanos numa campanha pública e, o que chama a atenção para o observador contemporâneo, estritamente política, renunciando de antemão à luta judicial. Isso apesar das dificuldades de se fazer campanha aberta contra a lei, uma vez que os que a denunciassem poderiam ser criminalizados com base nela²² Mas ainda assim os republicanos acusavam os federalistas de planejar fazer o país retornar aos tempos de Jorge III, além de imprimir e fazer circular a transcrição do julgamento de Callender como prova dessa intenção. Ao recorrer unicamente às armas da mobilização político-eleitoral, renunciaram à luta judicial.²³ Para alguns analistas, não se tratou de uma escolha estratégica Republicana, mas de uma falta de escolha: não lhes restava outro caminho, conhecendo como deviam conhecer o caráter partidário do Judiciário, terreno dominado pelos adversários, o que inviabilizava de antemão levar a batalha para o campo judicial (LEWIS, 2007: 15; GRABER, 1991: 3).²⁴ O fato é que o êxito da lei em termos de eficácia da agressão dos federalistas à liberdade de expressão custou-lhes a existência política, uma vez que a lei se tornou um tema muito presente na campanha, e, diz-se, foi um elemento decisivo na derrota de Adams para Jefferson em 1800 (LEWIS, 2007: 15), mas também no

²² E de fato houve casos assim. Chafee afirma que Jared Peck foi processado com base na Lei contra a Sedição por fazer circular uma petição ao Congresso pela rejeição da lei (CHAFEE, 1967: 59, nota 42). Ao mesmo tempo em que constrangia a Liberdade de Expressão, a lei atacou o direito de petição.

²³ Há ainda uma provável e importante razão para que os republicanos não recorressem à Suprema Corte solicitando que esta declarasse a lei inconstitucional: a Corte simplesmente não tinha o poder de fazê-lo, nesse momento. O sistema atual de controle de constitucionalidade --que atribui à Corte a última palavra sobre o que a Constituição significa-- só foi criado em 1803, com a célebre decisão do então Presidente da Suprema Corte, John Marshall, na decisão *Marbury v. Madison*, através da qual a Corte atribuiu-se a si mesma o papel *exclusivo* de intérprete do significado oficial da Constituição. Só com esta decisão é que ficou estabelecido de modo claro que leis comuns (infraconstitucionais) que contrariassem a Constituição não eram verdadeiramente leis. Para uma narrativa mais detalhada da questão ver TRIBE, 1999: 207-13). Na última nota da seção, Tribe insinua a possibilidade de que a decisão de Marshall ter relação com a disputa entre Federalistas e Republicanos. Entre a eleição e a posse de Jefferson, os Federalistas salientes ocuparam todos os postos do Judiciário que podiam com juízes leais a eles. Entre as inúmeras nomeações feitas pelo presidente Adams estava o de um dos contendentes no caso, William Marbury. O Secretário de Estado da administração Adams na ocasião era John Marshall.

²⁴ Vale mencionar que a Corte repudiou explicitamente a Lei contra a Sedição, mas apenas em 1964, na sentença de julgamento do caso *New York Times v. Sullivan*. (AMAR, 2000: 307)

subsequente definhamento do Partido Federalista, que após perder a eleição minguou até a completa extinção política. Os federalistas não perderam apenas a Presidência da República: os republicanos obtiveram ainda a maioria em ambas as casas do Congresso. A lei expirou e Jefferson indultou os que haviam sido presos ou processados com base nela. A derrota da lei e de seus patrocinadores foi estrepitosa. O Congresso dominado pelos republicanos foi além, aprovando a restituição das multas pagas com base na lei, o que equivale a mais do que um indulto: é uma anulação das condenações. “Todos os prisioneiros foram perdoados e as multas impostas foram devolvidas” (CHAFEE, 1967: 138).

Um pequeno esclarecimento talvez seja necessário aqui quanto à identidade política do assim chamado Partido “Federalista”: poucos dos congressistas desse partido haviam sido lideranças federalistas dez anos antes, quando a Constituição foi ratificada e a Carta de Direitos lhe foi incorporada. É significativo que Madison, que era um federalista “autêntico”, por assim dizer, e também o principal patrocinador da Primeira Emenda, juntou-se a Jefferson na campanha contra a lei (AMAR, 2005: 103).²⁵

Numa carta de 1804, dirigida a Abigail Adams, a esposa de seu ex-rival, John Adams, Jefferson tocou no tema da Lei contra a Sedição e expôs-lhe suas razões para os indultos²⁶:

²⁵ Para uma visão distinta do motivo que opôs tão amargamente Federalistas e Republicanos, veja-se LAZARE, 2001: 62-3. Daniel Lazare afirma que o que estava em jogo era mais do que uma disputa sobre a Liberdade de Expressão. A verdadeira razão do conflito eram posições distintas sobre o papel econômico do governo federal. Hamilton, um federalista, desejava estabelecer um banco estatal de caráter nacional e um estado central mais ativo na esfera econômica, coisa a que se opunham fortemente os Republicanos. Uma terceira linha a dividir os eleitores de então era religiosa, segundo Kramnick e Moore: Muitos dos eleitores mais religiosos e sacerdotes de muitas das seitas que compunham a paisagem religiosa dos EE. UU. daquele tempo opunham-se a Jefferson, a quem acusavam de “ateu”, “infiel”, “filósofo”, “francês” e “jacobino”, certamente devido ao fato de que ele, Jefferson, além de ter servido como diplomata na França revolucionária, foi um defensor de medidas secularizantes tanto na Constituição federal quanto na Constituição da Virgínia (é de Jefferson, lembremo-nos, a metáfora mais comumente evocada para referir-se à laicidade do Estado nos EE. UU.: o “muro de separação”). O presidente de Yale advertia, em 1798 que se Jefferson ganhasse, infligiria ao país “os pecados da Revolução Francesa”; “nossas igrejas tornar-se-ão templos da razão”, “nossos Salmos virarão hinos de Marselha”, “nossos cultos sagrados serão transformados em danças de frenesi jacobino” e, pior, “nossos filhos tornar-se-ão discípulos de Voltaire e soldados de Marat” (*Apud* KRAMNICK e MOORE, 2005: 89). Para mais informações, ver KRAMNICK e MOORE, 2005: 88-109.

²⁶ Apesar da dura campanha política de 1800, que um acadêmico definiu como com esse adjetivo pela “grande polarização interpartidária” e pela “rígida disciplina intrapartidária” (AMAR, 2005: 338), sabe-se que Jefferson manteve uma longa e amistosa correspondência com Abigail Adams, primeiro, e passado algum tempo, com o próprio John Adams (LEWIS, 2007: 20). Numa carta à ex-Primeira-Dama, contudo, Jefferson, refere-se às “circunstâncias” que “parecem ter desenhado uma linha de separação entre nós” (JEFFERSON, 1984: 1145).

“Indultei todas as pessoas que cumpriam pena ou que estavam sendo processadas com base na Lei contra a Sedição porque considerei -- e ainda considero — tal lei nula, de forma tão absoluta e palpável como se o Congresso nos tivesse ordenado que nos prostrássemos e que adorássemos uma imagem de ouro; e que era minha obrigação interromper sua execução em todos os níveis, como o teria sido resgatar da fornalha abrasadora aqueles que se houvessem recusado a adorar a imagem”. (JEFFERSON, *apud* LEWIS, 2007: 20)

É verdade que não houve processos com base na Lei contra a Sedição após 1801, quando ela expirou e se estava sob o governo de Jefferson. Não seríamos justos, contudo, se deixássemos de mencionar aqui que o *sedition libel* (a expressão crítica dirigida ao governo, ao Estado, a seus agentes e representantes) continuou a ser crime no direito comum, o *Common Law*, ou o direito que se havia herdado da Inglaterra, e como crime era tratado pelos estados. Como nota O’Brien, a eloquência de Jefferson na carta à senhora Adams não o impediu de aconselhar a perseguição a editores Federalistas com base em leis estaduais. Em Nova Iorque, em 1804, um editor Federalista foi processado por *difamação sediciosa* contra o presidente Jefferson. Mesmo no âmbito federal, esse tipo penal não desapareceu quando a *Sedition Act* expirou. Apenas em 1812 --também com base num processo criminal por *sedition libel* contra o Presidente da República-- é que a Suprema Corte decidiu que não havia *common law* criminal federal, revertendo a condenação²⁷. (O’BRIEN, 2005: 392).

Mas o que mais nos parece interessante aqui é a própria discussão que opôs Federalistas e Republicanos durante a campanha de 1800, ou durante a “Revolução de 1800”, como alguns mais exaltados a chamam: não tínhamos, como talvez fosse de se esperar, Federalistas de um lado minimizando a importância da liberdade de expressão e republicanos de outro lado, reivindicando-a. Surpreendentemente, a defesa da Liberdade de Expressão também fazia parte do arsenal retórico dos Federalistas, mas, claro, defendiam uma liberdade de palavra de menor latitude do que a dos seus adversários. Antes que o leitor afirme que se tratava de uma mera concessão retórica, de um artifício retórico que dá a impressão de ceder ao adversário quando não o faz de fato, cabe esclarecer desde já que seus argumentos revelam mais do que isso. Não se tratava de um argumento forjado *ad hoc*, e sim de um com sólida base na tradição jurídica anglo-saxã. Ambos os lados discordavam

²⁷ *United States v. Hudson and Goodwin*, 11 U.S. 32 (1812).

sobre o limite aceitável entre a expressão permitida e a proibida, não sobre a desejabilidade ou importância da própria liberdade.

Em que, fundamentalmente, se diferenciavam ambos os argumentos? A divergência última entre ambos era sobre o grau de novidade e de inovação do sistema jurídico inaugurado com a independência dos EE. UU. A ruptura com a Grã-Bretanha e o nascimento do novo país davam aos Estados Unidos um sistema jurídico inteiramente novo ou a pretensa nova ordem era uma mera continuidade jurídica do sistema britânico, a despeito da ruptura política com a metrópole? Os federalistas punham a ênfase nas continuidades da ordem estadunidense em relação ao sistema de *Common Law* britânico, o qual, para os padrões contemporâneos, era bastante restritivo em relação à liberdade de expressão. No âmbito do direito consuetudinário britânico, restrições à expressão como as impostas pela Lei contra a Sedição seriam perfeitamente aceitáveis. O discurso republicano-jeffersoniano, por sua vez, atacava as restrições impostas à livre expressão pela *Sedition Act* apoiando-se no que identificava como o elemento central e inovador da Constituição estadunidense: a soberania popular. Para os republicanos, a expressão devia ser mais livre daquele lado do Atlântico do que o que previa o sistema britânico porque os EE. UU. tinham uma forma de “governo popular”.

Examinemos melhor este debate, começando por uma apresentação geral do sistema jurídico britânico, passando por uma descrição da forma como se entendia a liberdade de expressão nesse sistema, e finalizando com os contra-argumentos republicanos.

2.2.1. Características gerais do sistema de britânico de *Common Law*

Dá-se o nome de *Common Law* ao sistema jurídico desenvolvido na Inglaterra a partir do século XII, impondo-se posteriormente, como sistema, aos principais países de língua inglesa do mundo. Inicialmente, esse sistema é chamado de “comum” pela pretensão de aplicabilidade a todo o Reino, em oposição ao localismo das regras e costumes das diversas regiões.

Basicamente, o que caracteriza o *Common Law* e que o diferencia do sistema romanístico predominante no continente é o fato de ser um *judge-made-law*, ou seja, um direito jurisprudencial, “elaborado pelos juízes reais e mantido graças à autoridade

reconhecida aos precedentes judiciais” (GILISSEN, 1995: 208). Nos sistemas de direito romano-germânicos a jurisprudência tem seu lugar, mas esse lugar é acessório e periférico, enquanto o centro do sistema é ocupado pela legislação. No *Common Law*, o que ocorre é rigorosamente o inverso: a jurisprudência é a principal fonte de direito, enquanto à legislação restam as bordas do sistema. O papel de coadjuvante designado à legislação fez com que a codificação fosse quase desconhecida na Inglaterra, enquanto os direitos romanistas são fortemente codificados (GILISSEN, 1995: 208-9). Ao tempo em que se distancia do comando legislativo, o sistema de *Common Law* tem características que lhe dão certa aparência semelhante às da regras costumeiras: desenvolve-se ao longo do tempo, e não num único momento; é o resultado evolutivo de diversas pessoas, e de diversas gerações, além de não ter um centro claro do qual emane (STRAUSS, 2003: 34). Isso não significa que o direito seja impermeável à influência ou visão dos intérpretes contemporâneos: mas se quer ter alguma chance de influência na transformação do direito, o intérprete de hoje não pode, nesse sistema, ter a pretensão de começar do zero, ignorando o que já existe: deve assumir a tarefa de continuar a evolução (STRAUSS, 2003: 35). No *Common Law*, não há recomeços: há uma tensão permanente, constitutiva e irresolúvel entre tradição e inovação.

2.2.2 A liberdade de expressão na tradição de *Common Law*

No que se refere à censura da expressão, podemos falar basicamente de duas formas de repressão, em tese: uma, preventiva, diz respeito a um sistema de licenças prévias para toda e qualquer publicação, embora possa manifestar-se também como uma ordem judicial ou administrativa proibindo a expressão *antes que ela aconteça*. Outra, *a posteriori*, estabelecendo punições para discursos “indesejáveis” que o sistema de censura prévia não seja capaz de filtrar, no caso de ele estar em vigência.

Na Inglaterra, desde 1538, vigiam as duas formas de repressão. **O sistema de licenças prévias** remonta a 1538, quando foi estabelecido por Henrique VIII. (LEWIS, 2007: 1). Já a **repressão *a posteriori*** pertence ao âmbito do direito penal, e no sistema criminal britânico, expressar determinadas opiniões indesejadas era, claro está, uma conduta punível. Dentre as opiniões cuja expressão era punível, a difamação sediciosa (*seditious libel*) era

das mais graves e mais antigas, pois remonta a 1275, com a *De Scandalis Magnatum*, que impunha penalidade às “falsas falações” sobre o Rei. Em 1559, uma emenda a esse instituto endureceu-o, punindo “palavras sediciosas” que contribuíssem para a desordem pública e a “anarquia” (“*lawlessness*”). No século XVI e XVII, a aplicação da lei foi posta a cargo da notória e temida *Star Chamber*, a “Câmara estrelada”, em Westminster (O’BRIEN, 2005: 386), onde se reunia o conselho real encarregado de julgar, entre outras coisas, os acusados de *seditious libel*. A publicação de qualquer expressão que se considerasse desrespeitosa ao Estado, à Igreja estatal ou a seus agentes era passível de punição, e punição severa. Duas peculiaridades do sistema britânico: na tradição de *Common Law*, o fato de a afirmação “desrespeitosa” publicada ser verdadeira ou não era considerado irrelevante para a condenação do réu. O que os juristas chamam de “exceção de verdade”, portanto, não podia ser invocado. A outra é a de que um crime como esse, por sua gravidade, não podia ser julgado pelos pares do acusado, ou seja, não podia ser julgado pelo júri²⁸.

A restrição prévia à publicação foi abolida pelo Parlamento quando se depôs o Rei. Carlos I, em 1640, e no ano seguinte foi a vez de a infame *Star Chamber* ser descartada, embora os precedentes por ela estabelecidos tenham continuado a ser aplicados pelo sistema de *Common Law* (O’BRIEN, 2005: 386). No entanto, três anos mais tarde o próprio Parlamento restabeleceu um órgão de controle prévio das publicações (LEWIS, 2007: 2). Esse ato do Parlamento é que motivou John Milton a pronunciar, em 1644²⁹, seu *Discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra*, conhecido como *Areopagítica*. Milton falhou em seu propósito imediato, qual seja, o de pôr fim à censura prévia³⁰, o que

²⁸ O que só viria a ocorrer com a *Fox Libel Act*, de 1792, que transferiu ao júri a atribuição de determinar a culpabilidade de supostas acusações difamatórias, inclusive a difamação sediciosa (O’BRIEN, 1999: 386-7). O texto da Libel Act de 1792 está disponível em <<http://www.statutelaw.gov.uk/content.aspx?activeTextDocId=1517268>>

²⁹ Esse mesmo ano trouxe uma miríade de obras em defesa da liberdade de expressão, na Inglaterra: vieram a pública, apenas nesse ano, obras como *A Vindication os the Churchs Commonly Called Independent* (de Henry Burton), *Liberty of Conscience* (de Henry Robinson), e *The compassionate Samaritane* (de William Wallwyn) (KEANE, 1991: 10).

³⁰ O fato de que Milton não defende uma liberdade irrestrita de expressão é bastante evidente nesse discurso, no qual ele afirma que livros “escandalosos, sediciosos e difamatórios” deveriam ser censurados *a posteriori*, e seus autores punidos (“Não nego que seja da maior importância para a Igreja e a República manter um olhar vigilante tanto sobre o comportamento dos livros quanto dos homens” (MILTON, 1999: 61). Mais adiante, atribui a invenção da censura prévia aos católicos, a quem anatemiza: “Para cúmulo das medidas invasivas, sua [Do Papa Leão X e seus sucessores] última invenção era ordenar que nenhum livro, opúsculo e folha fosse impressa sem antes passar pelas mãos de dois ou três frades glutões – como se são Pedro lhes tivesse dado as chaves da imprensa juntamente com as do Paraíso!” (MILTON, 1999: 73). Outra evidência de que John Milton opunha-se apenas à censura prévia está no fato de que o próprio poeta exerceu o

só viria a ocorrer em 1694, passados cinquenta anos do discurso e vinte de sua morte. O que chegou ao fim em 1694 foi tão somente o órgão encarregado de autorizar ou impedir a publicação de algo, ou seja, de realizar um controle prévio das publicações feitas no Reino. A lei contra a difamação sediciosa continuava plenamente válida. Um editor e um autor acusados de *sedition libel* teriam de responder criminalmente e *a posteriori* pelo que se considerava um crime, mesmo que o que houvessem publicado fosse verdadeiro. Como nos conta John Keane, “(...) em 1694 expirou a *Regulation of Printing Act*, mas ainda assim essa ‘desregulamentação’ não valeu para textos blasfemos, sediciosos, obscenos ou difamatórios, que continuaram a ser tratados como crime”.(KEANE, 1991: 9). Sir William Blackstone, por exemplo, o autor do mais conhecido tratado sobre o sistema de *Common Law* (*Commentaries of the Laws of England*) do século XVIII, estatui:

“A liberdade de imprensa é absolutamente essencial à natureza de um Estado livre; Mas ela consiste em não estabelecer restrições *prévias* a publicações, e não em liberdade contra a censura por matéria criminal em caso de publicação. Todo homem livre possui um direito inquestionável de apresentar os sentimentos que desejar perante o público; mas se ele publica o que é impróprio, malicioso ou ilegal, deve arcar com as consequências de sua própria temeridade.” (BLACKSTONE, 1766: 151-2, *Apud* O'BRIEN, 2005: 387. Grifo nosso).

No caso de que consideremos que a Liberdade de Expressão compreende apenas a ausência de restrições prévias à expressão, como se entendia na tradição inglesa na qual, de uma forma ou de outra, os colonos da América do Norte estavam inseridos, uma pena criminal por um discurso considerado indesejável não representa uma restrição da liberdade. Tenhamos em mente, contudo, que a ausência de restrições prévias não significa um sistema brando e tolerante quanto à expressão. Um dos casos mais celeberrimamente brutais de repressão à liberdade de expressão ocorridos na Inglaterra não foi propiciado pelo instituto da censura prévia, apesar de este já estar em pleno funcionamento quando a punição se deu, mas pela responsabilização criminal *a posteriori* por publicação de material considerado difamante. A pena recaiu sobre o panfletário puritano William Prynne (e) pela publicação de um livro (*Histrionum Scourge, or Actors Tragedie*) com comentários desdenhosos sobre atores em geral e sobre a própria arte da atuação. Seus

ofício de censor: foi “supervisor” do jornal *Mercurius Politicus*, no qual tinha a função de reportar textos ou panfletos após terem sido publicados, e não o de autorizá-los ou proibi-los previamente (FORTUNA, 1999: 25).

comentários foram vistos como um ataque velado à rainha Henri Etta Maria (francesa e católica), que comparecera havia pouco a uma peça de teatro e que, dizia-se, nutria um amor imoderado por essa arte. Prynne foi então acusado de *sedition libel*, e o Conselho Real – reunido na *Star Chamber*-- foi particularmente duro com ele. Num julgamento levado a cabo nos anos de 1630, foi multado em dez mil libras, sentenciado a prisão perpétua, marcado com ferro em brasa na testa, teve o nariz talhado e as orelhas arrancadas pelo crime de “escrever livros e panfletos”. (O’BRIEN, 2005: 386; AMAR, 2000: 82)

Isso não quer dizer, claro, que o desfazimento da censura prévia tenha sido um evento de importância menor. Habermas atribui ao fim da censura prévia o início da politização da esfera pública:

“A superação do instituto da censura prévia assinala uma nova fase do desenvolvimento da esfera pública, possibilita o ingresso do debate na imprensa e permite a esta transformar-se num instrumento com cuja ajuda decisões políticas podem ser tomadas perante o novo fórum do público. (...) Com a *Licensing Act* cai, em 1695, a censura prévia; A rainha ameaça várias vezes os deputados no sentido de restabelecer a censura, mas em vão. A imprensa ainda continua sujeita à rigorosa *Law of Libel* e às limitações de numerosos privilégios da Coroa e do Parlamento (HABERMAS, 2003: 76-7).

É verdade que mesmo a severidade da *Law of Libel* não impede Habermas de afirmar que, “comparada com a imprensa dos demais estados europeus, a inglesa goza [nesse momento] de liberdades únicas. (HABERMAS, 2003: 77). Mas apesar de sua importância relativa ser das maiores, não há como negar que reduzir a liberdade de expressão apenas à censura prévia é incompatível com os padrões contemporâneos de liberdade de expressão e, portanto, é incompatível com os padrões contemporâneos de legitimidade política. E as “liberdades únicas” inglesas a que Habermas se refere contêm ainda muitas restrições e limitações: Em 1711 foi criado no Reino um imposto sobre todos os periódicos pela *Stamp and Advertising Act*, o qual perdurou até o final do século XIX (1885). Quanto aos mencionados rigores da *Law of Libel*, podemos destacar o fato de que até 1843, a verdade de suas acusações não era uma escusa com a qual os acusados de difamação (*libel*, que inclui, lembremos, a categoria de *sedition libel*, a forma criminal que encarna o crime de dissensão política por excelência) podiam contar. Assim, aqueles que fizessem uma acusação ou ataque a um agente público respondia criminalmente, pelo menos até essa data, mesmo que provasse que sua acusação era verdadeira. (O’BRIEN, 2005: 387).

Mas nossa intenção aqui é situar este esboço da situação da Liberdade de Expressão no sistema de *Common Law* com o que acontecia nos EE. UU. entre 1798 e 1801. E, naquele momento, dois partidos opostos defendiam concepções diferentes de Liberdade de Expressão. A questão, portanto, era o real significado dessa liberdade no sistema estadunidense.

Alguns constitucionalistas e teóricos políticos consideram que, inseridos que estavam os constituintes de 1791 na tradição de *Common Law*, sua intenção ao redigir a Primeira Emenda e inscrever a Liberdade de Expressão na Constituição não podia ser diferente daquilo que essa liberdade significava na tradição na qual estavam inseridos. E, na tradição em que estavam inseridos, Liberdade de Expressão significava ausência de censura prévia. Sua intenção, portanto, seria bloquear o estabelecimento da censura prévia, e que esse era o significado contido na linguagem da Emenda *naquele momento*. David O'Brien, por exemplo, afirma sem meias-palavras que

“A Emenda foi pensada para oferecer proteção apenas contra restrições prévias pelo governo nacional; ela não oferecia imunidade absoluta para qualquer coisa que falantes e impressores quisessem dizer ou publicar” (2005: 390; na mesma linha, SUNSTEIN, 1995: XIV-XV).

Apesar de esse tema ser controverso³¹, essa possibilidade retira bastante da atratividade de uma interpretação “originalista” da Constituição e da Primeira Emenda que nos remeta aos padrões do *Common Law*. Se a Liberdade de Expressão afirmada na Constituição era a mesma que havia sido herdada dos ingleses, como afirmavam os Federalistas, teríamos que lidar com várias consequências: não só a Lei contra a Sedição não seria inconstitucional, uma vez que trataria apenas do estabelecimento de punições *a posteriori* por *seditious libel*, e não do estabelecimento da censura prévia, como não poderia ser considerada uma restrição à expressão. E era isso que os Federalistas afirmavam. No começo de 1799, o próprio Congresso dominado pela maioria Federalista analisou um pedido de rechaço da Lei contra a Sedição, o qual foi rejeitado, como podemos imaginar, mas com um relatório reafirmando a constitucionalidade da lei com base em quatro argumentos: 1) A punição de

³¹ De qualquer forma, a tese de que a Primeira Emenda referia-se apenas à censura prévia perdeu um pouco de sua força quando um de seus principais defensores, Leonard Levy, afirmou, vinte e cinco anos após a publicação da obra em que defendia essa visão (*Legacy of Suppression*, de 1960), que apesar de que a lei fosse interpretada repressivamente, “a imprensa conduzia-se como a lei não existisse” (LEVY, 1985: 271 *apud* LEWIS, 2007: 5), já que, ao falar de homens públicos era inclusive “habitualmente grosseira”.

sedition libel não constitui uma restrição à liberdade de imprensa e de expressão, já que essas liberdades jamais incluíram a liberdade de cada homem publicar o que lhe aprouver sem expor-se às punições devidas, se fosse o caso; 2) As leis estaduais e nacionais jamais protegeram a publicação de escritos “falsos, escandalosos ou maliciosos” contra o governo; 3) a Lei contra a Sedição seria meramente declaratória do *Common Law*, “útil por tornar aquele direito mais conhecido e mais facilmente compreensível”, e 4) finalmente, com base numa interpretação constitucional de base exclusivamente semântica e numa argumentação um tanto confusa, o comitê do Congresso estabeleceu uma distinção entre a forma como a liberdade religiosa e a liberdade de expressão eram tratadas na Primeira Emenda, sugerindo que a restrição ao Congresso era mais absoluta e mais forte no que dizia respeito à primeira (“*Congress shall make no law **respecting** an establishment of religion or **prohibiting** the free exercise thereof*”) e mais frouxa no que respeitava à segunda (“*Congress shall make no Law **abridging** the Freedom of Speech, or of the Press*”). Para o comitê, a emenda proibia o Congresso de aprovar leis que limitassem a Liberdade de Expressão, mas podia aprovar leis que de alguma forma dissessem respeito a tal liberdade, o que era absolutamente vedado para a liberdade religiosa. A lei contra a Sedição seria uma lei que “dizia respeito” (“*respecting*”) à expressão e à imprensa (O’BRIEN, 2005: 391).

Os Federalistas iam além de afirmar que a lei não restringia a liberdade de expressão (sempre com base no padrão estabelecido na Inglaterra): de acordo com eles, a lei expandia o alcance dessa liberdade. Expandia-o por encampar duas novidades desconhecidas no Reino: a admissão da exceção da verdade (i. e., a possibilidade de a afirmação do réu não ser punível, quando verdadeira) e por estabelecer o julgamento por júri.

Nenhum deles, especialmente o julgamento por júri, era um elemento a se subestimar. Com isso, os Federalistas recorriam a esse elemento um tanto fluido e incerto na vida coletiva, mas que às vezes parece desempenhar um papel importante em momentos decisivos: a memória histórica. A reivindicação do julgamento por júri em casos de liberdade de expressão apelava à memória histórica por remeter a um dos mais ruidosos casos de Liberdade de Expressão do período colonial: o julgamento de John Peter Zenger, em Nova Iorque, na década de 30 do século XVIII. Zenger, um sujeito de pouca educação formal, era o proprietário do periódico *The New York Weekly Journal* (embora não fosse nem editor nem colunista do órgão), o qual, como era bastante comum nas publicações da

época, era ruidosamente *partisan* e faccioso (O'BRIEN, 2005: 389). A facção apoiada pelo jornal perdeu poder quando William Cosby se tornou o governador de Nova Iorque. Em 1734, o jornal de Zenger publicou, ao lado dos ensaios e cartas de Cato³², séries de poemas satíricos atacando o governador Cosby. No julgamento, Zenger foi defendido por um renomado advogado quacre, Andrew Hamilton. Este usou uma estratégia de defesa desafiadora dos princípios de *Common Law* que regiam a liberdade de expressão, justamente por apostar na exceção da verdade: insistindo que as acusações de Zenger eram verdadeiras — o que era irrelevante do ponto de vista estritamente jurídico. O juiz — apontado por Cosby -- condenou Zenger, mas o advogado recorreu ao júri, argumentando que deveria ser permitido ao réu provar a veracidade das acusações ao governador, e como tal oportunidade lhe não fora dada, o júri deveria absolver Zenger. O júri assim o fez, contra a vontade do juiz presidente e, evidentemente, contra a vontade do governador.

O'Brien afirma que “o julgamento de Zenger popularizou entre os colonos a luta contra a censura governamental por sedição”. (O'BRIEN, 2005: 389). Lewis, no mesmo sentido, afirma que a decisão foi “extraordinária” e que apesar de “não ter mudado formalmente a lei, reverberou pelas colônias e desencorajou processos posteriores por difamação sediciosa” (LEWIS, 2007: 4). Chafee afirma que houve, nas colônias da América do Norte, setenta processos por *libel* desde 1760, as quais resultaram em cinquenta condenações. Mas essas regras eram “odiadas no país desde que foram repudiadas pelo júri e pela população no famoso julgamento de Peter Zenger, impressor nova-iorquino, cuja narrativa tivera catorze edições antes de 1791.” (CHAFEE, 1967: 21) Os Federalistas criminalizavam o *seditious libel*, como os ingleses, mas o faziam através de uma lei que encampava boa parte do capital simbólico do caso Peter Zenger, que era relacionado, a um só tempo, com o nacionalismo anticolonial, com a defesa das instituições republicanas (no caso, o julgamento por júri), e, sim, com a liberdade de expressão (afinal, sua lei admitia a exceção da verdade).

³² “Cato” (ou Catão, em português) era o pseudônimo utilizado por dois jornalistas políticos ingleses de inclinação *whig*, John Trenchard e Thomas Gordon, cujos ensaios, publicados pela editora de Benjamin Franklin em 1721 na colônia, proclamavam a liberdade de expressão como o “grande baluarte da liberdade”, já que “nos países infelizes nos quais um homem não pode ser dono nem de sua própria língua, dificilmente ele pode ser dono de qualquer outra coisa”. Ver GORDON e TRENCHARD, 1995, volume 1: 110-7.

Como sabemos, o julgamento por júri é uma das liberdades mais valorizadas na tradição republicana do pensamento político, especialmente em sua vertente estadunidense. É de se notar que o júri está no centro do *Bill of Rights*: a quinta emenda protege o papel do Grande Júri; A sexta, o Pequeno Júri criminal; A sétima, o júri civil. Uma das emendas propostas por Madison, a que seria a décima quarta, se tivesse sido aprovada, garantiria o julgamento por júri contra os governos estaduais. O artigo III da Constituição estadunidense garantiu o julgamento por júri em todos os casos criminais federais (exceto nos casos de *impeachment*). Uma das objeções antifederalistas à Constituição, nos debates que precederam sua ratificação pelos estados, era o de que não havia previsão de júri civil, e esse argumento foi usado em favor da adoção do *Bill of Rights*, também. O único direito assegurado em todas as constituições estaduais entre 1776 e 1787 era o direito de julgamento por júri em processos criminais. A Declaração e Direitos do primeiro Congresso Continental, de 1774, dizia “Os respectivos colonos são titulares (...) do grande e inestimável privilégio de serem julgados por seus pares da vizinhança”. A Declaração sobre as causas e as necessidades de Pegar em Armas, de 1775 afirmava o “inestimável privilégio do julgamento por júri”. Finalmente, a Declaração de Independência condenava Jorge III e o Parlamento “por privar-nos, em muitos casos, dos benefícios do julgamento por júri”. (AMAR, 2000: 83).

O Constitucionalista Akhil Reed Amar é bastante enfático quanto à importância atribuída republicana do júri no pensamento político estadunidense, por

“proteger cidadãos comuns contra excessos governamentais. Jurados eram escolhidos na comunidade. Como no caso da milícia, eram cidadãos comuns, e não agentes permanentes do governo na folha de pagamento governamental. Da mesma forma como a milícia poderia contrabalançar um exército profissional e pago, o júri poderia impedir excessos de juízes e promotores poderosos e ambiciosos. (...) O Grande Júri, por exemplo, pode impedir qualquer processo que lhe pareça infundado ou malicioso, especialmente se suspeita que o Executivo esteja tentando usar seus poderes ilegitimamente para manter-se no poder através da perseguição de seus críticos políticos”. (AMAR, 2000: 84).

Como afirmou um antifederalista, jurados eram “sentinelas e guardiães do povo”. Um panfleto antifederalista citado por Amar ainda diz

“juízes sem a vigilância de jurados sempre se mostraram muito melhores amigos de governos que do povo. Tais juízes sempre serão mais desejáveis do que júris [a aspirantes a

tiranos], pelo mesmo princípio que um grande exército permanente é sempre desejável àqueles que desejam escravizar o povo.” (Apud AMAR, 2000: 84) ³³.

Segundo Amar, na época das agitações anti-inglesas dos anos de 1760 e 1770, Grandes Júris recusaram o processamento criminal de líderes dos protestos contra a Lei do Selo (*Stamp Act*) e contra editores patriotas (AMAR, 2000: 85). O que casos como estes e o de Peter Zenger demonstram é que os júris podem mostrar força no caso de processos que não gozam de sólido apoio popular. Entretanto, podemos perguntar: e quando se trata de defender o direito de expressão de minorias, precisamente contra as maiorias? O que dizer do direito de expressão de pessoas que defendem causas impopulares? Como reconhece Chafee, “Júris não são suficientes por si mesmos para estabelecer a liberdade de expressão” e “podem suprimir discussões políticas imprescindíveis em tempos de intolerância” (CHAFEE, 1967: 22-3). Veremos que a instituição do júri foi de pouca relevância quando se tratava de salvaguardar falantes contra a maioria, como foi o caso dos indivíduos e movimentos que protestavam contra a participação dos EE. UU. na I Guerra Mundial.

Antes disso, passemos à análise dos argumentos dos Republicanos por ocasião da polêmica em torno da Lei contra a Sedição.

2.2.3. O Argumento “Democrático” ³⁴ de James Madison

³³ Outro antifederalista, Elbridge Gerry, de Massachusetts, que fora delegado na convenção constitucional mas se recusou a assinar a Constituição e foi uma dos líderes do movimento contra a ratificação da mesma em seu (dele) estado (IRONS, 2006: 62), afirmou num discurso que dentre as razões que o levaram a recusar-se a pôr seu nome ao final do Constituição estava o fato de que ela estabelecia um “tribunal sem júris, que será a Câmara Estrelada [*Star Chamber*] do processo civil” (KETCHAM, 2003: 173).

³⁴ Sabemos que a muitos causará estranhamento a associação de James Madison e um argumento que coloca todo o seu peso no valor da soberania popular. A própria atribuição de um caráter “democrático” ao argumento é semanticamente objetável, já que, em conhecida passagem do Federalista número 10, Madison divide os “governos populares” em “Democracias” e “Repúblicas”, dissociando-se das primeiras e demonstrando clara predileção pelas segundas, entre outras razões pelo fato de que o governo republicano seria capaz de filtrar as paixões populares e de oferecer-lhes contrapesos. De fato, a filosofia política madisoniana é associada ao republicanismo do século XVIII, dificilmente conciliável com os ideais normativos das democracias contemporâneas embora haja coincidências entre ambos. Assim mesmo, contudo, decidimos manter a terminologia, pelas seguintes razões: 1) a soberania popular de fato foi a base do argumento que Madison utilizou para construir sua oposição à Lei contra a Sedição, como demonstraremos abaixo; 2) Os termos pertencem ao debate, e já estão estabelecidos; 3) Para os termos do debate a distinção é irrelevante, já que o nível de generalidade com que a soberania popular é invocada torna possível associá-la com qualquer gênero de “governo popular”. (Ver SUNSTEIN, 1995: xvii, n10).

A aprovação da Lei contra a Sedição em 1798 parece ter pego os Republicanos desprevenidos, e a reiteração da Constitucionalidade da Lei pelo Congresso em inícios de 1799 só fez aumentar a crise entre eles. Jeffersonianos e libertários, além de serem minoritários no Congresso, estavam de posse de um repertório de “argumentos pouco persuasivos, em parte por não estarem em acordo entre si, em parte por lhes faltar consistência em suas visões do escopo da liberdade de expressão e de imprensa”. Muitos deles sequer argumentavam contra as restrições à expressão em si mesmas, que não lhes pareciam problemáticas, mas contra o fato que quem as levava a cabo era governo federal. Para eles, processos por *libel* eram uma incumbência dos estados (O’BRIEN, 2005: 392).

Como dissemos anteriormente, Madison, que inicialmente se opôs a um *Bill of Rights*, tornou-se mais tarde um dos seus mais pertinazes defensores. Não apenas passou a defender a declaração de direitos enquanto tal, mas no contexto da crise desencadeada pela aprovação da Lei contra a Sedição, passou a defender uma interpretação ampla da aplicação da liberdade de expressão, ou ao menos mais ampla do que aquela oferecida pela tradição de *Common Law*, uma interpretação de acordo com a qual a liberdade de expressão significava mais do que a mera ausência de restrições prévias. Coube a Madison a formulação de um argumento coerente e persuasivo contra a *Sedition Act*. A persuasão do argumento vinha em parte de sua própria força, mas vinha também da autoridade de Madison, um dos autores e principais padrinhos da emenda.

Vimos que os Federalistas argumentavam em favor da Lei contra a Sedição enfatizando as continuidades entre o sistema de *Common Law* britânico e estadunidense, apesar da ruptura política. Dentro desse perspectiva, a Lei contra a Sedição seria uma expansão da Liberdade de Expressão. Madison atacou o argumento pela raiz, enfatizando o rompimento político com a ordem política e jurídica inglesa como fundamento de uma rejeição da repressão *a posteriori*, aceitável naquela ordem. Para ele, a liberdade de expressão só podia ser entendida de forma muito mais ampla do que aquela consagrada no sistema britânico pelo fato de que **a nova ordem, diferentemente do sistema britânico, repousava sua legitimidade sobre um governo popular**. Assim, o fundamento último da livre troca de argumentos entre os cidadãos está no fato de a ordem política como um todo – e a Constituição supostamente o provaria -- apoiar a soberania no corpo coletivo. Desse modo, a leitura “madisoniana” da Constituição vê o autogoverno e a soberania popular como o

princípio arquitetônico desse documento, em função do qual os demais princípios e normas deve(ria)m ser interpretados: se na Inglaterra a soberania pertence ao Rei, Madison afirma que “nos Estados Unidos, o caso é distinto. O Povo, e não o governo, é o titular da soberania absoluta”. (MADISON, 1999: 645). O apoio da soberania sobre o corpo coletivo requereria uma ampla revisão da teoria e da prática políticas inglesas, além de, como diz Sunstein,

“(…) trazer lições importantes para a liberdade de expressão. Criou um ambicioso sistema de ‘governo pela discussão’, no qual decisões são tomadas através de larga deliberação pública. (...) Para Madison, o que tornava inconstitucional a Lei contra a Sedição era, em última instância, essa nova concepção de soberania”. (SUNSTEIN, 1995: XVI e XVII).

A oposição aberta à Lei contra a Sedição estava vedada pela própria lei. Mas sabe-se que Madison, e, claro, Jefferson, atuaram nos bastidores, e podem ser considerados os articuladores da resolução das Assembléias da Virgínia (berço político de ambos), aprovadas pouco depois da aprovação das duas leis pelo Congresso, condenando severamente a Lei e declarando-a inconstitucional (no que foi seguida pela Assembléia do Kentucky). O texto da Resolução da Virgínia, vazado em linguagem que podemos considerar forte, afirmava, entre outras coisas:

“Que a Assembléia Geral protesta particularmente contra a palpável e alarmante infração da Constituição, em ambos os casos, das Leis “do Estrangeiro” e “contra a Sedição”, aprovadas na última sessão do Congresso; (...) e a outra das referidas leis [a lei contra a Sedição], exerce dessa maneira um poder não delegado pela Constituição, senão pelo contrário expressa e positivamente vedado por uma de suas Emendas; um poder que mais do que qualquer outro deve produzir alarme universal, porque é levantado contra o direito de examinar publicamente o caráter e as características públicas, e de comunicação entre o povo sobre tais coisas, o que justamente sempre foi considerado como o único guardião efetivo de todos os demais direitos.”³⁵ (VIRGINIA RESOLUTION AGAINST THE ALIEN AND SEDICTION ACTS, de 21 de dezembro de 1798, in: MADISON, 1999: 590).

³⁵ “That the General Assembly doth particularly protest against the palpable and alarming infraction of the Constitution, in the two cases of the “Alien and Sedition Acts”, passed at the last session of Congress; (...) and the other of which acts, exercises in like manner a power not delegated by the Constitution, but on the contrary expressly and positively forbidden by one of the Amendments thereto; a power which more than any other ought to produce universal alarm, because it is levelled against the right of freely examining public character and measures, and of free communication among the people thereon, which has ever been justly deemed, the only effectual guardian of every other right.”

O texto de Madison em que se baseia grande parte de nossa argumentação, é um texto de comentários reivindicativos das posições expressas pela Resolução da Virgínia, chamado de *On the Alien and Sedition Acts*, mas que pode aparecer citado como *Report on the Virginia Resolution* (assim a cita Sunstein, por exemplo), no qual Madison expõe com clareza e detalhe sua posição inequívoca sobre o que entendia por Liberdade de Expressão. E Madison desenvolve argumentativamente o que a Resolução da Virgínia apenas declara.

A Assembléia da Virgínia protesta contra a Lei contra a Sedição afirmando que esta: 1) exerce um poder não delegado pela Constituição; 2) que esse poder, ao contrário, é expressa e positivamente proibido por uma das emendas à Constituição; 3) que esse poder, mais do que qualquer outro, deveria produzir alarme universal. Madison, assim, enfrenta seus adversários desenvolvendo um argumento que vai por três frentes. Em primeiro lugar, o que absorve grande parte de seus esforços argumentativos, rejeita a herança do direito comum inglês, negando sua qualidade de fonte do direito estadunidense. Se antes da independência a *Common law* “fez parte dos códigos coloniais”, o sistema não era mais relevante para os EE. UU., já que a independência (ou a “Revolução”) fora feita precisamente para que não se usasse mais esse sistema jurídico (MADISON, 1999: 633-4). Como evidência da intenção de deixá-lo para trás, diz que os artigos da Confederação não trazem uma única sílaba ou sentença que nos permita crer que as regras de *Common Law* fossem fonte de direito nos EE. UU.. Mas, retoricamente ele pergunta: “Teria esta exclusão sido revogada, e a *Common Law* introduzida como lei nacional pela presente Constituição dos EE. UU?” (MADISON, 1999: 635). A resposta vem em seguida: “Há duas passagens na Constituição nas quais se encontra uma descrição das leis dos Estados Unidos”. “Em nenhuma delas”, diz Madison, “se conta o sistema de *Common Law* como uma das fontes de direito enumeradas no rol” (MADISON, 1999: 637-8). Madison compreende que, do ponto de vista retórico, não restará remédio a seus adversários se ele for capaz de quebrar o último elo de sua cadeia argumentativa, que reside precisamente na recepção da *Common Law* britânica pelo direito estadunidense. Que o direito comum britânico não era *em geral* uma fonte normativa válida para os Estados Unidos, já vimos. Mas é especialmente inadequado quando se trata de normatizar a liberdade de expressão, por ser incompatível com o texto da Primeira Emenda: “A reivindicação da lei [contra a Sedição] se dá com base na tese de que ela tem de ser entendida nos termos que lhe outorga a *Common Law*, então a

proibição só se refere a algo que está além do que lhe outorga esse sistema.” (MADISON, 1999: 644). Nesse sistema, a restrição proibida é a prévia, como vimos. Mas

“essa idéia de Liberdade de Expressão não pode jamais ser admitida na concepção americana dela. Seria uma piada dizer que nenhuma lei deve passar impedindo publicações [como diz o texto da Primeira Emenda], mas que leis podem ser feitas punindo publicações que fossem feitas” (MADISON, 1999: 644-5).

Madison investe também numa outra linha argumentativa: a das atribuições do Congresso, expressas na Constituição. O artigo primeiro do documento trata do Poder Legislativo. Sua seção tem 18 subseções, que correspondem a dezessete atribuições explícitas das quais o Congresso pode constitucionalmente encarregar-se. Entretanto, a dúvida reside no fato de que a décima-oitava corresponde à autorização de caráter mais aberto, pois diz que o Congresso tem o poder de “fazer todas as leis que sejam necessárias para levar a cabo propriamente os citados poderes, ou quaisquer outros poderes colocados nas mãos do governo dos EE. UU. por esta Constituição”. E é no caráter indeterminado dessa abertura que os Federalistas se apoiavam para afirmar que a Lei de 1798 estava de acordo com a Constituição. Para Madison, no entanto, A restrição à expressão não estava entre as atribuições do Congresso previstas nesse artigo:

“(...) o poder exercido sobre a imprensa na ‘Lei contra a Sedição’ pode ser encontrado entre os poderes expressamente atribuídos ao Congresso? Isso não pode ser afirmado. (...) O poder menos remoto associado à resposta a esta questão é o de ‘reprimir insurreições’, do qual se diz que implica o poder de *prevenir* insurreições (...) punir qualquer coisa que possa *conduzir* ou *tender* a elas. Mas não se pode dizer, pelo menos de modo plausível, que a regulação da imprensa, ou a punição de difamações, representem o exercício do poder de suprimir insurreições.” (MADISON, 1999: 642).

Finalmente, Madison fecha o cerco a seus adversários recorrendo aos argumentos que mais nos interessam aqui. Os argumentos que têm por base a soberania popular, ou o caráter popular do governo dos EE. UU., e que chamaremos aqui de “argumentos republicanos”. Esses argumentos, estreitamente vinculados com a tese de derrogação do direito comum britânico, são os que ajudarão a constituir a ortodoxia da doutrina da Liberdade de Expressão construída ao longo do século XX. As diferenças na forma como a liberdade de expressão é entendida nos dois países têm origem nas diferenças entre os respectivos sistemas políticos: “nos EE. UU. os direitos essenciais do povo estão guardados

tanto contra as ambições executivas quanto legislativas” e “não são apenas contra restrições prévias estabelecidas pelo Executivo, como na Grã-Bretanha, mas contra restrições legislativas também”, válidas “contra as penas legais subseqüentes” à publicação. “Sob esse ponto de vista”, portanto, “o estado da imprensa sob a *Common Law* não pode ser o paradigma de liberdade nos EE. UU.” (MADISON: 1999: 645). Assim, o argumento do caráter popular do governo se liga estreitamente com a rejeição que Madison faz da *Common Law*. Mas por que motivo o povo tem salvaguardas mais fortes nos EE. UU. (Contra o Executivo e o Legislativo) do que na Grã-Bretanha? Por que a liberdade inglesa é pequena para os EE. UU.? Porque

“A natureza de governos eletivos, limitados e responsivos, em todos as suas agências [*branches*], pode-se inferir que exija uma maior liberdade de oposição do que aquela que pode ser tolerada pelo espírito de um governo como o da Grã-Bretanha. Lá, é uma máxima a de que o Rei, uma magistrado hereditário e não-responsivo, não comete erros. E o Legislativo, que em dois terços de sua composição também é hereditário, não-responsivo, pode fazer o que lhe apraza. Nos Estados Unidos, os magistrados executivos não são considerados infalíveis, nem as legislaturas são consideradas onipotentes. E sendo ambas eletivas, são ambas responsivas. Não é necessário e natural que, sob estas diferenças de circunstâncias, que uma nestas circunstâncias diferentes graus de liberdade no uso da imprensa deveria ser contemplado?” (MADISON, 1999: 646).

São a eletividade e a responsividade política dos magistrados, características centrais do sistema republicano, que demandam uma ampla liberdade de expressão. Além do mais, algumas peculiaridades que a forma republicana de governo teria assumido nos Estados Unidos tornavam a livre troca de idéias entre os cidadãos um bem fundamental. Os poderes das autoridades sobre a imprensa tinham de ser limitados

“pela magnitude de alguns dos poderes atribuídos ao governo federal; pela duração peculiar exigida pelas funções de alguns de seus departamentos; pela distância peculiar da sede de seu funcionamento do grande corpo de seus constituintes; e pela dificuldade peculiar de circulação de alguma informação sobre ele por outro canal que não a imprensa.” (MADISON, 1999: 650-1).

Essas seriam razões para “amarrar as mãos do governo federal” para que elas “não toquem no único canal capaz de dar eficácia para sua responsividade perante seus constituintes.” (MADISON, 1999: 651), isso porque “informação e comunicação entre o povo” são “indispensáveis para o devido exercício de seus direitos eleitorais”. (MADISON,

1999: 653). Assim, “O direito de eleger os membros de um governo constitui a essência de um governo livre e responsivo. O valor e a eficácia desse direito dependem do conhecimento dos méritos e deméritos comparativos dos candidatos à confiança pública” (MADISON, 1999: 655). Para Madison, pouca importância tinha o argumento Federalista de que a lei, ao admitir a exceção da verdade (tornando não puníveis acusações que se provassem verdadeiras) não punia ataques ao governo, mas punia apenas ataques *falsos* ao governo. Madison compreendia que, na deliberação política não há apenas fatos. Há também opiniões. E em se tratando de “opiniões, inferências e observações conjecturais” o mecanismo de exceção da verdade era simplesmente irrelevante, pois “não estão sujeitos ao tipo de prova que pertence ao mundo dos fatos, quando levados perante um tribunal” (MADISON, 1999: 654).

Mas há ainda uma dimensão da liberdade de expressão que Madison incorpora a seus argumentos, e que merece importância: a liberdade de palavra, a um só tempo, exprime e guarda a igualdade política. Como nota Cass Sunstein, Madison valorizava enormemente a igualdade política (mas não a econômica), além da já notada “função deliberativa da política”. (SUNSTEIN, 1995: XVII). Uma vez que a lei veda críticas aos que ocupavam cargos públicos, como ficam as disputas eleitorais e políticas entre “aqueles que são e os que não são membros do governo?”. “Desigual”, responde ele. Os concorrentes aos cargos que não estivessem no posto estariam em situação desigual em face dos ocupantes desses mesmos cargos em busca da reeleição, já que estes últimos não poderão ser livremente criticados, enquanto aqueles outros sim. Diante de tal desigualdade política, pergunta Madison, “qual será a situação do povo?” que fará a escolha política? “*Not free*”, pois serão “compelidos a fazer sua escolha entre competidores cujos atos eles não poderão, por causa da lei, livremente examinar, discutir e verificar” (MADISON, 1999: 655).

Por todas estas razões é que “a comunicação livre é a única guardiã efetiva de todos os demais direitos”. A Lei contra a Sedição, assim, representava, na opinião do principal padrinho político da Primeira Emenda, uma “violação palpável” à liberdade de imprensa e de expressão (MADISON, 1999: 657).

Inspirados na autoridade da posição madisoniana e na substância de seus argumentos ressaltando a igualdade política e os princípios republicanos de governo é que muitos intérpretes contemporâneos da liberdade de expressão reivindicam uma interpretação

específica dessa liberdade a que chamaremos de “coletivista”, de forte coloração republicana, no sentido genérico que essa expressão tem na teoria política contemporânea. À discussão dessa vertente, que encontra seu primeiro formulador em Alexander Meiklejohn e em Cass Sunstein e Owen Fiss seus defensores atuais mais visíveis e conhecidos, dedicaremos os capítulos III e IV desta tese. Por ora, cabe dizer que o coletivismo teve uma grande influência no delineamento do sistema atual de liberdade de expressão. O sistema delineado pela Suprema Corte atribui a centralidade da proteção constitucional ao discurso político, de acordo com a interpretação de Meiklejohn, formulada nos anos 50 do século passado. Mas isso não é suficiente para os neocoletivistas, que são severos críticos do sistema delineado pela Corte. O que lhe falta, segundo os neocoletivistas é a necessária preocupação com a equidade política.

Mas antes de chegarmos a Meiklejohn e seus pretensos herdeiros contemporâneos, teremos de visitar o sistema de que lhes serve de alvo, a configuração atual da liberdade de expressão nos EE. UU.. O caráter do sistema jurídico que os Estados Unidos herdaram da Grã-Bretanha, no entanto, de desenvolvimento, mais que de ruptura, e de jurisprudência, mais que da lei, de construção lenta, feita na base da tentativa e do erro, e de força relativa do precedente, obriga-nos a dar um enfoque cronológico à formação do sistema atual. A partir deste ponto, teremos uma narrativa fortemente *descritiva* da evolução da forma como a liberdade de expressão se entende nos Estados Unidos. Os marcos dessa narrativa, como não poderia deixar de ser, serão os diversos casos chegados à Suprema Corte daquele país (embora vejamos poucos casos decididos em instâncias inferiores), cujas decisões foram, ao longo de cinquenta anos (entre as décadas de 20 e de 70 do século XX) dando a forma atual à liberdade de palavra.

2.3 O Século XIX

Para a bibliografia canônica em torno da Primeira Emenda, o período compreendido entre 1801 e os casos que se tornaram célebres do início do século XX parece não existir: as lutas sociais e controvérsias políticas que envolviam a liberdade de expressão são desconhecidas ou são tidas como insignificantes. Zechariah Chaffee Jr. expressa essa visão canônica, ao afirmar, em seu livro tornado clássico, que “Praticamente não havia discussão

judicial satisfatória sobre o significado da liberdade de expressão [antes de 1919]” (CHAFEE, 1967: 14-5). Se essa afirmação parece correta, devemos duvidar de outra afirmação que costuma acompanhar a esta: a de que não havia lutas sociais e políticas exigindo maior respeito e efetividade por essa liberdade. Recentemente, alguns estudos começaram a desafiar este mito e a preencher a lacuna dos “anos esquecidos”. Parte do período foi resgatado por David Rabban num livro de 1997, *Free Speech in Its Forgotten Years, 1870-1920*. Nesta tese, contudo, por diversos motivos, não poderemos dar a devida atenção a esse período, seja por ser ele ainda um tanto obscuro, apesar de esforços como o de Rabban, seja pela dificuldade de acesso à pouca bibliografia existente. Daremos, no entanto, um pequeno panorama do período.

De forma muito geral, podemos afirmar que durante a primeira metade do século XIX o governo federal libertou-se do fardo da censura. Não que esta tenha deixado de existir, longe disso: o fardo foi assumido pelos estados. Em 1833 a Suprema Corte decidiu, através de seu então Presidente, Marshall, que toda a *Bill of Rights* se aplicava apenas ao Governo Federal (LEWIS, 2007: 23). E o acirramento das tensões sobre a escravidão a partir de 1830 fez com que o tema progressivamente deixasse de ser um mero tabu, que devia ser evitado, para ser cada vez mais um assunto proibido. Assim, tanto no norte como no sul, abolicionistas e defensores da escravidão tomavam a iniciativa de punir a divulgação de informações sobre o tema. A censura, nesse caso, vinha tanto dos governos e instituições estaduais como da própria sociedade civil. O abolicionista William Lloyd Garrison, por exemplo, foi exibido seminu numa passeata pelas ruas de Boston. Em Illinois, Elijah Lovejoy³⁶ foi linchado por uma multidão enquanto tentava salvar da destruição o escritório e o maquinário de sua pequena editora. No estados do sul, a legislação era mais restrita, já que o discurso abolicionista foi considerado “incendiário”, “inflamatório”, e capaz de “provocar insurreições civis”, ou seja, tornou-se uma variedade especialmente punida de *sedition libel*. O “comitê de vigilância” de Columbia, na Carolina do Sul, ofereceu 1500 dólares pela condenação de cada branco que fosse pego distribuindo material abolicionista (OSTERTAG, 2006: 43). O sul inaugurou ainda uma nova forma de censura, a do correio. A partir de 1835, um chefe dos correios em Charleston, na Carolina do Sul tomou a

³⁶ Por ocasião desse assassinato, um amigo de Lovejoy afirmou: “Devemos lutar de forma mais empenhada para manter os princípios da livre discussão no caso de sentimentos e pessoas impopulares, já que em nenhum outro caso os esforços para sustentar tais princípios serão tão necessários”. (*Apud* CHAFEE, 1967: 4).

iniciativa de recusar-se a distribuir o correio abolicionista. Às vezes eram os chefes dos correios no norte que se encarregavam da censura, a pedido de seus colegas sulistas, impedindo a postagem de periódicos abolicionistas (OSTERTAG, 2006: 43). Apesar de o Congresso aprovar uma lei proibindo ações como essa, justamente por constrangerem a liberdade de expressão, os estados simplesmente a ignoraram. Durante a guerra civil, Lincoln era criticado no norte e no sul (supomos que por razões distintas), mas é fato que, apesar da relutância do Presidente, dois jornais nova-iorquinos foram fechados e seus editores presos por esse motivo (O'BRIEN, 2005: 394).

Os correios foram ainda o palco de outra batalha, travada em torno de uma lei federal: a Lei Comstock (*Comstock Act*). As vítimas habituais da Lei Comstock eram indivíduos libertários, preferencialmente aqueles que professavam alguma visão radical sobre a sexualidade. Tal lei foi aprovada pelo Congresso em 1873, e proibia a postagem de material considerado “obsceno”. Como a lei não definia “obscenidade”, a decisão do que podia ser enviado pelo correio ficava inteiramente nas mãos de empregados locais dos correios e de juízes. Os banimentos incluíam artigos defendendo nudismo nos banhos de mar, ou reconhecendo o direito da mulher de controlar seu corpo, ou ainda opondo-se à regulação legal do casamento, ou folhetos médicos indicando com informações claras sobre como ocorria a concepção. (RABBAN, 1997: 24). Este último caso envolveu um médico chamado Edward Bliss Foote, condenado a pagar uma pesada multa por escrever e publicar um livro no qual falava sobre o controle de natalidade.

O artífice por trás da lei foi Anthony Comstock, um “purista social”, como o chama David Rabban. Um veterano da Guerra Civil, na qual lutou como membro do Exército da União, Comstock estabeleceu-se em Nova Iorque a partir de 1867, cidade na qual se tornou um militante contra a obscenidade e o “pecado”. Em 1872, colheu seus frutos: Nova Iorque foi testemunha de um grande número de prisões de pessoas acusadas de vender literatura obscena, anticoncepcionais e remédios que induziam o aborto (RABBAN, 1997: 28). Com isso, vieram a notoriedade e a liderança de uma campanha nacional pela aprovação da lei que acabou sendo conhecida pelo seu nome. A “Lei pela Supressão do Comércio e da Circulação de Literatura Obscena e Artigos de Uso Imoral”, ou simplesmente Lei Comstock, criou o cargo de supervisor dos correios, cargo para o qual o próprio Comstock foi apontado dois dias da aprovação da mesma. Comstock exerceu a função até sua morte,

em 1915. Alguns números dão uma dimensão da prodigiosa obra desse homem ao longo dos 41 anos em que exerceu diligentemente sua função de supressão do “vício”: 160 toneladas de literatura obscena foram destruídas pelos cruzados. De cada quatro pessoas presas a mando de Comstock, três chegavam a ser condenadas. O escopo da cruzada ampliou-se devido aos relativos êxitos no combate ao seu alvo inicial, que era a pornografia comercial. A idéia de obscenidade encampada por Comstock passou a incluir o jogo, e posteriormente, a blasfêmia. Além de pornógrafos, portanto, o rol de suas vítimas passou a incluir “infieis” e os defensores do “amor livre” (que ele considerava “mais ofensivos à decência” do que a pornografia mais explícita (RABBAN, 1997: p. 30-1).

As controvérsias em que se envolveu Comstock foram muitas. Citamos aqui algumas, começando pela mais conhecida, envolvendo o *Cupid's Yokes*. Este livro, publicado em 1876, uma reivindicação do amor livre, foi escrito por Ezra Heywood, e defendia “a emancipação dos negros, o voto feminino, o trabalho e a transformação nas relações amorosas.” O compromisso de Heywood com a liberdade de expressão era tamanho que, mesmo sendo um abolicionista de longa data e militância, opôs-se à supressão de discurso contra a União, durante a Guerra Civil, o que lhe valeu certo mal-estar com seus companheiros de causa. Heywood dirigiu um periódico chamado *The Word*, o qual tinha uma seção chamada “A oposição” (*The Opposition*), dedicado a artigos críticos da visão do editor (RABBAN, 1997: 33-4). Não havia, no *Cupid's...* passagens que pudessem ser consideradas lascivas, segundo Rabban. As referências à atividade sexual eram pouquíssimas, de acordo com a mesma fonte. Mas Comstock, que considerava Heywood o apóstolo do “credo vil” do amor livre, e por isso processou-o em 1877, prendendo-o logo em seguida, após Heywood presidir uma conferência sobre o amor livre. Falando desse encontro, Comstock afirmou que podia “ver a luxúria em cada rosto”. (*Apud* RABBAN, 1997: 36). A corte limitou-se a examinar a questão fática: tinha Heywood de fato postado seu livro-panfleto pelo correio? O juiz afirmou ao júri que uma obra é obscena se qualquer parte dela tem uma “tendência imoral”. O resultado não podia ser outro. Para os jurados, Heywood era culpado de postar material obsceno, o que constituía uma violação da Lei Comstock. A defesa de Heywood apelou à Suprema Corte com base na Primeira Emenda, mas essa corte³⁷ afirmou que os correios não violavam a liberdade de expressão ao excluir

³⁷ 96 U. S. 727, 736 (1877).

da postagem “material danoso à moral pública”. Heywood foi multado e condenado a dois anos de prisão. (RABBAN, 1997: 36). As vítimas de Comstock foram muitas, como dissemos, mas a mais ilustre certamente foi o poeta Walt Whitman, já que o editor de seu livro “Folhas da Relva” chegou a ser notificado de que alguns trechos da obra eram obscenos. Whitman recusou-se a retirar a parte supostamente obscena da segunda edição do livro, o que levou o editor a interromper a publicação do mesmo (RABBAN, 1997: 41). Whitman não estava só, entre os escritores censurados por obscenidade. Balzac, Joyce, D. H. Lawrence e Flaubert faziam-lhe companhia.

Margaret Sanger, uma ativista defensora do controle de natalidade, foi outra das pessoas que tiveram problemas com a Lei Comstock. Fundadora do periódico feminista *Woman Rebel*, Sanger escreveu uma coluna para o *Daily*, um diário socialista de Nova Iorque, falando sobre gonorreia e sífilis. A coluna era parte de uma série chamada “O que toda garota deveria saber”. Com a censura, o jornal publicou um espaço em branco no lugar destinado à coluna, apenas com os dizeres: “O que toda garota deveria saber – Nada! Por ordem do Departamento dos Correios.” (RABBAN, 1997: 68).

Mas a sexualidade, a literatura e os conselhos médicos não eram as únicas vítimas do desprezo pela liberdade de expressão. Abolicionistas, feministas, anarquistas, livres-pensadores, defensores do amor-livre, defensores do imposto único, trabalhadores que integravam a central sindical de tintas anarquizantes, *Industrial Workers of the World* (chamados de *Wobblies*) e até membros do Exército de Salvação faziam parte dos silenciados (RABBAN, 1997: 89). A diversidade e a gama dos que foram calados permitem-nos afirmar que o contexto de repressão era generalizado. Uma militante *Wobbly*, trabalhadora e imigrante russa, ironizou a propalada liberdade de expressão nos Estados Unidos, afirmando que nesse país, assim como na Rússia, “Se você disser que o governo é ótimo e que a polícia é boa e gentil, você pode falar o quanto quiser” (*Apud* RABBAN, 1997: 100).

A militante *Wobbly* sabia do que falava, pois não houve grupo mais perseguido no começo do século do que o I.W.W. A organização resolveu reagir, desencadeando as chamadas lutas pela liberdade de expressão (*Free Speech Fights*): entre 1906 e pouco antes da entrada dos Estados Unidos na Guerra, a organização promovia protestos, piquetes, bloqueios de ruas, de calçadas, publicação de jornais, com o intuito de chamar a atenção

para a repressão que a organização sofria. Normalmente antagonizavam com o poder local em cidades pequenas, quando desejavam ocupar alguma esquina do centro para fazer proselitismo político e/ou provocar grupos antagônicos. Quase sempre, no entanto, tais protestos terminavam em mais repressão, com prisões e choques com a polícia. As táticas de repressão variavam desde a pressão a donos de salões para que não os alugassem para a realização de reuniões de *Wobblies* até prisões em massa, passando pelo confisco de jornais simpáticos ao movimento, bem como prisões de pessoas que vendiam tais diários (RABBAN, 1997: 82). Invariavelmente o grupo contava com a hostilidade do judiciário. Afinal, como disse Rabban, “nenhum grupo de estadunidenses era mais hostil às demandas por liberdade de expressão antes da I Guerra Mundial do que o judiciário, e não havia juízes mais hostis do que os juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos” (RABBAN, 1997: 15). As cortes estavam sempre prontas para apoiar o Congresso e as legislaturas estaduais em qualquer legislação destinada a suprimir obscenidade. Mas não se tratava apenas de puritanismo, e sim de uma intolerância de caráter mais geral. Ao desencadearem uma jornada nacional de luta pela liberdade de expressão, os *Wobblies* estavam reagindo à repressão dos discursos que alcançava quaisquer grupos “radicais”. Os processos criminais por *libel*, a cargo dos estados, não só continuaram a ocorrer, como aumentaram no último quartel do século XIX. Só nos últimos dez anos do século, entre 1890 e 1900, ocorreram mais de 100 processamentos. O assassinato do presidente McKinley em 1901 por Leon Czolgosz --um suposto anarquista-- preparou o terreno para o apoio da opinião pública à criminalização de toda propaganda política “radical”, como o socialismo, o comunismo, anarquismo, e de quaisquer expressões que advogassem a causa da Revolução violenta, ou mesmo do sindicalismo menos pretensioso. Isso, evidentemente, traduziu-se no plano legislativo, com o aumento das leis estaduais que tratavam com dureza o *sedition libel*. Ao final da I Guerra Mundial o quadro era ainda pior que no final do século XIX: nada menos que trinta e dois estados tinham lei contra o “sindicalismo criminoso” ou contra “sedição”. Mais de 1900 indivíduos foram perseguidos por *sedition libel*, e mais de 100 jornais ou panfletos foram censurados. (O’BRIEN, 2005: 394). Essa deterioração geral e progressiva da liberdade de expressão não foi sequer detida pela Décima Quarta Emenda à Constituição. Esse emenda, uma das chamadas “Emendas da Reconstrução” (assim chamadas porque feitas após o fim da Guerra Civil), estipulava que nenhum estado poderia

privar qualquer pessoa de “vida, liberdade e propriedade” “sem o devido processo legal”. Se hoje se entende esse texto como um comando dirigido aos estados para que respeitem integralmente as interdições e garantias individuais colocadas pela *Bill of Rights* (já que a Carta de Direitos valia unicamente contra o governo federal), nem sempre foi assim: a emenda não se traduziu, por exemplo, numa maior liberdade de expressão, talvez pelo desprezo que o judiciário dirigia a essa liberdade, como se se tratasse de um interesse de menor importância. Lewis afirma que a Suprema Corte lia o artigo prontamente como “garantidora de direitos individuais de propriedade contra a regulação estadual, mas num primeiro momento não o aplicou para proteger liberdades pessoais (...) como a liberdade de expressão.” (LEWIS, 2007: 24). A base teórica com que os tribunais suprimiam a expressão era um critério chamado de *Bad tendency test*. Se a expressão tivesse uma *inclinação para o mal*, deveria ser reprimida. Não é preciso muito esforço para adivinharmos a amplitude desse critério, que conduzia à repressão de qualquer idéia que parecesse heterodoxa à mente dos —supõe-se—vetustos juízes do século XIX.

Outra evidência do desprezo com que a liberdade de expressão passou a ser tratada está no fato de inúmeras organizações de defesa dos direitos civis —particularmente a liberdade de expressão— tenham surgido precisamente no final do século XIX e no início do século XX: podemos citar a *National Defense Association* (fundada em 1878, que provia ajuda a réus processados com base na Lei Comstock), a *Free Speech League*, criada em 1912, e, finalmente a *American Civil Liberties Union* (ACLU), fundada por Roger Baldwin em 1920.

Um dos líderes da *Free Speech League*, Theodore Schroeder, pode ser apontado como a figura mais importante no despertar da consciência sobre a importância da liberdade de expressão. Além de ser um militante e um organizador incansável, Schroeder, a quem H. L. Mencken descreveu em 1916 como a pessoa que “fez mais do que qualquer outra pela liberdade de Expressão nos EE. UU.” (*Apud* RABBAN, 1997: 54), é autor de um trabalho acadêmico de fôlego sobre a liberdade de palavra, segundo Rabban, que o aponta como “o mais destacado” comentador acadêmico da liberdade de palavra antes da I Guerra. Além do mais, escrevia sob a perspectiva do radicalismo libertário (RABBAN, 1997: 5). Seu trabalho de militante e de constitucionalista, contudo, foi obscurecido por seus sucessores:

“Assim como a ACLU obscureceu a *Free Speech League*, Chafee ignorou amplamente o volumoso trabalho acadêmico pré-guerra sobre a liberdade de expressão feito por Schroeder, ao mesmo tempo em que negava que leis proibindo a obscenidade violavam a Primeira Emenda.” (RABBAN, 1997: 303).

E de fato, se Zechariah Chaffe Jr. de certa forma obscureceu e desmereceu seus predecessores, particularmente a Schroeder, mas teve grande parte da responsabilidade na construção e na fixação dos padrões atuais da liberdade de expressão, pois supõe-se que tenha influenciado de modo decisivo o juiz Oliver Wendell Holmes, como veremos mais adiante. Há algumas evidências de influência de Chafee sobre Holmes. A primeira deles é o fato de que Oliver Wendell Holmes não era muito mais amigo da liberdade de expressão do que seus colegas de toga. O caso *Patterson v. Colorado*³⁸ é bastante emblemático disso. Se mais tarde o juiz Oliver Wendell Holmes Jr. tornar-se-ia um pioneiro na ampliação do valor constitucional da liberdade de expressão, isso não estava claro em 1907, quando o caso foi decidido. O caso levava o editor Thomas Patterson aos tribunais por críticas a um juiz, no estado do Colorado. De acordo com a antiga regra de *Common Law*, não foi permitido ao réu provar a veracidade de sua acusação. O juiz Holmes, já na Suprema Corte, e falando por ela, negou provimento ao recurso de Patterson baseando em argumentos blackstonianos e ecoando a lei inglesa contra *sedition libel*: afirmou que o principal propósito da garantia de liberdade de expressão era impedir “restrições prévias às publicações”, e não impedir a punição posterior daquilo que pode ser considerado “contrário ao bem-estar público”. Críticas públicas a um juiz poderiam diminuir o respeito social pela instituição. A única dissensão foi a do juiz John Marshall Harlan, que em apenas três parágrafos, e sem oferecer maiores justificativas, argumentou que já que a Décima Quarta Emenda incorporara a *Bill of Rights* contra os estados, a pena imposta ao editor violava a garantia de liberdade de expressão.

Este contexto extremamente desfavorável à discussão pública devia ser levado em conta antes que passássemos para a situação que desencadeou o início da mudança, e que teve entre seus agentes o mesmo juiz Oliver Wendell Holmes Jr., doze anos após a decisão no caso Patterson, em 1919. A situação que desencadeou uma maior abertura para a ampliação

³⁸ *Patterson v. Colorado* 205 U. S. 454 (1907), disponível em:
<<http://supreme.justia.com/us/205/454/case.html>>

da liberdade de palavra, contudo, e de modo paradoxal, foi mais um endurecimento da repressão à livre manifestação: envolveu, outra vez, a aprovação pelo Congresso, em 1917, de uma espécie de lei federal contra a *Seditious Libel*, por ocasião da entrada dos EE. UU. na I Guerra Mundial. Essa mesma lei foi emendada no ano seguinte, de modo a tornar-se ainda mais severa, jogando o país numa amarga controvérsia sobre a Liberdade de Expressão, que, em alguns aspectos, ecoava os acontecimentos de 1798, com a diferença de que a lei de 1917, chamada de Lei contra a Espionagem (*Espionage Act*), era muito mais dura do que sua antecessora de 1798. Esse episódio é que ocasionou o início do lento delineamento do que chamamos aqui de sistema atual de liberdade de expressão.

Em abril de 1917, o Congresso declarou guerra à Alemanha. A guerra teve o efeito de catalisar o chauvinismo no país. Críticas à participação do país na guerra eram extremamente malvistas. “Nomes alemães tinham de ser mudados. Chucrute [o prato típico alemão, feito de repolho azedo, chamado de *Sauerkraut*, na língua alemã] tornou-se ‘repolho da liberdade’”. Em Montana, estado que tinha comunidades alemãs numericamente expressivas, a língua alemã foi proibida em escolas e igrejas pelo Conselho de Defesa do estado. Na cidade de Lewistown, uma multidão dirigiu-se a uma escola, fez uma pilha de livros alemães e os queimou no meio da rua (LEWIS, 2007: 102). Nessa atmosfera é que se aprovou a Lei contra a Espionagem no Congresso, impulsionada pelo presidente Woodrow Wilson (LEWIS, 2007: 25) ³⁹.

No mês seguinte, aprovou-se uma lei que instituiu os critérios de recrutamento para a constituição do Exército Nacional. O então ministro da Justiça (*Attorney General*)⁴⁰, Thomas Watt Gregory, afirmou que “a oposição à conscrição militar é surpreendentemente pequena, considerando a persistente propaganda levada a cabo contra a lei e contra sua constitucionalidade”. Seu assessor, John Lord O’Brian, acrescentou: “Nenhuma propaganda anti-recrutamento tem a mais remota chance de sucesso”. Como instrumento de efetivação de suas políticas, o governo tinha à sua disposição diversos instrumentos legais aprovados durante a guerra civil que tornavam crime o impedimento efetivo da conscrição militar. De acordo com tais estatutos, não era crime tentar persuadir um homem a não se

³⁹ Isso porque o Congresso rejeitou a proposta que mais agradava ao Presidente, que criminalizava a publicação de qualquer afirmação que pudesse ser usada pelo inimigo (LEWIS, 2007: 107).

⁴⁰ O *Attorney General* é um cargo que combina –de forma aproximada-- as funções que têm no Brasil o Ministro da Justiça e o Procurador-Geral da República.

alistar voluntariamente, e, na medida em que uma conspiração só pode ser o resultado de uma obra conjunta ou coletiva, a tentativa infrutífera de um único indivíduo de impedir o recrutamento não podia ser enquadrada no tipo penal “conspiração”, e portanto estava além do alcance punitivo da lei. (CHAFEE, 1967: 36-7). Contudo, insatisfeito com os instrumentos legais de que dispunha, o governo patrocinou a aprovação de uma lei federal chamada de *Espionage Act*, a qual foi emendada e endurecida no ano seguinte. Em sua versão original, datada de 15 de junho de 1917, a Lei contra a Espionagem criava três novos tipos de crime, na terceira seção do Título I, punindo com “multa de até 10.000 dólares” e sentença de “até 20 anos de prisão”, ou ambos,

“1) Qualquer pessoa que, estando os Estados Unidos em guerra, deliberadamente fizer falsas afirmações com o intuito de interferir no êxito das forças terrestres ou navais dos Estados Unidos ou promover o sucesso de seus inimigos; 2) Quem quer que, estando os Estados Unidos em guerra, deliberadamente causar ou tentar causar, insubordinação, deslealdade, motim ou recusa ao serviço militar nas forças terrestres ou navais dos EE. UU.; 3) qualquer pessoa que obstruir deliberadamente o recrutamento ou o serviço de alistamento dos Estados Unidos, causando-lhe danos” (*Apud* CHAFEE, 1967: 39).

Onze meses mais tarde, em maio de 1918, a Lei contra a Espionagem foi ampliada e modificada por uma nova lei (que às vezes é sugestivamente chamada de *Sedition Act*, e que foi revogada posteriormente, mais precisamente em 1921) (CHAFEE, 1967: 40-1). A emenda à lei origina acrescentou crimes ao rol previsto na primeira versão. Incluiu o crime de tentativa no terceiro item descrito acima (o de obstruir o recrutamento militar), além de acrescentar outros nove tipos de crimes, para os quais se previa a mesma pena (multa de até dez mil dólares e/ou pena de até 20 anos de prisão), quais sejam:

“4) dizer ou fazer quaisquer coisas com a intenção de obstruir a venda de bônus dos Estados Unidos, a menos que seja de boa fé, e não aconselhamento desleal; 5) Afirmar, imprimir, escrever ou publicar qualquer em linguagem desleal, profana, insultante ou abusiva, ou numa linguagem destinada a causar desprezo, desdém, ofensas ou descrédito no que diz respeito à forma de governo dos Estados Unidos⁴¹; 6) Ou à Constituição; 7) Ou à bandeira; 8) Ou ao uniforme do Exército ou da Marinha; 9) Ou qualquer linguagem destinada a incitar a resistência aos Estados Unidos ou promover a causa de seus inimigos; 10) Incitando o corte de produção de bens necessários à consecução da causa da guerra com a intenção de dificultar esse objetivo; 11) advogar, ensinar, defender ou sugerir a realização

⁴¹ Chafee chama a atenção para o fato de que esse item, precisamente, ecoa a linguagem da Lei contra a Sedição de 1798, mas “é bem mais severa em suas penalidades”, para não mencionar a eliminação de possibilidades de defesa como “boas razões” e a exceção da verdade. (CHAFEE, 1967: 114n7).

de quaisquer desses atos; 12) palavras ou atos apoiando ou favorecendo a causa de qualquer país em guerra conosco, ou opondo-se a tal guerra.” (Apud CHAFEE, 1967: 41).

Esta lei e sua emenda trouxeram à tona o problema da Liberdade de Expressão. Como é de amplo conhecimento, a oposição à guerra era especialmente forte entre grupos socialistas, anarquistas e comunistas ao redor do mundo. Nos EE. UU., a linha de frente das organizações antiguerra era representada pelo Partido Socialista, pela central sindical *Industrial Workers of the World* e pela Liga pela Neutralidade (*Non-Partisan League*).

Uma simples leitura dos termos da lei também pode demonstrar-nos que não é difícil que um mero discurso condenando ou questionando a entrada dos EE. UU. na guerra poderia dar motivo para um processo criminal. E não foram poucas as criminalizações. Não podemos evitar, assim, alguns dos casos que chegaram aos tribunais, bem como a forma com as cortes os trataram. Dos casos de que trataremos, apenas um, que vem a ser o primeiro na nossa narrativa, não chegou a ser examinado pela Suprema Corte, mas mesmo assim decidimos incluí-lo, pela importância que a decisão de primeira instância acabou adquirindo posteriormente.

2.4 Os casos envolvendo a Lei contra a Espionagem

2.4.1 O Caso *Masses* e outros casos da primeira instância

O caso *Masses Publishing Co. v. Patten*⁴², foi julgado pelo juiz Learned Hand, do distrito do sul de Nova Iorque. A ação pedia ao juiz que corroborasse a decisão do chefe dos correios de Nova Iorque em sua decisão de excluir do serviço postal o número de agosto da publicação socialista *The Masses*, de periodicidade mensal que trazia poemas, artigos e charges atacando a participação dos EE. UU. na I Guerra. O editor ofereceu-se, tão logo soube da decisão de Burleson⁴³, chefe dos correios, de excluir a publicação do

⁴² 244 Fed. 535 (S. D. N. Y., 1917).

⁴³ De acordo com Chafee, Burleson excluiu do serviço postal não apenas jornais pacifistas ou pró-Alemanha, mas também um número do jornal *Public* que afirmava que o dinheiro para financiar a guerra deveria vir de um aumento de impostos, e não de empréstimos, ou um número do *Freeman's Journal and Catholic Register*, por reimprimir um texto de Jefferson sustentando a opinião de que a Irlanda deveria ser uma República (por isso ser considerado uma ofensa à Grã-Bretanha, um aliado dos EE. UU. na Primeira Guerra (CHAFEE, 1967: 98-9). As suscetibilidades britânicas parecem ter gozado de especial atenção nesse período, pois um filme chamado *The Spirit of '76* --que numa das cenas mostrava um massacre cometido pelas tropas britânicas

serviço postal, a suprimir as passagens apontadas por este como motivo de sua decisão, mas não foi atendido. Depois de iniciado o processo, o agente dos correios, apesar de declarar que todo o conteúdo do periódico era ilegal --que seu objetivo (do periódico) seria encorajar os inimigos dos Estados Unidos e obstruir o governo no manejo da guerra-- apontou quatro charges, além de um poema que declarava Emma Goldman e Alexander Berkman (os quais estavam presos por obstruírem o recrutamento) eram “forças da natureza”. Objetou ainda três artigos que louvavam o sacrifício dos objetores de consciência e declarava que Goldman e Berkman eram “amigos da liberdade estadunidense”.

Seria bom lembrarmos que a Lei contra a Espionagem dava respaldo à ação do chefe do correio, pois tornava não postável o material que violava as seções criminais citadas acima. A ação não questionava se o Congresso ultrapassara seus limites fazendo uma lei que criminalizava o desencorajamento da realização exitosa de uma guerra. O Juiz Hand recusou-se a considerar a lei como um instrumento de proibição de todos os meios de propaganda e como um instrumento de supressão de toda a opinião que não encorajava as políticas existentes de guerra e/ou que se mantinham dentro dos limites incertos (e, diríamos, estreitos) da “crítica equilibrada”. Para ele, a lei restringia-se ao âmbito militar. Hand afirmava ainda que a expressão permitida numa sociedade democrática não se baseia na decência, propriedade, justiça ou na temperança de seus argumentos, mas no grande perigo concreto de que cause um dano. Neste ponto é que a decisão de Learned Hand teve, por assim dizer --e dizemo-lo sem renunciar a nosso laicismo e agnosticismo-- uma dimensão profética e antecipatória. Afirmava ainda que nenhuma lei deveria reverter essa política nacional de liberdade de expressão e silenciar as críticas hostis, a menos que o Congresso o tivesse afirmado na lei de forma deliberada. A intenção do Congresso na Lei de 1917 não era essa, de acordo com o juiz Hand, já que para além da questão de o Congresso poder ou não criar uma censura da imprensa através da lei, ainda não o fizera. E já que os trechos do *The masses* escolhidos pelo agente dos correios não defendiam de fato

em Wyoming durante a guerra de Independência-- foi censurado previamente por uma corte federal, que acusava o filme de ser “calculado para inflamar as paixões de nosso povo ou de alguns dentre nós, de modo que eles se negarão a dar plena cooperação, assistência, simpatia e sacrifício devidos à Grã-Bretanha, nossa aliada” (CHAFEE, 1967: 10).

a violência, ele não tinha o direito de banir a revista do serviço postal. (CHAFEE, 1967: 42-4).

O cenário em que Learned Hand tomou sua decisão era um cenário extremamente hostil e desfavorável aos excluídos do correio, lembremo-nos. A decisão do juiz Learned Hand foi memorável pelo fato de rejeitar o *bad tendency test*, ao mesmo tempo em que fez uma construção interpretativa da Lei contra a Espionagem que exigia o incitamento direto a uma atividade ilegal antes que a punição pudesse ser levada a cabo (RABBAN, 1997: 6). Isso tratando da mesma lei que, segundo Zechariah Chafee, depois de analisar mais de dois mil processos baseados na Lei contra a Espionagem, deu sobrevida à doutrina do *Bad tendency*. Com base nessa análise, afirma que

“as Cortes tratavam opiniões como fatos e condenavam-nas como falsas porque diferiam do discurso do Presidente da República, ou da resolução do Congresso que declarou guerra. Quanto à segunda e terceira cláusulas contra causar insubordinação ou obstruir recrutamento, (...) quase todas as condenações foram por expressar opiniões sobre o mérito ou o demérito da condução da guerra” (CHAFEE, 1967: 51).

As condenações encontradas por ele incluem casos como a defesa do financiamento da guerra com base num aumento de impostos em vez de fazê-lo através da emissão de títulos federais, ou a afirmação de que a conscrição militar era inconstitucional uma vez que o tema ainda não fora analisado pela Suprema Corte, ou ainda a afirmação de que um referendo deveria ter sido convocado para decidir sobre a declaração de guerra, ou mesmo declarar que a guerra afrontava os ensinamentos de Cristo. Para piorar,

(...) Para serem consideradas crimes, não era necessário que expressões como estas fossem diretamente dirigidas a soldados ou a homens a ponto de serem incorporados às FF. AA.. A maioria dos juízes se contentava com a possibilidade de que as afirmações alcançassem tais homens. Tornaram impossível a alguém escrever um artigo ou mesmo uma carta a (n)um jornal de grande circulação passível de ser lida em algum campo de treinamento e poder causar insubordinação militar ou interferir no êxito da campanha guerreira. Não se pode dirigir a uma ampla audiência porque nela poderia haver uns poucos homens de uniforme. Alguns juízes consideravam ainda que a expressão era punível se entre o público houvesse homens entre 18 e 45 anos de idade, já que eventualmente eles poderiam ser eventualmente convocados para as FF. AA; Outros enfatizavam que poderia haver entre o público pessoas envolvidas na construção de navios e na fabricação de munições. Toda a discussão genuína entre civis sobre a justiça e a sabedoria de continuar uma guerra tornou-se perigosa.” (CHAFEE, 1967: 51-2).

Da mesma feita, questionar a guerra perante mulheres, mães, namoradas e pessoas queridas pelos soldados tornou-se um crime. Um juiz criminalizou o ato de dirigir a uma mulher a expressão “Estou a favor do povo e o governo a favor dos capitalistas [*profiteers*]”. Segundo ele, “nossos exércitos em terra e nossos navio no mar só podem agir e ser bem-sucedidos na medida em que são apoiados pelo pessoal em casa”⁴⁴. O júri considerou que a expressão “Sou a favor do povo...” era falsa, e podia interferir com o êxito das forças dos EE. UU. na guerra, e que constituía uma tentativa de causar insubordinação nas FF. AA., além de obstruir o recrutamento. (CHAFEE, 1967: 53). Num outro caso narrado por Chafee, dois homens bateram à porta de um sitiante pedindo-lhe um pouco de gasolina. O dono da casa não só lhes emprestou o combustível como os convidou para o jantar. Durante a refeição o tema polêmico acabou fazendo parte da conversa, e o sitiante mostrou-se menos patriótico do que seus hóspedes esperavam, isso na presença dos hóspedes, dois empregados, duas sobrinhas e algumas crianças. Os convidados denunciaram-no, e ele foi indiciado por tentativa deliberada de causar deslealdade, insubordinação, motim e recusa ao serviço militar e naval dos EE. UU. Um teuto-estadunidense não comprou títulos do governo e foi visitado em sua casa por um comitê, que lhe perguntou suas razões. Ele afirmou cortesmente que não queria tomar partido na guerra, razão pela qual foi lançado numa prisão até ser libertado por uma corte distrital (segunda instância do judiciário). (CHAFEE, 1967: 53-4). O clima de histeria nacionalista fica evidente em outros casos, como o de um pastor condenado a 15 anos de prisão por afirmar: “Não digo que é errado uma Nação ir à guerra para preservar seus interesses, mas é errado para cristãos ir à guerra, inequivocamente errado”. Um ex-soldado britânico, Wallace, foi condenado por dizer que “quando um soldado vai para a guerra é um herói, mas quando retorna com uma mão mecânica é um bunda [*bum(sic)*], e os asilos ficarão lotados deles. Os soldados dão suas vidas por capitalistas (...)”. Wallace enlouqueceu na cadeia e morreu em seguida. O mesmo juiz que o condenou, de Iowa, também condenou um cidadão que fez imprimir um panfleto que conclamava os eleitores de seu estado a não reeleger os congressistas que apoiaram a conscrição, e que afirmava que o recrutamento era inconstitucional. (CHAFEE, 1967: 56). Um homem opunha-se à venda de títulos para

⁴⁴ *United States v. Rose Pastor Stokes*, Bull. 106 (Mo. 1918), revd. In 164 Fed. 18 (C.C. A. 8th, 1920), apud CHAFEE, 1967: 52). Neste caso, Rosa Pastor Stokes foi condenada a dez anos na prisão, embora sua condenação tenha sido posteriormente revertida (CHAFEE, 1967: 84-5).

financiar a guerra, razão pela qual afirmou que aquela era “uma guerra do grupo Morgan, não do povo”, sendo sentenciado a três anos de cadeia por isso (CHAFEE, 1967: 74n). Como nos lembra Chafee, não há nada sobre títulos e bônus na lei de 1917, mas o juiz entendeu que o comportamento do homem encaixava-se nela porque um exército não podia ser mantido sem os títulos e “o governo não pode ver-se constrangido quanto a isso por oposição irracional”.

Esse conjunto de casos permite-nos compreender a afirmação de Chafee de que a liberdade de expressão enfrentou nessa ocasião o mais severo teste da história dos Estados Unidos (CHAFEE, 1967: 66), resultando em mais de duas mil condenações (LEWIS, 2007: 103), muitas das quais de pessoas que não representavam ameaça maior aos esforços de guerra dos Estados Unidos do que as que mencionamos acima.

2.4.2 Na Suprema Corte – Três Casos Unânicos

Vejamos agora os casos desse período que alcançaram a Suprema Corte, o que ocorreu apenas em 1919, quando o conflito bélico já terminara. A lei teve, portanto, o efeito de silenciar toda e qualquer oposição à guerra, impedindo a discussão sobre ela. Quanto a isso, não havia nada que a Suprema Corte pudesse fazer, exceto rever as condenações criminais impostas àqueles que, individualmente sofreram seus rigores. Como afirmou Chafee, os nove juízes da Suprema Corte “só puderam trancar a porta depois que o sino da liberdade já fora roubado”. Nem por isso o papel da Corte era pouco importante. Seu papel residia primordialmente na possibilidade de criar um precedente para futuros casos envolvendo liberdade de expressão em tempos de guerra. E naquele momento, a Corte analisou seis casos. Em três deles, todos analisados em 1919, teve uma decisão unânime. Em outros três, a decisão veio de uma corte dividida, na passagem de 1919 para 1920.

a) Schenck v. United States⁴⁵: a regra do “perigo claro e presente”

O caso Schenk foi um dos poucos casos no qual havia uma clara incitação à resistência ao recrutamento. Os réus enviavam cartas “em linguagem apaixonada”, como diz a

⁴⁵ *Schenck v. United States*, 249 U. S. 47 (1919), disponível em:
<http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0249_0047_ZS.html>.

sentença, a homens que estavam em processo de recrutamento, nas quais diziam que a conscrição militar era um ato de despotismo constitucional, instando-os a lutar por seus direitos. Como isso era uma interferência direta no poder do congresso de instituir um exército, e seria considerado ilegal mesmo dentro dos critérios do juiz Learned Hand, nenhuma questão de liberdade de expressão foi levantada. Tentou-se trazer a questão da constitucionalidade, mas o tema foi negado. A Corte manteve a condenação dos réus de forma unânime. (CHAFEE, 1967: 80-1). Que importância então teria o caso para a liberdade de expressão? Sua importância reside em que aqui –não se sabe se de forma deliberada ou se quase por acaso—começou-se a delinear um critério mais amplo de liberdade de expressão. Na sentença unânime de manutenção da condenação de Schenck, redigida pelo juiz Oliver Wendell Holmes, que escreveu pela Corte, constava o seguinte trecho:

“Admitimos que em muitos lugares e em tempos comuns os réus estariam no uso de seus direitos constitucionais por dizerem o que disseram na circular. Mas o caráter de cada ato depende das circunstâncias nas quais é feito (...). A questão em todo caso é se as palavras usadas são usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza que podem criar um perigo claro e presente capaz de trazer os males substantivos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau. Quando uma nação está em guerra, muitas coisas que podem ser ditas em tempos de paz representam um obstáculo tal aos seus esforços que sua afirmação não pode ser permitida enquanto homens lutam, e nenhuma Corte poderia considerá-la protegida por nenhum direito constitucional”.

Apesar de não especificados, os “males substantivos” significam a interferência exitosa numa atribuição constitucional do Congresso. Neste caso, o poder de declarar guerra e manter um exército. Esse poder só é efetivo se o Congresso puder remover aqueles que se postam no caminho obstruindo a efetivação de sua vontade, seja convencendo homens a não se alistarem, seja dando início a uma greve de recrutas. Além de punir atos que interferem na guerra, o Congresso poderia ainda impedir esses atos de ocorrer, penalizando *tentativas* de interferir no seu objetivo, seja por meio de palavras, seja por meio de ações. Mas essa tentativa de interferir com possíveis danos ao governo é a base de supressão de toda discussão. Com a intenção de dar efetividade à Primeira Emenda, Holmes desenha uma linha demarcando um critério.

É comum que estudiosos da Primeira Emenda e da liberdade de expressão, como Zechariah Chafee, tomem como muito certos dois pontos: 1)supõem que o juiz Oliver

Wendell Holmes, ao afirmar que uma expressão poderia ser suprimida apenas se representasse um “perigo claro e presente”, tivesse a intenção de utilizar um critério *diferente* daquele critério amplo estabelecido pelo *bad tendency test*, largamente dominante por então, e 2) que esse critério fosse mais generoso com as demandas pela liberdade de expressão. Ao menos nessa primeira decisão envolvendo a Lei contra a Espionagem, contudo, isso não está de nenhuma maneira claro, e um pouco de prudência nos faria considerar estes pontos como mais duvidosos e obscuros: a regra do “perigo claro e presente” foi pensada por Holmes para ser algo diferente do *bad tendency*? Se sim, essa diferença significava mais proteção para a liberdade de expressão? Não podemos deixar de notar a estranheza e a ambigüidade dessa decisão, que é, *ao mesmo tempo*, canônica pelas possibilidades que abriu, sem deixar de ser incerta, duvidosa, negaceando suas próprias promessas, pois a única coisa que ela propicia de forma imediata é uma repressão extremamente severa. Muitos notaram essa ambigüidade. David Strauss é um deles, pois chama a atenção para o fato de que

“O cânone da Primeira Emenda na Suprema Corte não começa com um sonoro dissenso de Holmes e Brandeis defendendo a liberdade de expressão. Começa em 1919 com *Schenck v. United States* –certamente um voto de Holmes, mas uma opinião majoritária, e uma opinião sustentando a repressão da expressão. (...) As palavras ‘perigo claro e presente’ podem ser tão conhecidas quanto, ou mais conhecidas que as palavras da própria Primeira Emenda. É razoável supor que muita gente acredite que tais palavras estejam no texto da Constituição. E em certo sentido elas estão: estas palavras, de uma sentença judicial, foram mais importantes para o desenvolvimento da lei do que as que de fato constam da Emenda.” (STRAUSS, 2003: 47-8).

O critério que vigia anteriormente sequer podia ser considerado verdadeiramente um critério, como vimos, por sua amplitude, e é hoje considerado insuportavelmente restritivo, pois retirava a proteção constitucional justamente às expressões que mais precisavam dela: aquelas que tinham uma “tendência para o mal”, incluindo aí tudo o que fosse capaz de causar incômodo. Há indicações de que Holmes não tinha a intenção de criar um novo critério, e muito menos a intenção de que esse novo critério fosse mais permissivo para os silenciados. A primeira indicação reside no fato de que sua sentença manteve a condenação do réu. O segundo indício está em que ele foi seguido por todos os juízes da Suprema Corte de então. Seria altamente improvável que todos os juízes da Suprema Corte tivessem rompido *simultaneamente* com toda a cadeia de precedentes estabelecida pela mesma

Corte. Há indícios semânticos, além do mais, a indicar que a regra do “perigo claro e presente” significava a mesma coisa que a *bad tendency*, ao menos na forma como veio à mente do juiz Holmes: na mesma sentença, ele afirma que o júri podia condenar os réus por considerar que sua “tendência” e “intenção” era obstruir o recrutamento. Rabban afirma sem meias tintas que “Holmes desenvolveu o conceito do ‘perigo claro e presente’ partindo de uma teoria judicial deferente à vontade majoritária e usou a frase como uma variante do ‘*bad tendency test*’” (RABBAN, 1997: 8). Na mesma página, Rabban aponta Chafee como o criador do mito de que o *clear and present danger* era um critério protetivo da expressão, o que permitiu a Holmes, em casos posteriores, rejeitar o *bad tendency* sem que fosse necessário repudiar suas próprias decisões anteriores, fortemente baseadas no critério mais repressivo.

O fato é que Chafee afirma ainda que a decisão de Holmes aproxima-o da decisão de Learned Hand no caso *Masses*. Parece ser uma interpretação benevolente demais para com o juiz, e que só viria a se tornar plausível à luz do que aconteceu posteriormente. Chafee afirma que, com essa decisão, Holmes “claramente torna impossível a punição de palavras por sua remota *bad tendency*” e “dá apoio à visão assumida por Learned Hand no caso *Masses*”, embora Chafee também seja capaz de reconhecer que a corte “interpretou a Lei contra a Espionagem de forma um tanto mais ampla que o juiz Hand, fazendo da natureza das palavras apenas um dos elementos de perigo”, e recusando o estabelecimento de um “padrão objetivo” (CHAFEE, 1967: 82). Numa linha um pouco mais cética que a de Chafee, Lewis observa que “este critério não é exatamente protetivo da expressão”, embora chame as palavras de Holmes de “délficas”, pois mais tarde elas acabariam oferecendo “uma fórmula para quando o discurso pode ser punido”. Lewis foi atrás das raízes da expressão, e encontrou que o próprio Holmes teria dito, anos mais tarde, que a expressão “perigo claro e presente” veio da discussão sobre crimes tentados em seu livro de 1881, *The Common Law*. Ali, Holmes afirma que uma tentativa de cometer um crime pode ser punida “se seu efeito natural e provável” seria a realização efetiva da ação criminal (*Apud* LEWIS, 2007: 26-7). Mas se a intenção de Holmes de deixar para trás a repressiva regra do *bad tendency* parece incerta e envolta em brumas, ao menos podemos ter a certeza de que a sentença do caso *Schenk* derrubou explicitamente quaisquer aproximações blackstonianas assumidas pela Corte anteriormente, inclusive pelo próprio Holmes, na sentença do já

citado caso *Patterson v. Colorado*: “Pode ser”, diz ele, titubeando, que a garantia de liberdade de expressão da Primeira Emenda “não se restrinja à restrições prévias (...) como foi estatuído em *Patterson v. Colorado*.”. De qualquer forma, naquele momento, como dissemos, a fórmula não serviu nem a Schenk nem a quaisquer dos réus dos outros casos decididos de forma unânime pela Corte, Frohwerk e Debs.

*b) Frohwerk v. United States*⁴⁶

Segundo Chafee, a condenação de Frohwerk é o resultado de uma estratégia jurídica equivocada, mais do que da dureza da legislação ou da insensibilidade dos tribunais diante dos direitos de expressão, já que “pacifistas impopulares” ou “radicais” frequentemente tinham (ou têm) dificuldade de encontrar um bom advogado. Frohwerk escrevera uma série de artigos num jornal de língua alemã --*Missouri-Staats Zeitung*-- sobre a constitucionalidade e os méritos do sistema de recrutamento e sobre os propósitos da guerra (CHAFEE, 1967: 82-3). Tratava-se de mera defesa de mudança de curso de uma ação política (no caso, a guerra), algo bastante distinto da obstrução de tal política, e não havia, nos artigos, nenhum esforço especial de atingir recrutas e/ou militares.

O Juiz Holmes, na decisão, afirmou que só precisava de mais evidências no processo para absolver Frohwerk, mas com as provas de que dispunha era suficientes para manter a condenação (de dez anos, posteriormente comutada para um ano pelo Presidente da República), já que tudo indicava que as circunstâncias e a intenção do agente (embora não suas palavras *per se*) satisfaziam o critério de proteção constitucional exigidas pela regra de “perigo claro e presente”.

*c) Debs v. United States*⁴⁷

O terceiro caso de decisão unânime da Corte envolve a pessoa mais conhecida a ser condenada com base na Lei contra a Espionagem: Eugene Debs. Então presidente do Partido Socialista dos Estados Unidos, Debs foi condenado por supostamente “causar insubordinação no exército e obstruir o recrutamento”, embora tudo o que fez tenha sido dirigir-se a militantes de seu partido – no âmbito de um encontro partidário no interior de Ohio-- afirmando que a guerra era fruto do capitalismo. Em algumas frases, elogiou a

⁴⁶ *Frohwerk v. United States*, 249 U. S. 204 (1919), Disponível em: < <http://supreme.justia.com/us/249/204/>>.

⁴⁷ *Debs v. United States*, 249 U. S. 211 (1919), disponível em: <http://supreme.justia.com/us/249/211/>.

coragem de pessoas que tinham sido condenadas com base na lei, terminando por afirmar que se a senhorita Stokes (mencionada acima, na nota 30) era culpada, ele também o era. Debs ainda contou à audiência que fazia pouco que visitara três homens presos numa cadeia próxima por auxiliarem outro homem a fraudar sua inscrição no recrutamento militar (LEWIS, 2007: 27). Nenhuma palavra era dirigida a soldados, e em nenhum momento Debs disse à platéia que esta deveria resistir ao alistamento militar, mesmo que ele considerasse o ato de lutar na guerra como algo deplorável. Ocorre que, no julgamento, Debs cometeu o equívoco de afirmar que quisera obstruir a guerra: “Eu odeio guerra. Eu me oporia à guerra mesmo que eu fosse o único a fazê-lo. Quando penso no aço frio de uma baioneta penetrado na carne branca de um ser humano, eu me contorço horrorizado”. (*Apud* CHAFEE, 1967: 85). Debs foi então condenado a 10 anos de prisão. Mesmo Chafee, que, como dissemos, é um entusiasmado defensor do juiz Holmes e do papel inovador de seu critério de perigo claro e presente, afirmou que “As afirmações de Debs são difíceis de serem conciliadas com os critérios estabelecidos pela Suprema Corte na regra do perigo claro e presente” (CHAFEE, 1967: 84). Em 13 de abril de 1919, Debs começou a cumprir sua pena de prisão, aos 63 anos. Concorrendo pela quarta vez à Presidência da República em 1920, desta vez de dentro da cadeia --e cumprindo pena por um crime de opinião-- recebeu quase 1 milhão de votos, mais do que recebera da última vez em que tinha concorrido ao mesmo cargo, em 1912. Foi solto em 1921 por decisão do Presidente Harding, mas não teve seus direitos políticos restaurados (CHAFEE, 1967, p. 84n).

Estes três casos, todos decididos por uma Corte unânime, não perfazem um conjunto animador para defensores da liberdade de expressão. Chafee concede o caráter desanimador do panorama, ao dizer que

“Estas três decisões, anunciadas em março de 1919 foram um grande choque para homens e mulheres progressistas, que se tinham consolado durante os julgamentos nos tempos de guerra com a esperança de que a Lei contra a Espionagem fosse invalidada ao ser analisada pela Suprema Corte. (CHAFEE, 1967: 86).

Oito meses após mandar Debs para a cadeia, contudo, a Corte começaria a despertar para o valor político do dissenso.

2.4.3 Na Suprema Corte – Os primeiros dissensos

a) O Caso *Abrams v. United States*⁴⁸

Oito meses depois de enviar Debs à cadeia, a Suprema Corte analisou o caso Abrams. Diferentemente dos casos mencionados acima, que ocorreram no âmbito da Lei contra espionagem original, ou seja, em sua versão de 1917, os réus deste caso tiveram sua condenação baseada nas emendas que se fizeram em 1918 a essa lei, endurecendo-a substancialmente, como vimos. Abrams e seus companheiros não foram processados por pacifismo abstrato, ou por expressarem simpatias às causas do inimigo germânico, mas por se oporem ao envio de tropas estadunidenses à Rússia, país com o qual os Estados Unidos não estavam formalmente em guerra, em meados de 1918.

Vamos aos fatos: em agosto de 1918, uma chuva de panfletos jogados da janela de uma fábrica surpreendeu as pessoas que passavam por uma esquina nova-iorquina. Parte dos panfletos tinha um texto em inglês, enquanto outro tanto continha um escrito em iídiche, nos quais se criticava o Presidente Wilson por sua decisão de enviar tropas à Rússia revolucionária. O folheto continha ainda um *post scriptum* que dizia: “É um absurdo chamarem-nos de pró-alemães. Odiamos e desprezamos o militarismo alemão mais do que o fazem vossos tiranos hipócritas. Temos mais razões para denunciar o militarismo alemão do que as tem o covarde da Casa Branca.”

A queda dos primeiros panfletos já mobilizou a Polícia da Inteligência Militar, que enviou dois agentes, que varreram o edifício andar por andar fazendo interrogatórios, até que Rosansky, um jovem imigrante russo, trabalhador de uma fábrica de chapéus confessou havê-los atirado. Com o depoimento dele, os policiais capturaram outras seis pessoas, todas russas, sendo cinco homens e uma mulher. O mais velho dentre eles, Adams, tinha 29 anos, e o mais jovem tinha 21 anos, a mesma idade da garota, Molly Steimer. Descobriu-se que

⁴⁸ *Abrams v. United States* 250 U. S. 616 (1919), disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=abrams&url=/supct/html/historics/USSC_CR_0250_0616_ZS.html. Os fatos e sentenças do caso Abrams são bastante conhecidos, e não há estudo sobre a evolução da liberdade de expressão nos E. UU. que não narre os fatos básicos do caso. Mas a riqueza de detalhes que procuro oferecer aqui foi retirada da narrativa minuciosa de Zechariah Chafee Jr., que dedica um capítulo inteiro de seu volumoso livro apenas ao caso *Abrams* (CHAFEE, 1967: 108-41). Não conheço nenhum outro autor que tenha feito a preciosa descrição do perfil ideológico do juiz Clayton, por exemplo, como fez Chafee. Daí foram retiradas as informações que são aqui reproduzidas. Por esta razão, no que diz respeito a este caso, (e unicamente no que diz respeito a este caso), as citações de Chafee serão feitas apenas com a indicação das páginas. As citações dos demais autores atenderão ao padrão da ABNT.

tinham uma máquina portátil (e precária, ao que tudo indica) de imprensa. Um dos prisioneiros morreu antes do julgamento. Os demais foram processados por violar a Lei contra a Espionagem de 1918. Tentativas de processar militantes bolcheviques por seus protestos contra a política dos EE. UU. em relação à Rússia tinham sido desencorajadas pelo Departamento de Justiça, uma vez que não havia base legal para tanto: nenhuma guerra fora declarada contra a Rússia. O que foi considerado sério do ponto de vista jurídico foi o apelo destes prisioneiros aos trabalhadores de fábricas de munição por uma greve geral, feito nos panfletos.

Nas instâncias inferiores, o caso foi tratado com uma grande severidade e com bastante desprezo pelos valores da livre discussão política. O perfil do juiz Clayton (traçado por Zechariah Chafee), que conduziu o julgamento na corte distrital, não era animador: natural do Alabama, vindo de uma família tradicional daquele estado, o juiz Clayton contava já com 61 anos. Não fazia muito que integrava o judiciário federal (desde 1914), e tratava-se de seu primeiro caso proeminente envolvendo a Lei contra a Espionagem. Esse perfil traz alguns indícios de alguém despreparado para lidar com as complexas demandas e valores envolvidos no caso (como o valor do dissenso numa sociedade democrática, por exemplo). A sugestão de despreparo aparece nas entrelinhas do perfil que Chafee faz do juiz. Mas a verdade é que Chafee escreve *a posteriori*, quando o despreparo e o autoritarismo do juiz já se tinham manifestado de modo pleno. Mas o fato de os fatos terem ocorrido numa cidade já então cosmopolita e protagonizada por imigrantes não é evidentemente, uma casualidade. O juiz, por sua vez, e estas são observações feitas por Chafee, vinha de

“um distrito remoto no qual as pessoas tinham concepções uniformes sobre a guerra, onde a classe trabalhadora é mais inclinada a uma atitude de submissão respeitosa à lei e à ordem do que à crítica das pessoas que ocupam altos cargos governamentais, onde não existiam russos e bolcheviques eram desconhecidos” (pp. 112-3).

Diante desse quadro extremamente desfavorável, a defesa usou duas estratégias: primeiramente, procurou reivindicar a declaração de inconstitucionalidade da Lei contra a Espionagem de 1918, por violar a liberdade de expressão; por outro lado, procurou defender a tese de que o comportamento dos réus não se enquadrava no tipo penal da lei, ou seja, tentou afirmar que a lei não abarcava o caso em questão. Sobre os fatos, não pesava

dúvida alguma. As provas eram cabais e sem contradições: tão logo os EE. UU. enviaram tropas a Vladivostok, na primeira semana de agosto de 1918, o grupo começou a encontrar-se no local, decidindo-se a protestar “contra o ataque à Revolução Russa”. Imprimiram cinco mil cópias de cada folheto e pararam por aí, por falta de fundos. Desses dez mil folhetos disponíveis, distribuíram-se nove mil. Não se apresentou evidência alguma de que alguém parou qualquer dos trabalhos de guerra ou sequer de que um único folheto tenha alcançado um único trabalhador das fábricas de munição. O principal objetivo do governo, no entanto, era provar uma *intenção de interferir com a guerra contra a Alemanha*. Se a intenção dos manifestantes era a de provocar greves em unidades produtoras de munição, isso poderia afetar o fornecimento de munições na guerra contra a Alemanha. (112-15).

Chafee aponta outro elemento que certamente influenciou o júri. Era difícil separar o esforço da guerra oficial, contra a Alemanha, do que ocorria na Rússia, uma vez que em 1918 havia a opinião generalizada de que os líderes revolucionários de 1918 eram agentes alemães⁴⁹, e o júri provavelmente tendia a confundir as simpatias bolcheviques dos acusados com germanofilia. O peso dessa questão no julgamento foi tamanho que em determinada altura o promotor público encarregado do caso teve de dizer que se a coisa continuasse como estava, “ver-nos-emos julgando a Lénine e a Trótski, o que eu não pretendo fazer. Já tenho bastante trabalho com esta gente que está aqui e Deus sabe que não irei até a Rússia tentar julgar ninguém por lá” (*apud* CHAFEE, 1967: 119). Abrams deve ter percebido isso claramente, pois afirmou durante o processo, que oferecera seus serviços “ao Presidente” para ir à Rússia lutar contra a Alemanha, mas tal permissão lhe fora negada.

⁴⁹ Lénine, lembremo-nos, foi acusado de estar a soldo do Estado-maior alemão, e baixou-se uma ordem de prisão contra ele durante o governo menchevique com base nessa acusação. No primeiro volume de sua monumental biografia de Trotski, Isaac Deutscher afirma que a acusação desencadeou “dois ou três dias” de “terror contra os bolcheviques”. Trótski defendeu Lénine e o partido bolchevique (“em meio a constantes protestos”) no soviete com as seguintes palavras: “Lénine lutou durante trinta anos pela revolução. Lutei vinte anos contra a opressão das massas populares. Na podemos senão odiar o militarismo alemão. Somente quem não sabe o que é um revolucionário pode dizer outra coisa. (...) Não permitimos que ninguém nesta sala diga que somos mercenários alemães, pois esta é a voz (...) da vilania”. (*Apud* DEUTSCHER, 2005: 339). Páginas adiante, Deutscher afirma que o decreto de paz bolchevique e a decisão de retirar a Rússia da Guerra deixaram emissários da França e da Inglaterra “tão desorientados para explicá-la que se inclinavam a aceitar qualquer história que a justificasse. Estavam mais ou menos convencidos de que Lénine e Trótski eram realmente agentes alemães e que oficiais alemães é que haviam dirigido de forma de forma tão eficiente e rápida a insurreição de Outubro” (DEUTSCHER, 2005: 421).

Diante desse quadro de histeria, a tarefa do juiz era orientar os jurados identificando o que estava sob julgamento e o que devia ser afastado. Deveria ter-lhes deixado claro, por exemplo, que a oposição à política dos EE. UU. para com a Rússia não era em si mesmo um crime. Deveria ter esclarecido que o que estava sob julgamento não era a natureza do bolchevismo. Mas não o fez: o juiz também parecia ansioso por condenar os réus por suas opiniões políticas, ao invés de analisar se suas ações se encaixavam num tipo penal específico, e se esse tipo penal se encaixava nos ditames da Constituição. A transcrição de trechos do julgamento feita por Chafee deixa isso claro. No momento em que o veredito foi anunciado, o juiz Clayton teria dito a Abrams: “Você continua falando sobre produtores. Agora eu posso perguntar por que você não sai e produz alguma coisa?”⁵⁰ No dia seguinte, no anúncio da sentença, repetiram-se os abusos do juiz: Lipman, chamado a dar um passa à frente, foi interrompido pelo magistrado ao pronunciar a palavra “democracia”: “Você não sabe nada de democracia.”, disse o juiz Clayton, interrompendo-o, e prosseguiu:

“A única coisa de que você entende é do inferno da anarquia. Estes prisioneiros falaram sobre capitalistas e produtores, e eu tentava descobrir o que um capitalista e o que um produtor são, tais como vistos pelos seus olhos. Após escutar cuidadosamente ao que eles tinham para dizer, cheguei à conclusão de que um capitalista é um homem com uma muda decente de roupas, um mínimo de US\$1,25 no bolso, e um bom caráter. E quando tentei descobrir o que os prisioneiros tinham produzido, fui incapaz de encontrar algo. Até onde pude saber, nenhum dentre eles jamais produziu sequer uma batata. A única coisa que eles sabem fazer crescer é o inferno, para dirigi-lo contra o governo dos Estados Unidos. (...) Mas nós não vamos ajudar a pôr em prática os planos desenhados pelo Governo Imperial Alemão, os quais estão a ser implementados por Lênine e Trótski. Ouvi falar do triste destino das pobres filhinhas do Czar. Mas não quero falar sobre isso agora, pois eu poderia ficar bravo. Vou sentenciar os prisioneiros”. (*Apud* CHAFEE, 1967:126-7)

Apesar de não haver nada em todo o processo que demonstrasse que qualquer dos acusados se opusera com ações à guerra contra a Alemanha ou que tivera qualquer intenção exceto a de protestar contra a intervenção estadunidense na Rússia, as penas foram severas. Um dos acusados foi inocentado por falta de prova de sua conexão com os folhetos, é verdade, mas os demais réus (Abrams, três outros homens e Molly Steimer, a garota) foram condenados por violação de quatro itens da Lei contra a Espionagem, em sua versão de 1918, com as seguintes sentenças foram as seguintes: Rosansky recebeu uma pena de três

⁵⁰ Abrams e Lachowsky eram encadernadores de livros. Lipman produzia casacos de pele, Rosansky trabalhava na fábrica de chapéus e Molly Steimer trabalhava numa confecção. (p. 127, n21).

anos; Molly Steimer recebeu quinze anos e 500 dólares de multa; Lipman, Lachowsky e Abrams receberam a pena máxima: 20 anos de prisão, além de mil dólares de multa a cada um. Como observou Chaffee, “se eles tivessem realmente conspirado para fechar todas as fábricas de munição do país e tivessem sido bem-sucedidos, e punição não poderia ser maior do que a que receberam.” (p. 128). Ao ouvir a sentença, Lipman afirmou: “Eu não esperava nada melhor”. “E eu devo acrescentar”, respondeu o juiz, “que você não merece nada melhor”. (p. 127). Passados quinze dias dessa condenação, a Alemanha se rendeu⁵¹.

A prisão de civis por militares nas ruas de Nova Iorque, a apreensão ilegal de provas, o fato de o juiz ter ignorado questões fundamentais de fato, para não mencionar o tratamento reservado aos réus durante o processo --o que permitiu ao júri condenar o grupo por suas simpatias russas e por seu anarquismo, a aplicação da pena máxima a alguns dos réus (que o bom senso estimaria que estivesse reservada a algo como um formidável golpe de Estado pró-alemão) como punição a circulares de cinco obscuros e jovens estrangeiros, todos estes fatores foram insuficientes para fazer a Suprema Corte reverter a decisão. A Corte não só manteve a sentença, mas o fez por folgada maioria: sete juízes aprovaram-na, com o juiz Clarke falando pela maioria, que justificou sua decisão afirmando: “Esta não é uma tentativa de mudança na legislação através de discussão cândida.” Mas Chafee pergunta, com ecos madisonianos: Se apenas a discussão “cândida” é protegida pela Primeira Emenda, o seu valor como instrumento de salvaguarda do poder popular de revisar os atos do governo é *nil*. (CHAFEE, 1967: 124). Oliver Wendell Holmes dissentiu, e seu voto dissidente foi acompanhado por seu colega Louis Brandeis. É esta dissensão que vai ocupar nossa atenção agora.

Antes de continuarmos, contudo, caberia apontar alguns limites colocados à Suprema Corte na tarefa de rever essa decisão o caso: um dos limites diz respeito aos fatos, que haviam sido cabalmente provados. Outro ponto imutável era o veredito. As questões levadas à Corte foram as seguintes: questionava-se a intenção dos agentes de violar os

⁵¹ Em novembro de 1921, contudo, os prisioneiros foram libertados sob a condição de que voltassem imediatamente à União Soviética às suas próprias custas (p. 140). Lewis afirma que, descontentes com o que viram, Molly Steimer e Jacob Abrams mudaram-se para o México. Hyman Lachowsky e Samuel Lipman permaneceram na União Soviética, onde morreriam vítimas do estalinismo e do nazismo, respectivamente (LEWIS, 2007: 37).

artigos terceiro e quarto da Lei contra a Espionagem, e, mais importante, questionava-se a constitucionalidade do uso desses dois artigos para reprimir os folhetos (p. 128).

A decisão de Holmes foi bastante distinta das decisões anteriores quanto à *Espionage Act*, embora seu autor não as tenha colocado em dúvida em nenhum momento. “Os EE. UU. têm o direito”, disse ele, de “punir o discurso que produza ou tenha a intenção de produzir um perigo claro e iminente que trará de forma imediata certos males substantivos”. Ao reafirmar seu critério de “perigo claro e presente”, acrescentou-lhe dois adjetivos: iminente e imediato. Perceba-se que não basta que a expressão possa causar dano. Nem que seja provável a ocorrência do dano. Para reprimir a expressão, é preciso que o eventual dano trazido por ela seja iminente, e, desnecessário dizer, sério. E continuou:

“Ninguém pode supor que a publicação de um folheto tolo por um desconhecido, sem mais, possa representar perigo imediato de que tais opiniões sejam um obstáculo ao sucesso das armas do governo(...) Neste caso, as sentenças de 20 anos de prisão foram impostas pela publicação de dois panfletos que eu acredito que os réus têm tanto direito de publicar quanto o governo dos Estados Unidos tem de publicar a Constituição, em vão invocada pelos réus neste caso. (...) Devemos estar eternamente atentos para as tentativas de censurar as expressões que detestamos”.

Holmes chamou os panfletos de “pobres e lamentáveis obras de figuras anônimas” e disse que mesmo que se tratasse de uma ilegalidade, uma “punição nominal” seria justificável, a menos que eles estivessem sendo punidos por suas opiniões radicais, opiniões, disse ele, “que considero o resultado da ignorância ou da imaturidade”, mas que “ninguém tem o direito sequer de considerar trazer diante de um tribunal”.

Não é fácil deixar de atentar para a mudança no tom e no resultado das decisões de Holmes. O que haverá ocorrido nos oito meses que separam a última das decisões unânimes e condenatórias (em *Debs*) e o primeiro dissenso, (em *Abrams*)? como Holmes mudou tanto de idéia em tão pouco tempo? Algumas hipóteses já foram levantadas, e as que Lewis, por exemplo, levanta, são as seguintes (LEWIS, 2007: 29-32): pode ser que Holmes se tenha sensibilizado diante da saraivada de críticas –vindas de acadêmicos e comentaristas que o admiravam-- pela decisão do caso *Debs*. Também conta com certa plausibilidade a hipótese de que Learned Hand (lembremos, o juiz do caso *Masses*) o tenha influenciado. Sabe-se que ambos se encontraram num trem em 1918. Tem-se a impressão de que falaram a respeito de liberdade de expressão, pois trocaram cartas a respeito do tema logo em seguida. Na decisão de *Masses*, como vimos, Hand dissera que a incitação direta à

resistência violenta podia ser punida, mas não a expressão que meramente criticava a política governamental, não importando o quão destemperada fosse essa crítica. Acrescentou, na decisão, que um país com este sistema constitucional dependia da “livre expressão de opinião como a última fonte de autoridade” (*apud* LEWIS, 2007: 30)⁵², um argumento com reminiscências madisonianas. Essa hipótese, contudo, tem contra si argumentos dotados de alguma força. Um deles baseia-se no fato de que a decisão de Hand no caso *Masses* foi derrubada pela Corte de Apelações (a segunda instância), e de acordo com o peculiar código de prestígio e de capital simbólico do Judiciário, seria pouco provável que um juiz da Suprema Corte se deixasse influenciar por um juiz de primeira instância que tinha decisões reformadas pela segunda instância. Isso não inibiu Hand, que escreveu a Holmes após a decisão do caso *Debs*, dizendo que uma expressão deveria ser punida apenas quando fosse uma “incitação direta” a uma ação ilegal. Disse ainda que não era correto deixar que júris decidissem se palavras têm uma “tendência” a algum resultado ruim. Holmes não foi nada receptivo a tais conselhos e tentativas de influência, pois lhe respondeu que temia “não ter entendido” o que Hand lhe quisera dizer (*Apud* LEWIS, 2007: 30).

A hipótese mais provável é a de que o acadêmico que nos serviu de fonte para boa parte desta narrativa dos episódios envolvendo a *Espionage Act* é que tenha sido a influência decisiva sobre Holmes. Zechariah Chafee Jr., professor de direito em Harvard, publicou um artigo no número de junho de 1919 da *Harvard Law Review* chamado *Free Speech in War Time*, no qual defendia que a Primeira Emenda dava ampla proteção à expressão política *mesmo em tempos de guerra*. Chafee dizia ainda que a intenção dos autores da Constituição era a de borrar o sentido que o direito comum inglês atribuía a essa liberdade, tornando para sempre impossível nos Estados Unidos a criminalização das críticas ao governo, sempre que feitas sem incitação à violação da lei⁵³. Em vez de atacar as três decisões da Suprema Corte de 1919, no entanto, e como ficou patente algumas páginas acima, Chafee elogiou a regra do “perigo claro e presente” desenvolvida por Holmes, afirmando que ela tornava impossível a punição de palavras por sua suposta *bad tendency*. O que podemos saber com certeza é que Holmes leu o artigo, pois escreveu a Chafee anos

⁵² Para mais detalhes sobre o caso e a sentença, ver CHAFEE, 1967: 42-51

⁵³ Esse artigo Chafee foi incorporado (com modificações) ao seu livro de 1967 que vimos citando nesta tese (*Free Speech in the United States*).

depois uma carta na qual afirmou que com ele teria “aprendido” sobre as raízes históricas da Primeira Emenda. (*Apud* LEWIS, 2007: 31).

Mas a opinião de Holmes foi uma simples dissensão, como dissemos, e não prevaleceu, ao menos não naquele momento. O único juiz da Corte que aderiu a ela foi seu amigo Louis Brandeis. A partir desse momento, uma batalha estabeleceu-se na Corte. Decisão após decisão, e diante do ceticismo da maioria da Corte –cujo apoio jamais angariavam-- Holmes e Brandeis reiteravam seu entendimento do que significava a Primeira Emenda. A admirável persistência de ambos⁵⁴, contudo, é que acabou prevalecendo sobre as decisões da maioria. Mas entre 1919 e 1927, todas as formas de expressão vibrantemente críticas do governo e de políticas governamentais, partissem de pacifistas, partissem de defensores de mudanças estruturais na sociedade, como socialistas, comunistas e anarquistas, depararam-se com uma Corte que lhes virava as costas. A racionalidade por trás das decisões da Corte era simples, e já nos referimos a ela: para seria racional para o governo punir tais discursos pelo fato de que deles poderia advir algum tipo de consequência negativa –mesmo que o risco real de um dano importante fosse remoto. O que Holmes e Brandeis compreenderam foi que essa *rationale* permitiria que qualquer discurso dissidente fosse suprimido de forma demasiadamente fácil, e que toda crítica ao governo é capaz de causar algum “dano”, podendo encorajar os ouvintes a violar a lei ou a norma que o falante critica, ao menos (STRAUSS, 2002: 50). Veremos, agora, alguns dos casos posteriores a *Abrams*, nos quais as opiniões da dupla ainda não se tinham tornado hegemônicas.

*b) Schaefer v. United States*⁵⁵

Este caso resultou em sentenças dois e de cinco anos. Os réus eram cinco sócios da empresa responsável pela publicação de um pequeno jornal de língua alemã, o *Philadelphia Tageblatt*. Os editores foram condenados por traição pela publicação de quinze artigos torcendo pelo sucesso da Alemanha na guerra e questionando a sinceridade dos argumentos estadunidenses para entrar no conflito. O jornal era tão pobre que não podia pagar por um serviço telegráfico, e “enchia suas colunas com *clippings* de outros jornais” (CHAFEE,

⁵⁴ David Strauss demonstra espanto com a persistência da dupla (STRAUSS, 2002: 49). No mesmo sentido, KALVEN, 1988: 158.

⁵⁵ *Schaefer v. United States* 251 U. S. 468 (1920), disponível em: <http://supreme.justia.com/us/251/466/>.

1967: 87), sem indicar-lhes a fonte. Mas sequer este tipo de plágio a pequena publicação era capaz de fazer: ao traduzir as notas, o diário inflava as notícias com ardor patriótico alemão de modo a dar uma luz favorável àquele país, especialmente quando se tratava das novidades da frente de batalha. Como a base para a condenação fora o primeiro artigo da Lei contra a Espionagem (“*publicar falsamente afirmações com o intuito de interferir com a condução da guerra*”), a falsidade alegada pelo Estado não era a falsidade dos artigos originais, mas da versão –se é que podemos usar este termo—usada pelo *Tageblatt*. Por ausência de responsabilidade pelos artigos, as sentenças de dois dos réus foram anuladas pela Suprema Corte. A condenação dos outros três (dois dos quais a cinco anos de prisão, e o outro a dois anos de cadeia) foi mantida pela Suprema Corte por uma maioria de seis juízes (dentre os nove), cuja opinião foi escrita pelo juiz McKenna. Brandeis escreveu a opinião dissidente por si mesmo e por Holmes, enquanto uma dissidência separada foi escrita pelo juiz Clarke (que falou pela maioria –condenando os réus-- no caso *Abrams*). Clarke dissentiu não por considerar que a Primeira Emenda protegia os réus, mas por questões técnicas envolvendo a instrução do júri durante o julgamento (CHAFEE, 1967: 87). O dissenso de Brandeis deixava bem claro qual bem lhe parecia digno de proteção, e os ecos madisonianos da sentença dissidente são indisfarçáveis:

“Sustentar que tais inofensivas alterações ou omissões noticiosas e que as expressões impotentes de opinião editorial a que tivemos acesso possam oferecer base para um processo criminal, sem dúvida alguma desencorajará a crítica das políticas governamentais.”

c) *Pierce v. Unites States*⁵⁶

O último caso dos que vamos citar aqui mostrando uma corte dividida no imediato pós-guerra é caso *Pierce v. United States*. Os réus desta vez eram três distribuidores locais de *The price we pay*, um panfleto escrito por St. John Tucker, um clérigo episcopal proeminente, publicado pela direção nacional do Partido Socialista, sediado em Chicago. Tratava-se de uma denúncia genérica das guerras, com algumas referências particulares à guerra do momento e afirmando que sob o socialismo coisas como aquela não ocorreriam. Sete juízes mantiveram a condenação, aderindo à sentença escrita pelo juiz Pitney, que tinha como base o artigo da Lei que criminalizava a disseminação de informações falsas

⁵⁶ *Pierce v. Unites States* 252 U. S. 239 (1920), disponível em: <http://supreme.justia.com/us/252/239/>.

que pudessem impedir o êxito dos EE. UU. na guerra A dissensão foi escrita por Louis Brandeis, e, como se podia prever, teve a adesão de Holmes. Brandeis, em sua dissensão, utilizou a distinção entre fato e opinião, afirmava que, se uma afirmação é uma declaração de fato, é, em geral, passível de se provar falsa, o que não ocorre com uma opinião, concordemos ou não com ela; Além do mais, e sempre segundo Brandeis, uma afirmação, para ser punível, exige mais do que a prova de sua falsidade: o réu deve saber que a informação é falsa quando a difunde. Uma das afirmações que causaram a condenação dos réus foi a de que os EE. UU. entraram na guerra para salvar os empréstimos do banco Morgan. Como brinca Chafee, durante as audiências *Nye* num Comitê do Senado em 1934, era quase um crime dizer que a entrada desse país na guerra *não* fora para salvar os empréstimos do Banco Morgan. (CHAFEE, 1967: 95n). A sentença dissidente de Brandeis toca no ponto ironizado por Chafee, ao dizer que “raramente historiadores estão de acordo sobre as causas de uma guerra (...). Sustentar que um júri pode tornar puníveis afirmações de opiniões, como estas aqui envolvidas, como se fossem declarações de fatos, acusando-as de falsidade praticamente negaria a membros de pequenos partidos políticos a liberdade de crítica e de discussão num tempo em que as emoções estão em alta e as questões envolvidas são tão importantes”. (CHAFEE, 1967: 96-7).

2.5 Entre os anos 20 e a Segunda Guerra Mundial

Nos anos 20⁵⁷, a Corte continuou a suprimir discursos cujos efeitos sobre a sociedade se considerassem “perniciosos”⁵⁸. Até 1940, ou por quase 20 anos, a regra do “perigo claro e presente foi praticamente esquecida”, o que não impediu que nos anos 30 houvesse uma ligeira abertura na censura, com a liberação, pela Corte, da impressão de panfletos, folhetos e piquetes pacíficos. Nos anos 40, o critério experimentou um renascimento, e o escopo da Primeira Emenda foi ampliado, pelo menos até o início da Guerra Fria.

A partir de 1925, uma sucessão de pequenas vitórias para a liberdade de expressão começa a acumular-se na Suprema Corte. Não que a posição geral do tribunal

⁵⁷ A fonte das informações abaixo é principalmente O'BRIEN, 1999: 399-404).

⁵⁸ Ver *Whitney v. Califórnia*, 274 U. S. 357 (1927), disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0274_0357_ZS.html.

constitucional a essa liberdade deixe de ser desdenhosa em suas linhas gerais, ou que as portas das prisões se abram para deixar livres aqueles que proferiram palavras que, aos olhos dos vetustos juízes, pareciam indesejáveis. Longe disso. Os resultados continuavam a ser pessoalmente bastante desfavoráveis aos réus. Mas foi num caso julgado nesse ano que uma maioria da Corte afirmou de modo explícito, e pela primeira vez, que a Décima Quarta Emenda incorporara a liberdade de expressão contida na Primeira Emenda *contra os estados*. Isso era relevante pelo fato de que a maioria das causas de liberdade de expressão que chegavam à Corte tinham relação com a repressão estadual da expressão. O caso em questão foi *Gitlow v. New York*⁵⁹. Benjamin Gitlow foi condenado sob a lei de Nova Iorque por uma publicação defendendo a “ditadura revolucionária do proletariado”. Apesar de determinar que os estados deviam observar a garantia da Primeira Emenda, o Tribunal manteve a condenação porque, no seu entendimento, como já foi visto, a proteção constitucional não se aplicava às expressões que tivessem o que eles chamavam de *bad tendency*. Holmes e Brandeis dissentiram.

Eram tempos de vitória na derrota: os eloquentes votos dissidentes de Holmes e Brandeis começavam a ganhar repercussão fora da Corte, e para além de espaços militantes, como o *American Civil Liberties Union*. Referimo-nos a um caso de 1927 envolvendo Anita Whitney, garota que, apesar de integrar uma rica e socialmente proeminente família da Califórnia, foi fundadora do Partido Comunista-Trabalhista da Califórnia (*Communist Labor Party of California*). Acusada de pertencer a uma organização que defendia o “sindicalismo criminoso”, foi condenada a catorze anos de prisão na Penitenciária de San Quentin. Ela recorreu à Suprema Corte, e, no caso *Whitney v. Califórnia* (ver nota 44, acima), Brandeis escreveu o julgamento dissidente que a essa altura já se tornara praxe, ao qual aderiu Holmes, no qual diziam, republicanamente que “a principal ameaça à liberdade é um povo inerte” e que “a discussão pública é um dever político”. A Suprema Corte manteve a condenação de Anita Whitney por sete votos, uma vez mais. Contudo, passado apenas mas um mês do julgamento, o governador da Califórnia perdoou-a, citando como base de sua decisão a opinião do juiz Louis Brandeis. (LEWIS, 2007: 37).

⁵⁹*Gitlow v. New York* 268 US 652 (1925), disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0268_0652_ZS.html

A eloquência e a beleza das decisões dissidentes de Holmes convidam-nos a mencionar ainda o caso de Rosika Schwimmer, uma imigrante húngara, pacifista, que tentava naturalizar-se estadunidense. No ritual de nacionalização de então, exigia-se que se jurasse “pegar em armas” para “defender os Estados Unidos”. Por se recusar a pronunciar semelhante fórmula em razão de suas convicções pacifistas, a cidadania estadunidense lhe foi negada, decisão que a Suprema Corte manteve no caso *United States v. Schwimmer*⁶⁰ (LEWIS, 2007: 37). Em seu voto dissidente, Holmes, que contava então com 88 anos de idade, afirmou que a recusa da senhora Schwimmer em prestar o juramento era irrelevante, uma vez que se tratava de uma mulher de 50 anos, e mesmo que ela desejasse “pegar em armas” para “defender os Estados Unidos”, tal coisa lhe não seria permitida. Disse ainda que discordava do pacifismo de Schwimmer, por considerar que “uma visão filosófica que considerava a guerra um absurdo” não era adequada, mas concluiu dizendo o seguinte: “Se há algum princípio constitucional que mais imperativamente clama por adesão é o princípio da liberdade de pensamento –não liberdade de pensamento para aqueles com os quais concordamos, mas liberdade para o pensamento que detestamos.”

Em 1931, o ambiente na Suprema Corte começou a mudar de forma mais substantiva e com resultados mais palpáveis. No caso *Stromberg v. California*⁶¹, uma maioria da Corte finalmente decidiu favoravelmente a alguém perseguido por crime de opinião. Uma lei estadual nesse estado criminalizava a expressão política que se fizesse através da exposição pública da bandeira vermelha, “como uso símbolo ou emblema de oposição ao governo organizado”. Yetta Stromberg carregava uma bandeira vermelha, e por isso foi processada e condenada. A Corte considerou a lei inconstitucional por chocar-se com a Primeira Emenda, numa decisão com sólida maioria de 7 a 2. (LEWIS, 2007: 39-40). O interesse que este caso desperta advém do fato de que nele a Corte não apenas decidiu favoravelmente a uma demanda por expressão política livre, mas também considerou a expressão simbólica (já que não se tratava de palavras faladas ou escritas) protegida pela Emenda.

⁶⁰ *United States v. Schwimmer*, 279 US 644 (1929), disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=279&invol=644>

⁶¹ *Stromberg v. Califórnia* 283 U. S. 359 (1931), disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0283_0359_ZS.html.

Ainda no ano de 1931, colheu-se mais uma vitória para a expressão livre. A Corte analisou um caso envolvendo o fechamento de um jornal em Minnesota com base numa lei aprovada pelo Legislativo desse estado em 1925. A Lei do Incômodo Público, ou *Public Nuisance Law*, autorizava o Judiciário a ordenar o fechamento de jornais “maliciosos, escandalosos e difamatórios”. Uma publicação semanal chamado *Saturday Press*, dirigida por um virulento antisemita, Jay Near, foi fechada por ordem judicial. Near recorreu em vão à Suprema Corte estadual do Minnesota, pois esta decidiu que o estado não podia proteger “malícia, escândalo e difamação quando falsas e publicadas sem fins justificáveis,” e que apenas a imprensa “cuidadosa e honesta” poderia ser protegida. Ao editor de um jornal grande como o *Chicago Tribune* pareceu que juízes não deveriam poder decidir qual publicação é suficientemente cuidadosa e honesta para merecer o direito de sair a público, e ordenou a seu advogado que levasse o caso à Suprema Corte federal. Pela margem de 5 votos a 4, no caso *Near v. Minnesota*⁶², a Corte entendeu que o fechamento do *Saturday Press* era uma violação da Primeira Emenda, a qual se aplicava aos estados, não diretamente, mas através da Décima Quarta Emenda. O então Presidente da Corte, Charles Hughes, escrevendo pela maioria, entendeu que o caso *Near* era uma restrição prévia do tipo que mesmo Blackstone rejeitara. Como nota Lewis, a importância particular deste caso reside no fato de que se estabeleceu o firme precedente de acordo com o qual é praticamente impossível algum juiz conceder algum tipo de restrição prévia a publicações nos EE. UU..

Cinco anos mais tarde, quando o governador Huey Long, da Louisiana, fez aprovar um imposto aos jornais, supostamente para punir uma imprensa crítica de sua administração, a Suprema Corte não se limitou a considerar o imposto inconstitucional: fê-lo de forma unânime, no caso *Grosjean v. American Press Co.*⁶³. Assim, a minoria do caso *Near* demonstrando o quanto mudara o *status* dos direitos de expressão. Para completar o quadro favorável à expressão e para indicar de modo firme a mudança da Corte, o escolhido para redigir a opinião unânime do Tribunal foi o juiz George Sutherland, que estava entre a minoria dissidente no caso *Near*. Sutherland citou, na sua decisão, o precedente

⁶² *Near v. Minnesota* 283 U. S. 697 (1931), disponível em:
http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0283_0697_ZS.html.

⁶³ *Grosjean v. American Press Co.* 297 U. S. 233 (1936), disponível em:
http://www4.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0297_0233_ZS.html

estabelecido em *Near*, o que indica a aceitação de seu resultado, e neste caso, a mudança de opinião por parte do juiz (LEWIS, 2007: 45-6). O povo, disse Sutherland, “tem o direito a plena informação no que diz respeito aos erros e acertos de seu governo; uma opinião pública informada é a mais poderosa contenção ao mau governo.”

Os anos 30, portanto, representaram, assim, um período particularmente feliz para afirmação da liberdade de expressão nos Estados Unidos. Citamos apenas mais três casos de antes da II Guerra Mundial, com o único intuito de ilustrar a consolidação do espaço de discussão afirmado nas decisões anteriores. O ano de 1937 reverteu duas condenações de militantes comunistas. O primeiro deles, no Oregon, (*De Jonge v. Oregon*⁶⁴) teve como réu Dirk De Jonge, condenado pela violação da lei estadual contra o “sindicalismo criminoso”. O “crime” de De Jonge fora ajudar a organizar um encontro do Partido Comunista. Não havia no processo nenhum indício de que a violência fora defendida no encontro. O único fator que motivou a condenação foi o fato de tratar-se de um encontro desse Partido. De forma unânime, a Suprema Corte reverteu a condenação, e a decisão se fundou no direito de reunião e de expressão, ou seja, na Primeira Emenda. O segundo caso teve origem no estado da Geórgia: em *Herndon v. Lowry*⁶⁵ Angelo Herndon, um negro da Geórgia, membro do Partido Comunista, foi condenado por “tentativa de incitar insurreição”, um crime passível de punição com a pena de morte, com base numa lei estadual. O fato que causou sua condenação não foi qualquer ato seu, mas o simples pertencimento ao Partido, que, naquele momento defendia a autodeterminação de áreas negras do estado. A Suprema Corte absolveu Herndon pelo apertado placar de cinco votos a quatro. Falando pela posição majoritária da Corte, Owen Roberts afirmou que “o pertencimento do réu ao Partido Comunista” não representa

“uma tentativa de incitar outros à insurreição. Nestas circunstâncias, tornar o pertencimento a um partido e um comunicado aos membros daquele partido um crime passível de punição com a morte, sob dependência da vontade discricionária de um júri, é uma invasão da liberdade de expressão.”

⁶⁴ *DeJonge v. Oregon* 299 U. S. 353 (1937), disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0299_0353_ZS.html.

⁶⁵ *Herndon v. Lowry* 301 U. S. 242 (1937), disponível em: <http://supreme.justia.com/us/301/242/>.

Finalmente, vamos ao último caso do anterior à Segunda Guerra que veremos aqui. Trata-se de *Cantwell v. Connecticut*⁶⁶, de 1940. Cantwell, um pregador itinerante Testemunha de Jeová, foi condenado com base numa lei estadual de Connecticut por violação do sossego (*breach of peace*) ao atacar a Igreja Católica numa área predominantemente católica. Apesar de o caso não envolver *sedition libel*, o juiz Roberts deixou claro, na opinião que reverteu a condenação, quais interesses a Corte considerava importantes (e nisso reside o interesse particular deste caso), ao afirmar que tanto no campo da dissensão religiosa quanto política, as paixões incandescentes devem encontrar seu canal de expressão sem receio de punições. Tais liberdades, na opinião citada, são essenciais para a viabilização de uma opinião pública informada e para a conduta de um cidadão de uma democracia. (LEWIS, 2007: 111-2.).

2.6 A Guerra Fria

Ao contrário da I Guerra Mundial, que forneceu a ocasião para a repressão generalizada da crítica ‘antipatriótica’ à guerra, não se pode dizer o mesmo da II Guerra; as razões que podemos aventar para isso são inúmeras: por um lado, tínhamos uma Suprema Corte muito mais atenta ao valor da expressão dissensora do que em 1917, e a posição da Suprema Corte, como sabemos, acaba influenciando e norteando as decisões das instâncias inferiores. Por outro lado, a expressão crítica da Guerra desta vez era insignificante, se a comparamos com o que ocorreu na I Guerra Mundial. Com a aliança entre comunistas e as democracias liberais do ocidente contra o Eixo, somada à dominação da União Soviética sobre o movimento comunista ao redor do planeta, o principal foco potencial de discurso dissensor foi neutralizado⁶⁷. Essa aliança, entretanto, é rompida com o fim da Guerra

⁶⁶ *Cantwell v. Connecticut*, 310 U. S. 296 (1940), disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0310_0296_ZO.html

⁶⁷ Se a II Guerra não serviu de pretexto para a violação massiva e sistemática da liberdade de expressão dentro dos Estados Unidos, deu ocasião a um ataque massivo às liberdades individuais naquele país. Logo após Pearl Harbor, Roosevelt autorizou a remoção militar de quaisquer japoneses e pessoas de ascendência nipônica que vivessem na Costa Oeste. Nessa ocasião, 120.000 pessoas foram tiradas de suas casas (dois terços dos quais eram cidadãos estadunidenses) e confinados em campos de concentração cercados de arame farpado. Um dos entusiastas da aplicação dessa lei foi o então governador da Califórnia, Earl Warren, posteriormente Presidente da Suprema Corte (ironicamente, sua presidência foi marcada pela expansão inédita do alcance dos direitos civis e políticos nos EE. UU.), que defendeu a medida afirmando que era impossível distinguir um japonês leal aos EE. UU. de um desleal. Diante disso, a Suprema Corte recusou-se a declarar a lei inconstitucional, em *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). Nessa decisão, uma das mais lamentadas da história do tribunal constitucional estadunidense, manteve-se a condenação de Korematsu, que

propriamente dita e o início de outras hostilidades: aquelas que acabariam sendo conhecidas como “Guerra Fria”. Nos EE. UU. a tensão com a União Soviética fez-se sentir sobre as liberdades públicas, incluindo aí a liberdade de expressão.

Se o voto dissidente de Holmes em *Abrams* e o desenvolvimento da regra do “perigo claro e presente” representa o início da construção de um sistema de liberdade de expressão mais amplo que aquele que prevalecia até então, e se de início esse sistema representou um alívio para o sistema bastante mais repressivo que o antecedia, a Guerra Fria foi a ocasião para interpretar a regra de modo a que servisse aos propósitos da constrição das liberdades públicas. Sem desmerecer de modo algum os méritos de Holmes, de seu amigo Brandeis ou o papel que seu critério desempenhou, podemos constatar uma ambiguidade evidente num critério que considera punível a expressão que considere determinados tipos de expressão um “perigo”. Embora o clima paranóico do macartismo propriamente dito ainda tivesse que esperar até 1950 para encontrar sua forma mais acabada, o ambiente da Guerra Fria já se fazia sentir e os filiados a partidos comunistas, como podemos imaginar, anotavam-se entre suas primeiras vítimas, juntamente com outros militantes radicais, e mesmo militantes pelos direitos civis.

Em 1946⁶⁸, o Partido Republicano conquista a maioria na *House of Representatives*, a Câmara Baixa do Parlamento estadunidense, e dá início ao recurso das audiências no Comitê de Atividades Anti-Americanas da Câmara para explorar uma suposta infiltração comunista em universidades, na imprensa e na indústria cinematográfica sediada em Hollywood. Não tardou muito para que o Senado se apressasse para mostrar que tinha tanto zelo anticomunista quanto a Câmara, ou até mais. A presidência de seu *Subcomitê de Investigações Permanentes* seria a plataforma que lançaria o senador Joseph McCarthy à celebridade. O Presidente da República, o Democrata Harry Truman, precisava responder à insistente acusação Republicana de que os Democratas não eram o suficientemente “duros” no combate ao comunismo. Assim, o Executivo lançou sua contribuição para o *Zeitgeist*,

se recusou a abandonar sua casa e continuou na Califórnia, desafiando as leis marciais. Segundo Lewis, no fim dos anos 80 o Congresso estadunidense aprovou uma lei destinando uma pequena reparação financeira aos sobreviventes da transferência forçada de 1944. A lei afirmava ainda que a motivação do programa era “preconceito racial, histeria de tempo de guerra e falha de liderança política. (LEWIS, 2007: 127). *Korematsu* está disponível aqui: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0323_0214_ZS.html

⁶⁸ A pequena narrativa da cruzada anticomunista das décadas de 40 e 50 do século passado contida neste parágrafo é em larga medida tributária do livro de Anthony Lewis já citado, especialmente do capítulo 7 (“*Fear Itself*”).

instituindo um amplo programa de “lealdade” que afastava do serviço público funcionários suspeitos de vínculos “perigosos”. Os julgamentos eram feitos por “Comitês de Lealdade” cuja decisão era justificada com base em depoimentos aos quais o acusado não tinha acesso. O Judiciário não serviu de barreira para tais arbitrariedades. Como diz Lewis, “aqueles que olhavam para as Cortes em busca de defesa contra a manipulação política do medo ficaram desapontados”. Um caso emblemático é o Dorothy Bailey, excluída do serviço público federal de modo permanente por suspeita de “deslealdade”. Bailey buscou na justiça o direito de confrontar os argumentos de seus acusadores, desconhecidos para ela. O caso chegou à Suprema Corte, onde o placar de 4 a 4 (um cadeira estava vacante) fez com que a decisão da instância inferior, neste caso contrária a Bailey, se mantivesse.(LEWIS, 2007: 120).

São muitos os casos emblemáticos desse período. Acreditamos que com a narrativa de três casos podemos dar ao leitor uma idéia do clima opressivo que reinava à época e do nível que a invasão aos direitos democráticos de expressão atingiu. O caso *Barenblatt v. United States*⁶⁹ é um deles. Lloyd Barenblatt, professor (*instructor*) no *Vassar College*, recusou-se a confessar ao Comitê de Atividades antiamericanas do Senado se era ou fora membro do Partido Comunista dos Estados Unidos. Condenado, recorreu à Suprema Corte, que recusou seus argumentos de defesa pela estreita margem de 5 a 4. Pela Maioria, o juiz Harlan, afirmou que o interesse do Congresso de combater a subversão era mais importante que o interesse *privado* de Barenblatt de integrar uma organização como o Partido Comunista. O que podemos questionar aqui, além da peculiar escala de importância de Harlan, cujos critérios de importância nos são desconhecidos, é a classificação do direito de associação, de reunião e de expressão como direitos *privados*, ao arrepio de toda a tradição republicana do pensamento político. Dissentindo, o juiz Black escreveu que

“a maioria deixa de lado o verdadeiro interesse no silêncio de Barenblatt, o interesse do povo como um todo de ser considerado capaz de integrar organizações, defender causas e cometer ‘erros’ políticos sem que posteriormente se tornem objeto de penalidades governamentais por se terem atrevido a pensar por si mesmos. E é esse direito, o direito de errar politicamente, o que nos mantém fortes como nação”.

⁶⁹ *Barenblatt v. United States* 360 U. S. 109 (1959), disponível em: http://www4.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0360_0109_ZD.html.

O único caso de investigação parlamentar que a Suprema Corte entendeu constituir uma violação da Primeira Emenda foi um caso estadual de Nova Hampshire. De acordo com Lewis, o estado era governado pela extrema direita naquele momento, e Paul Sweezy, um professor de economia, recusou-se a responder às autoridades estaduais sobre uma palestra “suspeita” que dera na Universidade de Nova Hampshire e sobre sua ligação com o Partido Progressista, o terceiro partido do estado. A Suprema Corte reverteu sua condenação por seis votos a três⁷⁰. Votaram pela reversão da condenação dois dos juízes conservadores da Corte naquele momento, o juiz Frankfurter --quem frequentemente polemizava com Hugo Black em questões de liberdade de expressão por entendê-la mais restrita que o libertário (neste aspecto) Black-- que talvez se tenha sensibilizado por ter sido professor da Faculdade de Direito de Harvard até ser apontado para a Corte por Roosevelt, em 1939, e o juiz Harlan. A importância específica da decisão deriva de a questão envolver de forma direta a liberdade acadêmica, e esse foi o tom da opinião concorrente do juiz Frankfurter. Essa opinião sempre foi citada em casos de defesa de liberdade acadêmica e como contraponto à pretensão da imprensa de ser a única beneficiária da liberdade de expressão:

“A remota ameaça à segurança de Nova Hampshire supostamente representada pelo Partido Progressista (...) quando contrastada com o grave dano resultante da intrusão governamental na vida intelectual de uma universidade, justificativa para obrigar uma testemunha a vir render contas do conteúdo de sua palestra parece incrivelmente inadequado.”

Mas o ápice da caça às bruxas e do *Red Scare* talvez tenha sido a manutenção, pela Suprema Corte, da condenação criminal de 11 dirigentes do Partido Comunista dos Estados Unidos, no caso *Dennis v. United States*⁷¹, de 1951. Os réus foram acusados de conspirar para “ensinar e defender a derrubada e a destruição do governo dos Estados Unidos pela força e pela violência”. Veja-se que a acusação não é a de tentar derrubar e destruir o governo, ou a de conspirar para isso, mas a de “conspirar para defender” isso. O júri condenou-os a todos, o que foi mantido em segunda instância (a Corte de Apelações do

⁷⁰ *Sweezy v. New Hampshire* 354 U. S. 234 (1957), disponível em: <http://supreme.justia.com/us/354/234/>.

⁷¹ *Dennis v. United States* 342 U. S. 494 (1951), disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0341_0494_ZS.html.

Segundo Circuito, e por um dos mais respeitados juízes do país, o mesmo Learned Hand⁷² do caso *Masses*, que reelaborou a regra do perigo claro e presente, de modo a levar em conta não apenas a probabilidade de que um mal ocorresse, mas também a gravidade do suposto mal. A condenação deveria ser mantida, nesse caso, pois apesar de a probabilidade de o dano ocorrer ser ínfima, para não dizer inexistente, o “dano” (na perspectiva da Corte) perseguido é alto demais para que se permita sua defesa. Este argumento foi mantido pela Suprema Corte, através do voto do juiz Fred Vinson (LEWIS, 2007: 120-1). É claro que o Partido Comunista oficial não representava nenhuma ameaça aos EE. UU.. O que podia representar uma ameaça (do ponto de vista da manutenção da ordem) era “a rede clandestina de espionagem mantida pela União Soviética” (LEWIS, 2007: 121). Entretanto, a acusação não foi a de participar de uma rede de espionagem, e sim o de “Conspirar para ensinar e defender...”. Dennis e os demais réus foram condenados por *sedition libel*. Em suma, a regra do perigo claro e presente, que foi tornada célebre justamente na qualidade de regra de proteção à dissensão política, foi “emasculada” (como disse Rawls) durante o macartismo, mas principalmente em *Dennis*. (RAWLS, 2000: 410).

Com a condenação de McCarthy pelo próprio Senado em 1954 e sua morte algum tempo depois, a caça às bruxas perdeu parte de seu fôlego, e o ambiente judicial refletiu esse cansaço. As coisas começaram a mudar em 1957, com a decisão *Yates v. United States*⁷³, na qual o juiz Harlan, falando pela Corte, afirmou que a defesa da derrubada violenta do governo como mera advocacia não devia ser criminalizada, a menos que se fizesse acompanhar de uma ação voltada para aquele fim.

A Lei que criminalizou a defesa da derrubada violenta do governo, chamada de Lei Smith (*Smith Act*)⁷⁴ também criminalizou o pertencimento a organizações com um programa que incluísse esse objetivo. Mas havia a instrução governamental de processar não quaisquer membros, e sim os membros “ativos” da organização. É o que diz Lewis, sem especificar de modo mais claro como se media a “atividade” de alguém dentro de uma organização. O último processado com base na Lei Smith foi Junius Scales, cuja condenação foi mantida pela Suprema Corte por 5 a 4. Posteriormente, Telford Taylor,

⁷² Lewis afirma que mais tarde Hand escreveu a um amigo afirmando que “jamais deveria ter condenado aqueles peixes pequenos” (“birds”, no original) (LEWIS, 2007: 122).

⁷³ *Yates v. United States* 354 U. S. 298 (1957), disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0354_0298_ZS.html.

⁷⁴ Disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0354_0298_ZS.html

professor de direito em Columbia, solicitou a Kennedy que indultasse o prisioneiro, o que efetivamente foi feito (LEWIS, 2007: 123-4).

2.7 A Primeira Emenda Contemporânea – a política no centro da proteção constitucional

2.7.1 Casos mais importantes

A partir do final da década de 1960 e início da década seguinte do século passado, a Suprema Corte aproximou-se do que podemos identificar como o sistema contemporâneo da Liberdade de Expressão, colocando o discurso político (mesmo que se trate da defesa da derrubada da ordem constitucional) no centro da proteção oferecida pela Primeira Emenda. O símbolo desse entendimento é a decisão do caso *Brandenburg v. Ohio*.⁷⁵ Nas palavras de O'Brien, esse caso foi o “clímax das muitas decisões da Suprema Corte na década de 1960 que expandiram de modo significativo as liberdades da Primeira Emenda” (O'BRIEN, 2005: 422). Rawls também celebra a decisão pelo fato de que ela enterrou de forma definitiva o padrão “antissubversão” consagrado em *Gitlow*, reconhecendo “a legitimidade da defesa da subversão numa democracia constitucional” (RAWLS, 2000: 402). Mas vamos ao caso: Clarence Brandenburg, líder do grupo racista *Klu Klux Klan*, foi preso e condenado com base numa lei estadual de Ohio por dirigir-se a uma pequena manifestação de homens encapuzados, portando armas de fogo e postando-se diante de uma cruz ardendo em fogo dizendo que se “a Corte, o Presidente ou o Congresso” continuassem a “oprimir a raça branca e caucasiana”, seria bem possível que “alguém” se vingaria, e que “os crioulos [niggers] deveriam ser mandados para a África e os judeus para Israel” (DWORKIN, 1996a: 203-4). A Suprema Corte reverteu-lhe a condenação de modo unânime. A importância desse caso é tal que mesmo um crítico da permissão de expressões racistas, como Owen Fiss, diz, sem nenhuma hesitação, que “*Brandenburg* é uma das bênçãos de nossa liberdade” (FISS, 1996a: 13). Mas entendamos que a razão pela qual o senhor Brandenburg foi criminalmente processado não foi o racismo, e sim a ameaça de uso da violência contra as instituições. Não por acaso, a base jurídica de sua condenação foi a lei

⁷⁵ *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969), disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/histories/USSC_CR_0395_0444_ZS.html

estadual de Ohio contra o “sindicalismo criminoso” (“*Ohio Criminal Syndicalism statute*”), expressão que, no contexto legal estadunidense, identifica(va) de modo eufemístico os instrumentos legais de repressão aos movimentos sindicais de inspiração socialista, comunista ou anarquista. A lei considerava crime “defender (...) a obrigação, necessidade ou propriedade de métodos criminosos, sabotadores, violentos ou ilegais de terrorismo como meio de lograr reforma política ou industrial” e por “reunir-se voluntariamente em qualquer sociedade, grupo ou assembleia de pessoas formado para ensinar e defender doutrinas de sindicalismo criminoso” (*Apud O’BRIEN*, 2005: 423). A Corte reverteu a condenação afirmando que, para ser punível, uma expressão como essa deveria “incitar ou produzir iminente ação ilegal”, mas também ser capaz de “provavelmente produzir essa ação”. Com base nesse critério bastante mais rigoroso do que prevalecia até então, os réus de *Dennis* não teriam sido condenados.

Sinalizando novos tempos, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de várias leis anticomunistas. Uma delas foi declarada inconstitucional no caso *Lamont v. Postmaster General*⁷⁶, de 1965, na qual, supreendentemente pela primeira vez na história uma lei federal foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte (LEWIS, 2007: 125). Havia um programa federal de controle do material que cidadãos estadunidenses recebiam da União Soviética. Se o *Pravda*, por exemplo, chegasse pelo serviço postal a algum assinante nos Estados Unidos, não poderia ser entregue imediatamente ao destinatário. Este receberia um aviso da chegada do material, mas para recebê-lo deveria mandar outra mensagem à agência postal, declarando seu interesse em receber “propaganda política comunista”. A prática foi abolida no governo Kennedy, apenas para ser reintroduzida pelo Congresso um pouco mais tarde. Muitos dos destinatários eram Bibliotecas, que tinham que enfrentar o estigma de dizer que desejavam “propaganda comunista”. Isso até que um assinante individual do *Pravda*, Corliss Lamont, questionou a constitucionalidade da lei na Suprema Corte e venceu.

Mesmo o envolvimento cada vez maior dos Estados Unidos na Guerra do Vietnã não foi capaz de impedir a consolidação de um sistema como este e de interromper os sinais promissores que vinham da Corte. É verdade que, desta vez, tratava-se de uma guerra

⁷⁶ *Lamont v. Postmaster General* 381 U. S. 301 (1965), disponível em: <http://supreme.justia.com/us/381/301/index.html>.

impopular e vista com progressivo ceticismo quanto a sua legitimidade. Um caso importante aí é *Bond v. Floyd*⁷⁷, de 1966. A Assembléia Legislativa da Geórgia decidiu expulsar um deputado estadual eleito, Julian Bond, sob a alegação de que ele não podia jurar sinceramente o respeito às constituições estadual e federal, uma vez que apoiara uma declaração de um grupo antiguerra (o *Student Nonviolent Coordinating Comitee*). A declaração dizia: “Apoiamos os homens deste país que relutam em atender ao recrutamento militar”). Bond, diga-se de passagem, era uma figura proeminente na luta pelos direitos civis no sul dos EE. UU.. A Suprema Corte decidiu de forma unânime que a cassação do mandato de Bond representava uma violação da Primeira Emenda. O caso é interessante pelo paralelo que oferece com o caso *Debs*, pela semelhança entre as duas situações de fato e a diferença na forma como ambos foram decididos pela Corte Constitucional (LEWIS, 2007: 126).

A guerra do Vietnã deu ocasião ainda a uma decisão importantíssima que opôs jornal *New York Times* ao governo Nixon no verão de 1971. No chamado “caso dos papéis do Pentágono”⁷⁸, a questão dizia respeito à censura prévia, testando a disposição da Corte de levar a sério seus próprios princípios, estabelecidos por sólidos precedentes, de impedir qualquer forma de censura prévia nos Estados Unidos. Lembremo-nos de que no caso *Near*, julgado fazia mais de quatro décadas, o Presidente da Suprema Corte proibiu o fechamento judicial de um periódico, mas afirmou que em alguns casos a censura prévia seria não somente admissível, mas até necessária: o governo poderia impedir a publicação de “datas de saída do transporte ou o número e a localização de tropas”. E o caso dos papéis do Pentágono dizia respeito à publicação pelo jornal nova-iorquino de supostos segredos militares de uma guerra ainda em curso. O Presidente Nixon tentou interromper a publicação das histórias afirmando que a segurança nacional estava ameaçada. Nas instâncias inferiores o argumento do Presidente prevaleceu (embora não se tratasse da publicação da data da partida de tropas, nem de sua localização, e sim de deliberações internas sobre a formulação da política estadunidense para o sueste asiático). A Suprema Corte, contudo, reverteu a censura prévia por seis votos a três, permitindo ao jornal seguir

⁷⁷ *Bond v. Floyd* 385 U. S. 116 (1966), disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0385_0116_ZS.html.

⁷⁸ *New York Times v. United States* 403 U. S. 713 (1971), disponível em: http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0403_0713_ZS.html.

com as publicações. A maioria não se apoiou num único argumento e numa única opinião. Hugo Black, que votou pela continuidade da publicação, deu ali seu último voto na Suprema Corte antes de se enfermar e falecer. (LEWIS, 2007: 46-7; ARMSTRONG, e WOODWARD, 1985: 181 e seguintes).

Mas poucas decisões da Suprema Corte tiveram tanto impacto no entendimento da Primeira Emenda quanto a decisão de outro caso que envolvia o mesmo jornal nova-iorquino, sete anos antes de o caso dos papéis do Pentágono ser decidido. Falamos aqui do caso *New York Times v. Sullivan*⁷⁹, cuja importância exige uma descrição detalhada de suas circunstâncias. O caso, de 1964, tinha como problema central a indenização por danos morais advindos de difamação (*libel*) por algo publicado pelo jornal. Em 1960, o *New York Times* publicou um anúncio pago pelos apoiadores de Martin Luther King, afirmando que agentes estatais racistas estavam a usar métodos ilegais de repressão ao movimento pelos direitos civis no sul do país, do qual Luther King era uma das figuras de maior proeminência. Entre os métodos ilegais incluíam-se a violência física ilegal e desproporcional contra manifestantes, além da prisão de Luther King por sete vezes com base em provas forjadas. Nenhum nome era mencionado no anúncio, que falava em “violadores sulistas da Constituição”. Mas um agente público, delegado da cidade de Montgomery, no Alabama, sentiu-se atingido e iniciou um processo contra o *New York Times* por danos à honra. Segundo Sullivan, era evidente que ele podia ser identificado como um dos alvos pelo anúncio, que acusava a polícia de conduta ilegal, já que era o responsável pela polícia da cidade. De acordo com Lewis, que escreveu um livro sobre o caso, a atmosfera em Montgomery estava tão carregada que o repórter enviado pelo jornal para cobrir o julgamento teve de hospedar-se com um nome falso a quarenta milhas da cidade. Lewis cita ainda o juiz Hugo Black, da Suprema Corte, natural do Alabama, onde nasceu pouco depois do fim da Guerra Civil, e que afirmava que se as pessoas brancas de Montgomery vissem o anúncio do *New York Times*, o prestígio social, financeiro e político de Sullivan teria aumentado, em vez de diminuir. O juiz que julgou o caso, Walter Jones, ordenou que brancos e negros da platéia se sentassem separadamente na sala de julgamento,

⁷⁹ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0376_0254_ZS.html. A melhor narrativa do caso *Sullivan* (e análise de sua importância) que conhecemos é a de um livro de Lewis de 1992 inteiramente dedicado ao caso: *Make No Law: The Sullivan Case and the First Amendment*. Evitamos o uso desse texto aqui, no entanto, para evitar a tentação de prolongar a narrativa mais do que já o fizemos.

durante o qual louvou a “justiça do homem branco” trazida ao país pela “raça anglo-saxã” (DWORKIN, 1996a: 196). O juiz era conhecido ainda por, no aniversário da fundação da Confederação, conduzir os julgamentos envergando um uniforme militar confederado. Esse juiz considerou o anúncio difamante (*libelous*), deixando ao júri a decisão de duas questões: se o anúncio referia-se ou não a Sullivan, e em caso positivo, a determinação da quantia com a qual ele deveria ser indenizado. O júri (inteiramente formado por brancos) respondeu afirmativamente à primeira questão, concedendo ainda meio milhão de dólares de indenização ao policial. Tratava-se da maior indenização por *libel* da história do Alabama, até aquele ponto. Sob a lei estadual, o ônus da prova sobre a verdade da afirmação recaía sobre a publicação, nos casos de ação por difamação. O dano era presumido (o autor da ação não tinha que provar que, digamos, sua carreira fora prejudicada pela publicação); e, finalmente, a culpa do editor também era presumida. Em casos que não envolviam a imprensa, o autor tinha que provar que houvera negligência na conduta da pessoa difamante, o que significava que esta não seguira uma série de procedimentos padrão.

O jornal não podia provar a veracidade de tudo o que estava no anúncio, que continha, ademais, algumas falsidades: Luther King não fora preso sete vezes, por exemplo, mas quatro. O refeitório de uma faculdade negra não estava trancado, como se afirmava. Diz Lewis que o *New York Times* era um jornal que dava pouco lucro naquele momento, e a indenização representaria um baque tremendo. Além do mais, essa decisão abriria a porta para outros pedidos de indenização, inclusive um do governador do Alabama, John Patterson, o que poderia tirar a publicação de circulação. Na medida em que uma das estratégias mais importantes para King era *publicizar* o racismo sulista ao restante do país, a decisão não deixaria impactar o movimento pelos direitos civis, ao inviabilizar a cobertura do movimento pela imprensa nacional, pelos riscos legais a que as publicações estariam sujeitas. O jornal levou o caso à Suprema Corte, mas as perspectivas não eram animadoras, uma vez que *libel* era algo considerado fora do alcance da Primeira Emenda. Nenhuma condenação por difamação jamais tinha sido considerada violadora das garantias de expressão.

Wechsler, O advogado do *Times* argumentou que a lei de *libel* do Alabama punia a crítica de agentes públicos da mesma forma como a Lei contra a Sedição o fizera. Argumentou ainda que dificilmente se poderia estabelecer um critério aceitável de verdade

para a crítica de agentes públicos. E se uma afirmação equivocada poderia dar origem a uma ação desse tipo, o efeito prático da lei de difamação é que imprensa e cidadãos ficariam desencorajados a expressar críticas publicamente, uma vez que um deslize poderia representar sua ruína. Quando o juiz William Brennan perguntou a Wechsler se ele admitia algum limite à crítica de agentes públicos pela imprensa, o advogado respondeu de forma pronta: “Se me inspiro em James Madison, não posso admitir quaisquer limites”.

O juiz William Brennan, falou pela Corte em março de 1964, dando a vitória ao *New York Times*. Sua decisão dizia: “Consideramos este caso contra o pano de fundo do compromisso nacional de que o debate de assuntos públicos deve ser desinibido, robusto e amplo, e que ele pode incluir ataques veementes, cáusticos e às vezes desagradáveis ao governo e a agentes públicos.” Brennan não se limitou a dar a vitória ao jornal, mas aproveitou a situação para declarar a inconstitucionalidade da Lei contra a Sedição de 1798, passados mais de 163 anos de sua expiração: “Embora a Lei contra a Sedição nunca tenha sido avaliada por este Tribunal, o ataque a sua validade já foi feito pelo tribunal da história”. Ligando o panorama de 1964 com a lei de 1798, o juiz afirmou ainda que um mecanismo como a exceção da verdade seria insuficiente no caso de agentes públicos, pois

“possíveis críticos da conduta oficial poderiam intimidar-se e não expressar sua crítica, mesmo que ela possa ser verdadeira ou mesmo que seja de fato verdadeira, por sua dúvida quanto ao fato de isso poder ser provado num tribunal ou do medo dos prejuízos que isso lhe poderia trazer”.

Para corrigir esse mal, Brennan inverteu o ônus da prova em casos de difamação de figuras públicas (incluindo aí qualquer pessoa que ocupe um cargo público, eleita ou não). Para beneficiar-se de uma ação de *libel*, teriam não apenas de provar a falsidade da afirmação de seus críticos, mas teriam de demonstrar que eles a fizeram *sabendo tratar-se de uma falsidade*, ou que pelo menos tivessem agido com imprudente desprezo (*reckless disregard*) pela veracidade ou falsidade da afirmação. Posteriormente, a Corte determinou que isso significa um conhecimento da “provável falsidade” da afirmação. Além de Brennan, cinco outros juizes da Suprema Corte aderiram a essa decisão. Os três juizes dissidentes --é importante notar-- não a assinaram porque sua dissensão ia ainda além da Brennan, já que impedia toda e qualquer ação por difamação a agentes públicos.

Posteriormente, a Suprema Corte ampliou o sentido dessa decisão, estatuidando que a regra valia não apenas para agentes do Estado, mas também para “figuras públicas”, de modo a incluir pessoas famosas, inclusive pessoas que se viram jogadas no “vértice da controvérsia” por terem sido vítimas de algum fato desastroso. Por conta disso, pode-se falar e publicar virtualmente qualquer coisa de uma figura pública sem medo de pagar danos. Um caso especialmente relevante quanto para a determinação deste ponto foi o caso *Hustler Magazine v. Falwell*⁸⁰, de 1988. À época, a bebida *Campari* espalhou pela mídia impressa um anúncio com o mote “a primeira vez”, referindo-se com isso à primeira vez em que os garotos-propaganda do anúncio tinham provado o aperitivo; Parte da força publicitária do anúncio vinha do humor trazido pela evidente ambiguidade sexual contida na expressão “primeira vez”. A revista *Hustler*, de forte conteúdo pornográfico, estampou em suas páginas um anúncio paródico do comercial de Campari, no qual afirmava que a “primeira vez” do pastor Jerry Falwell, um famoso fundamentalista cristão que costuma fazer suas prédicas em cadeia televisiva e destacado crítico da pornografia e da própria revista *Hustler*, fora com sua (dele) mãe. O pastor processou a revista por *libel* e por lhe “causar intencionalmente intenso sofrimento emocional”. O *libel* foi rejeitado por um júri, mas o sofrimento emocional custou 150 mil dólares à revista, que recorreu à Suprema Corte. Unanimemente, o Tribunal Constitucional revogou a indenização de Falwell, com base em *New York Times v. Sullivan*. William Rehnquist, o presidente da Corte, afirmou que um processo por danos ao amor-próprio de uma figura pública não poderia ser aceito a menos que se provasse que a afirmação tivesse sido feita com deliberada ou descuidada falsidade, qualificativo impossível de ser atribuído a uma sátira⁸¹.

Através da decisão de *Sullivan*, portanto, o *libel* deixou de ser uma questão de *Common Law*, tratado no âmbito dos estados, para ser uma questão de direito constitucional federal. De acordo com Lewis, o resultado foi a ampliação da cobertura da luta pelos direitos civis no sul, já que a imprensa se viu livre da ameaça de ações de difamação. Sem *Sullivan*, diz ele, dificilmente teríamos tido a publicação dos “papéis do Pentágono”, e dificilmente teríamos visto o *Watergate* (LEWIS, 2007: 56; STRAUSS, 2002: 58).

⁸⁰ *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988), disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0485_0046_ZS.html

⁸¹ Para uma exposição mais detalhada dos eventos e uma análise crítica do caso, ver POST, 1995b: 119-78)

Uma das maiores controvérsias envolvendo a liberdade de expressão das últimas décadas, contudo, e por incrível que pareça, diz respeito a um ato expressivo a que o bom-senso recomendaria colocar em segundo plano: a queima da bandeira estadunidense. Durante a Convenção Nacional Republicana de 1984 um grupo de manifestantes fez um ato de protesto contra as políticas do então presidente Reagan. Um dos manifestantes, Gregory Lee Johnson, contudo, queimou a bandeira daquele país em frente à Prefeitura de Dallas, e foi condenado com base numa lei estadual do Texas que proibia a ofensa a “objeto de veneração”. Por um placar apertado (5 a 4), a Suprema Corte reverteu sua condenação em *Texas v. Johnson*⁸², afirmando que a queima da bandeira era um ato expressivo e como tal estava protegido pela Primeira Emenda. O juiz Brennan, escrevendo pela Corte, justificou a decisão afirmando que “se há um princípio subjacente à Primeira Emenda, este princípio é o de que o governo não pode proibir a expressão de uma idéia simplesmente porque a sociedade acha essa idéia desagradável ou ofensiva”. Os estadunidenses, no entanto, parecem achar realmente ofensiva a queima desse símbolo. No mesmo ano em que a Suprema Corte julgou o rapaz dos episódios do Texas, 1989, o Congresso aprovou uma lei destinada a proteger a bandeira (*Flag Protection Act*). A Lei puniu qualquer um por “mutilar, desfigurar, profanar fisicamente, queimar, manter no solo ou no chão um pisotear qualquer bandeira dos Estados Unidos da América”. Em *United States v. Eichman*⁸³, em 1990, a Suprema Corte, pelo mesma razão pela qual absolveu Grehory Lee Johnson, declarou a lei federal inconstitucional. Outra vez a decisão majoritária foi escrita pelo juiz William Brennan, que afirmou que “punir o desrespeito à bandeira compromete a própria liberdade que torna esse emblema tão reverenciado e reverenciável”. Mas nem assim o tema desapareceu da agente pública: em 1995, uma emenda constitucional criminalizando a queima da bandeira não foi aprovada no Senado por apenas 3 votos (FISS, 1996b: 87n16).

Para finalizar o capítulo, e após esse grande desfile de casos particulares pelos quais que usamos para ilustrar a evolução do sistema de expressão livre nos Estados Unidos, faremos um esforço de sumariar as principais regras que regem esse sistema.

⁸² *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), Disponível em:
http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0491_0397_ZS.html

⁸³ *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990), disponível em:
http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0496_0310_ZS.html

2.8 Principais características do sistema contemporâneo de liberdade de expressão

Creio que tenha ficado mais clara, neste momento, a afirmação que fizemos no primeiro capítulo de que a liberdade de expressão é menos a aplicação do texto da emenda e mais a evolução jurisprudencial a cargo da Suprema Corte ao longo do século XX, uma evolução cujo motor são as dificuldades da aplicação de princípios abstratos de moralidade política à concretude da vida social. Com suas tentativas e erros, recuos e avanços, podemos reconhecer no resultado um todo mais ou menos coerente. David Strauss (2002: 36-8) e Cass Sunstein (1995: 5-14) apontam como elementos centrais da regulação aceita como legítima aquela que é resultado de duas questões separadas: uma dizendo respeito ao **valor da expressão**, e outra inquirendo sobre a **neutralidade da regulação**.

Quanto ao **valor da expressão**, há expressões de “alto valor”, que gozam de proteção constitucional plena, e expressões de “baixo valor”, que contam com uma proteção menos efetiva. A linha que separa as duas, contudo, é pouco precisa, e a Suprema Corte jamais conseguiu dotá-la de 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, evidentemente menos exigente que a exigida pela expressão de “alto valor”. A expressão claramente política, qualquer que seja a sua natureza, está, portanto, no centro da proteção constitucional: trate-se de um discurso de um comunista, de um ultraliberal ou mesmo de um discurso carregado de ódio racial feito por um membro da *Klu Klux Klan*, ou ainda de uma passeata neonazista numa cidade repleta de sobreviventes de campos de concentração nazistas, essa expressão goza de imunidade. Diz o cânone da primeira emenda contemporânea que o remédio para as expressões perniciosas é mais discussão, e não menos⁸⁴. Tal centralidade do discurso político e do direito de criticar o governo é o resultado direto de *New York Times v. Sullivan*, que viu aí o “*central meaning of the First Amendment*”, mas também de *Brandenburg*. A regra resultante da combinação desses dois casos é, como disse Rawls, a de que numa sociedade livre não podemos difamar

⁸⁴ Essa regra foi formulada por Louis Brandeis em *Whitney v. Califórnia*.

o governo não porque sejamos de alguma forma proibidos de fazê-lo, mas “porque tal crime não existe” (RAWLS, 2000: 412).

Outras formas de expressão têm menos valor, contudo. A expressão comercial, por exemplo, goza de alguma proteção constitucional, mas comerciais evidentemente falsos ou enganosos podem sofrer regulação e intervenção governamental. A difamação de figuras privadas tampouco goza de muita proteção (contraposta à difamação de “figuras públicas”, que pertence ao grau mais alto de proteção, como vimos em *Sullivan e Hustler*). No caso de a difamação dirigir-se a pessoas que não se encaixem na definição de figuras públicas é bastante mais fácil ao difamado processar seu difamador. Já a expressão qualificada como obscena, por exemplo, está completamente fora do âmbito constitucional de proteção, em tese. A definição atual de obscenidade é de 1973, do caso *Miller v. Califórnia*, e é a expressão que, simultaneamente apele a “interesses lascivos”, seja “patentemente ofensiva” e “desprovida de valor social” (o que exclui a literatura e a arte). Mas veremos que esses critérios são entendidos de forma tão estrita que na prática se tornaram pouco efetivos (do ponto de vista da censura). Aquele que deseja publicar pornografia não tem, assim, um motivo forte para temer a censura.

Pertencem ainda à categoria da expressão de pequeno valor coisas como ameaças, tentativas de suborno, perjúrio, conspiração criminosa, exercício ilegal da medicina ou da advocacia, formação de cartel, contratação de serviços criminosos, além de assédio sexual e racial.

Um último e importante comentário quanto a este ponto: o fato de a expressão de baixo valor ser definida em termos muito mais precisos que a expressão de alto valor faz com que não seja necessário ao falante demonstrar que sua expressão pertence à categoria superior: basta demonstrar que não pertence às categorias inferiores para que sua expressão adquira o nível mais alto de proteção de modo automático. Não é preciso demonstrar que a expressão é artística, política ou científica: uma vez que não se trate de ameaça ou de suborno, por exemplo, ela estará protegida.

A outra questão diz respeito à **neutralidade da regulação**. De acordo com a tipologia desenvolvida pela Corte, uma regulação pode ser “neutra quanto a conteúdo”, “baseada no conteúdo” ou “baseada no ponto de vista”, em ordem crescente de presunção de inconstitucionalidade. Uma restrição é neutra quanto ao conteúdo quando este é

completamente indiferente aos propósitos da restrição. A proibição de uso de auto-falantes nas imediações de hospitais, por exemplo, é neutra quanto ao conteúdo. A restrição aplica-se não importa qual seja o conteúdo da mensagem que se transmitiria pelos auto-falantes. A restrição baseada no conteúdo, por sua vez, pode não ser injusta no sentido de atingir um dos lados da discussão: a proibição de discutir a legitimidade de uma guerra no interior dos quartéis (que é um tipo de restrição aceita), ou de discutir questões raciais ou o divórcio em qualquer lugar, por exemplo, são discussões baseadas no conteúdo, mas recaem tanto sobre aqueles que defendem o divórcio quanto sobre os que a ele se opõem. Já as discussões baseadas no ponto de vista restringem a expressão de um dos lados de uma discussão, proibindo a crítica à participação do país numa guerra, ou a defesa dos direitos civis plenos para homossexuais. Podemos dizer que as restrições baseadas no ponto-de-vista são um tipo mais específico de restrições baseadas no conteúdo.

Pois bem, no sistema constitucional contemporâneo nos Estados Unidos, a forma que a restrição assume, claro, é importantíssima para definir sua legitimidade. Essa questão deve ser superposta ao problema do valor da expressão, embora sejam de índole independente. Restrições neutras quanto ao conteúdo podem valer mesmo para expressões do mais alto valor, como expressão política, por exemplo. Sunstein exemplifica aqui com uma proibição hipotética de distribuição de panfletos em aeroportos (SUNSTEIN, 1995: 12-3), e, por se estar próximo de uma eleição, a proibição acaba atingindo os voluntários que fazem panfletagem por seu candidato preferido. É perfeitamente possível (embora isso não seja absolutamente certo) que as cortes sustentem a proibição, dentro do sistema contemporâneo. Podemos imaginar ainda restrições sobre expressão de pequeno valor baseadas no ponto de vista: imaginemos que o governo penalize com mais rigor ameaças feitas, digamos, a militantes do Partido Verde, depois de uma onda de assassinatos de militantes desse partido. Temos uma expressão não protegida (ameaça) sobre a qual recaem restrições baseadas no ponto de vista que são aceitáveis.

A presunção mais forte de inconstitucionalidade, como se pode imaginar, recai sobre as restrições baseadas no ponto de vista, embora a inconstitucionalidade não seja automática, como podemos perceber pelo exemplo acima. As restrições feitas com base no conteúdo também contam com uma forte presunção de inconstitucionalidade, embora não tão forte quanto a que pesa sobre as restrições baseadas no ponto de vista. Em algumas áreas

determinadas, restrições baseadas no conteúdo são perfeitamente aceitáveis, como as restrições à publicidade enganosa, ou à difamação (exceto no caso de “pessoas públicas”), ou à obscenidade (significativamente, nenhuma dessas restrições é baseada no ponto de vista). Mas restrições baseadas no conteúdo sobre expressões de alto valor são presumivelmente inconstitucionais.

Já as restrições neutras quanto ao conteúdo podem eventualmente ser consideradas constitucionais, desde que submetidas a alguma técnica de sopesamento entre os interesses em jogo. Mas é sempre necessário ter algum tipo de prudência com relação a essas regras. Restrições aparentemente neutras quanto ao conteúdo podem afetar de modo desproporcional determinados grupos políticos, o que nos pode levar a concluir por sua inconstitucionalidade. Isso ficou muito claro durante a repressão aos militantes anarquistas do IWW, a que nos referimos ao longo desse capítulo. Com a proibição (neutra quanto ao conteúdo, em tese) de que se usassem as calçadas para protestar, atingiu-se de forma desproporcional um determinado grupo político. Na prática, portanto, tratava-se de uma restrição baseada no ponto de vista disfarçada de neutra quanto ao conteúdo. Como disse David Rabban, banqueiros não precisavam de encontros de massa e de entregar folhetos para se fazerem ouvir, mas os trabalhadores sim, já que essa podia ser a única possibilidade de expressão do grupo: “oradores de caixote” normalmente “não têm dinheiro ou conexões sociais para alugar outro local” (RABBAN, 1997: 110).

No próximo capítulo, passaremos à análise dos principais argumentos de Alexander Meiklejohn, que pode ser considerado o mais elaborado teórico por trás da consideração da centralidade da proteção constitucional ao discurso político, sob a Emenda Constitucional número 1. Veremos que, embora parte de sua racionalidade tenha sido incorporada ao entendimento contemporâneo sobre a liberdade de expressão, os seguidores contemporâneos de Meiklejohn estão entre os críticos do sistema atual em razão da suposta desconsideração desse sistema por outro elemento valorizado na deliberação política: a equidade entre os deliberantes.

CAPÍTULO III – O Coletivismo de Alexander Meiklejohn

“E se o povo se engana, os discursos em praça pública existem justamente para retificar suas idéias”.

Maquiavel

Ahora sería conveniente contar dos o tres chistes, pero solo me ocurre uno, así, de pronto, solo uno, y para mayor inri de gallegos. No sé si ustedes lo saben. Va una persona y se pone a caminar por un bosque. (...)Y va esa persona, voy yo caminando por el bosque y me encuentro a quinientos mil gallegos que van caminando y llorando. Y entonces yo me detengo y les pregunto por qué lloran. Y uno de los gallegos se detiene y me dice: porque estamos solos y nos hemos perdido.
Roberto Bolaño, “Los detectives salvajes”

3.1 Introdução

Certo lugar-comum político vê na Constituição estadunidense (na forma como foi ratificada, e antes de qualquer emenda) o *locus* de elementos estruturais de organização do Estado e da vida democrática, como federalismo, separação de poderes, regras de representação, bicameralismo, emendas constitucionais, governo republicano, etc.. A Carta de Direitos, por sua vez, não teria nada a dizer sobre temas semelhantes. Seu *leitmotiv* seria o de revestir indivíduos e minorias contra as ameaças representadas por maiorias políticas e pelo próprio Estado. Não estamos certos, contudo, de que a divisão temática dentro da Constituição se dê de forma tão marcada, cabal e precisa. Seria risível dizer que a Constituição não trata de estrutura e que a Carta de Direitos não se destina a proteger indivíduos e direitos de grupos minoritários, mas talvez haja, no corpo do texto constitucional, provisões destinadas a proteger cidadãos individualmente considerados, e talvez os direitos individuais tampouco sejam o “samba de uma nota só” que se costuma ver no *Bill of Rights*. O constitucionalista Akhil Reed Amar tenta demonstrar –e o faz com bastante plausibilidade-- que o lugar-comum em questão representa uma grande simplificação. Através de uma leitura histórica da Constituição, Amar argumenta que se não há sequer uma tonalidade dominante no documento, muito menos se pode falar de motivo *exclusivo* de natureza contramajoritária. O *Bill of Rights* trata, é certo, de direitos individuais e minoritários, mas trata também de direitos dos estados, além de proteger

“várias associações intermediárias –igreja, milícia e júri—destinadas criar e educar um eleitorado virtuoso” (AMAR, 2000: XII-XIII).

Algumas evidências de que as dez emendas protegem não apenas minorias contra maiorias, mas protegem também o próprio corpo coletivo autogovernante contra um governo auto-interessado estão bastante à vista. A Décima Emenda, parte do Bill original, é explicitamente voltada para a promoção dos poderes estaduais, quiçá para oferecer uma instância capaz de contrabalançar o temido poder federal. Isso para não mencionar a “embaraçosa” Segunda Emenda (assim a definiu um acadêmico)⁸⁵, que assegura aos cidadãos o direito de portar armas e de participar de uma “milícia bem regulada”. Embora seja entendida contemporaneamente como uma barreira a tentativas governamentais de regulamentar a venda e a posse de armas e munições a cidadãos individualmente considerados, a linguagem da emenda denuncia sua conexão com o republicanismo cívico. Essa conexão enquadra o direito de portar armas e dá-lhe um contexto: não é como indivíduo privado que se tem esse direito, mas como membro de uma milícia de cidadãos. Qualquer que seja a forma como ela deve ser interpretada, no entanto, Levinson tem razão em qualificá-la de constrangedora.

Consideremos ainda este trecho de “O Federalista” de número 84, no qual Hamilton, ao argumentar contra a necessidade de a Constituição conter uma Carta de Direitos, afirmava que tal coisa, contendo tanto garantias políticas quanto garantias privadas, já constava do corpo constitucional:

“A verdade é, após todas as declamações que escutamos, que a Constituição é por si mesma, em todos os sentidos racionais, e para todos os propósitos úteis, uma CARTA DE DIREITOS. (...) O objetivo de uma carta de direitos é especificar e declarar os privilégios políticos dos cidadãos na estrutura e administração do governo? Isto é feito da forma mais ampla e precisa no plano da convenção; (...) Outro objetivo de uma carta de direitos é definir certas imunidades e modos de procedimento relativos a preocupações pessoais e privadas? Isto também foi atendido numa variedade de casos no mesmo plano. Atentando por conseguinte ao significado substantivo de uma carta de direitos, é absurdo alegar que não haja uma no trabalho da convenção” (HAMILTON, JAY, MADISON, 1987: 477).

Outras evidências do múltiplo caráter da *Bill* não são tão evidentes, e demandam um pouco mais de esforço investigativo. Mas é bastante revelador o fato de que a Carta de

⁸⁵ LEVINSON, Sanford. “The Embarrassing Second Amendment”, in: 99 *Yale Law Journal*, 637, 637-42 (1989).

Direitos proposta inicialmente continha doze, e não dez emendas. As duas emendas rejeitadas eram justamente as duas primeiras, de modo que a atual Primeira Emenda era a terceira da lista. A segunda da lista foi incorporada muito posteriormente, nos anos 90 do século XX, tornando-se a controversa Vigésima-sétima Emenda (cuja incorporação muitos constitucionalistas não reconhecem), mas a Primeira Emenda original não poderia tratar de um tema mais caro ao autogoverno coletivo, ao estipular que cada distrito eleitoral não poderia ter mais de trinta mil eleitores (ou seja, estabelecendo um número máximo de representados por *Representative*). Diante desse fato, fica um pouco menos plausível a afirmação de que a Constituição tratava de estruturas e que a *Bill of Rights* tinha o propósito exclusivo de suprir a lacuna constitucional em termos de direitos e garantias individuais. O que faria uma provisão tratando de estrutura governamental em meio a supostas garantias individuais?⁸⁶

Antes que o leitor que acompanhou nosso raciocínio desde o início da tese nos acuse de incoerência, devo esclarecer que não tratamos de defender aqui uma versão do originalismo na interpretação da Constituição, tendo rejeitado essa escola interpretativa no capítulo I. Não se trata, portanto, de defender uma interpretação “republicana” da *Bill of Rights em detrimento* do entendimento de que esses direitos protegem direitos individuais, muito menos com a justificativa de que essa interpretação é a *única correta porque os constituintes que incorporaram as emendas entendiam-nas dessa forma e assim desejavam que elas fossem entendidas*. Ademais, uma leitura histórica da Constituição digna desse nome não pode ignorar que a houve boas razões para que o entendimento individualista da *Bill of Rights* passasse a prevalecer, motivo esse diretamente ligado ao período pós-Guerra Civil, com a incorporação do *Bill* contra os Estados através da Emenda XIV, como já vimos. Nosso interesse, por enquanto, opõe-se frontalmente a esse. Se os originalistas desejam provar que há uma única interpretação correta, o que queremos demonstrar é a indeterminação da Constituição, ou seu caráter aberto. O sentido da interpretação constitucional precisa ser buscado não no texto nem na concepção dos constituintes, mas vem, como dissemos no primeiro capítulo desta tese, numa determinada concepção do que signifiquem valores políticos fundantes “igualdade” ou “democracia”. Um documento constitucional, portanto, não pode ser interpretado sem o recurso a uma determinada

⁸⁶ Para mais referências sobre a primeira emenda da *Bill of rights* original, ver AMAR, 2000: 3-19.

filosofia política mais ou menos coerente. Akhil Reed Amar lança dúvidas sobre um lugar-comum solidamente estabelecido, e nesse sentido, antes de afirmar outra ortodoxia constitucional, o efeito de sua obra é deixar clara essa indeterminação, abrindo novas possibilidades de interpretação.

A compreensão da razão pela qual um direito declarado na Constituição é defensável é, assim, uma forma de compreender como esse direito pode ou deve ser aplicado. Que bem se deseja promover ou defender com ele? Há muitas respostas possíveis e plausíveis pra essa questão, e o sentido de um direito jamais pode ser tomado como se estivesse determinado de antemão.

Desta forma, após esse rodeio introdutório e passada a longa exposição de casos jurídicos e decisões judiciais a que submetemos o leitor no capítulo II, iniciamos este capítulo propondo esta questão —cujo caráter fundamental e cuja relevância são de tal ordem que espanta como pudemos esperar até este ponto para propô-la—aplicada ao nosso tema. O que justifica um sistema de liberdade de expressão? Ou, dito de outro modo, qual bem estamos a proteger, se protegemos a expressão? Afinal, o que queremos com essa liberdade? A trivialidade, neste caso pertence apenas à pergunta: a resposta está muito longe de ser trivial.

De modo geral, quando se trata de justificar a liberdade de expressão, três respostas distintas costumam ser oferecidas a esta questão. Alguns apontam que a livre expressão e troca de informações entre os indivíduos é a condição para a *busca da verdade*, num padrão argumentativo que podemos chamar de *cognitivista*, especialmente importante para a atividade científica e para a vida intelectual. Outros consideram que a liberdade de ler, falar, escrever e discutir o que se bem entenda corresponde a um atributo tão essencial da *autonomia humana*, que não se pode falar de indivíduos donos de si mesmos na ausência dessa liberdade. A este argumento, chamaremos de *individualista*. Outros, finalmente, a despeito de também associarem a liberdade de expressão à autonomia, referem-se com isso à autonomia aplicado ao plano da vida coletiva; de acordo com essa perspectiva, o exame desinibido de argumentos e razões é condição para o exercício do *auto-governo democrático*. A esta justificativa, chamaremos de *republicana* (BLASI, 2002: 61).

Nenhuma destas razões tem, *necessariamente*, pretensões de ser a justificativa exclusiva da liberdade de expressão. Pelo contrário, cada uma delas pode reforçar as demais: as

razões entrecruzam-se e combinam-se de modo a formar uma teia em que as reivindicações já não subsistem sozinhas: o autogoverno coletivo, por exemplo, não é alheio à existência de um *demos* feito de cidadãos autônomos e donos de si próprios, para uma parte importante dos quais --podemos supor-- a curiosidade intelectual não é completamente estranha. Em algumas obras clássicas em defesa da liberdade de expressão, podemos notar o entrelaçamento entre os argumentos. Examinemos brevemente a *Areopagítica* e o *Sobre a Liberdade*, de Milton e de Mill, apenas com o intuito de identificar a convivência entre os padrões argumentativos apontados acima.

No discurso proferido pelo poeta inglês John Milton perante o Parlamento inglês em 1644, conhecido como *Areopagítica*, o autor pedia que, ao menos no âmbito específico da publicação de livros, jornais e panfletos, se abandonasse a censura prévia à imprensa, que fora recentemente (re)instituída pelos parlamentares. A defesa da difusão da “verdade” está entre as razões mais visíveis e frequentes a que Milton apela. Na introdução que faz na edição brasileira da obra, Fortuna aponta essa característica: “O principal objetivo da *Areopagítica*, como define seu autor, é a defesa da total liberdade de imprensa, a fim de tornar possível o maior avanço do conhecimento e da verdade” (FORTUNA, 1999: 17). Armand Himy nota que Milton recorre aos mitos de Osíris e Orfeu para explicar como o “desmembrado corpo da verdade” pode ser reconstituído (HIMY, 1995: 127). O paradigma cognitivista pode ser percebido neste trecho, ainda:

“Por fim, ela [a ordenação do Parlamento que reinstitui a censura prévia] apenas servirá para desencorajar qualquer estudo; paralisar a verdade, não só amortecendo e embotando nossas faculdades naquilo que já conhecemos, mas também dificultando e impedindo as descobertas que poderiam ainda ser feitas no campo do conhecimento, civil e religioso.” (MILTON, 1999: 61).

Mas Milton também recorre à defesa da autonomia individual: ao ridicularizar a atividade dos censores, reivindicando a passagem do juízo que repousava então nas mãos desses funcionários públicos para os indivíduos privados, reivindica a responsabilidade individual pelo uso da Faculdade da Razão. Aos indivíduos deve pertencer, em última instância, o julgamento moral sobre o que lhes serve e o que não lhes serve. Citando carta de São Paulo aos cristãos tessalonicenses, diz: “Discerni tudo e ficai com o que é bom” (MILTON, 1995: 85). Avizinha-se mesmo dos argumentos republicanos ao reclamar

publicidade aos atos políticos, mencionando inclusive o “apoio da opinião pública” que deve guiar como princípio o Parlamento contra as decisões “secretas” de “conselheiros” (MILTON, 1995: 55).

Areopagítica exerceu enorme influência direta sobre o debate das liberdades travado por pensadores iluministas. Especialmente sobre Mirabeau, que além de tradutor do texto, é autor de *Sur la Liberte de la Presse*, de 1788 (FORTUNA, 1999: 27). Mas podemos identificar sua influência sobre Stuart Mill e seu *Sobre a Liberdade*, publicado em 1859. Como Milton, Mill vale-se de um paradigma cognitivista, já que vê a discussão e o diálogo livres como instrumentos poderosos de conhecimento, como formas de pôr à prova supostas verdades e antigos dogmas. Stuart Mill, que dedica o segundo dos cinco capítulos de seu “Sobre a Liberdade” às liberdades de expressão e de imprensa, aproxima-se dessa perspectiva, atribuindo ao debate público o papel de esclarecimento público. A busca de verdade está assentada no confronto público de opiniões, razões e argumentos, de onde ela dialeticamente emerge: “Em todo assunto em que é possível diferença de opiniões, a verdade depende de um balanço a ser dado entre duas séries de razões opostas” (MILL, 1991: 56). O argumento de autoridade e dogmático é um alvo incapaz de subsistir diante da livre discussão pública. O objetivo da deliberação, no sentido que atribui Mill à palavra, é combater todos os dogmas estabelecidos, as verdades incontestadas, os “credos hereditários”, recebidos passivamente, o assentimento néscio e entorpecido. Nas palavras e no estilo de Mill, é perturbar o “sono profundo de uma opinião formada”. Isaiah Berlin deu-se conta do interesse milliano pela “verdade”:

“Mill parece ter-se convencido de que existe uma verdade atingível, comunicável e objetiva no campo dos juízos de valores, mas que não existem as condições objetivas para sua descoberta, a não ser em uma sociedade que forneça um grau suficiente de liberdade individual, sobretudo de pesquisa e discussão” (BERLIN, 1981: 28).

O conceito de verdade é diferente do que observamos em Milton. É uma verdade mais precária e menos estática, que tem se submeter-se a provas reiteradas para persistir. É uma verdade que resulta da “combinação e conciliação de contrastes”, numa reafirmação de crença na dialética. Parece-nos que sua crença numa verdade objetiva --como quer Berlin-- perde relevância face a sua dúvida quanto à possibilidade de conhecê-la, pois isso é suficiente para abrir caminho para um mundo plural, tolerante e fundado na razão pública.

Essas características são vistas como essenciais e valiosas (ou “úteis”) para todos, e não só para os defensores dos pontos de vista controversos ou minoritários. A deliberação pública baseada na defesa argumentada e racional em defesa de cada um dos pontos de vista não é entendida como nociva em circunstância alguma:

“Quando se acham pessoas que fazem exceção, a respeito de qualquer assunto, à aparente unanimidade do mundo, é sempre provável, ainda que o mundo esteja certo, que os dissidentes tenham algo a dizer digno de ser ouvido, e que a verdade algo perdesse com o seu silêncio” (MILL, 1991: 90).

Contudo, como a discussão pública pode dar-se apenas entre sujeitos autônomos e livres, o paradigma cognitivista de defesa da liberdade de expressão não é o único apoio de Mill, que também se baseia no papel da livre expressão como estímulo à autonomia individual, à diversidade social e à racionalidade pública. O indivíduo que busca conhecimento verdadeiro também tem pretensões de autonomia e age livremente na esfera política. Por isso, tem de contar com o pressuposto da maior informação possível. Além disso, um ambiente que permite o debate aberto obriga a todos aqueles que se dispõem a vir até a esfera pública a apresentar seus pontos de vista políticos com base na razão pública compartilhada e a fundamentar as próprias opiniões com base nessa razão.

Infelizmente, contudo, não é sempre que as razões pelas quais a liberdade de expressão deve ser defendida se reforçam mutuamente desta forma. Podemos imaginar que o interesse ou o desinteresse (ou a necessidade de decidir, porque afinal de contas a deliberação política não pode ser infinita) da audiência pode entrar em choque com o indivíduo que continua indeciso sobre determinado tema e que gostaria de ouvir mais sobre ele. Esse indivíduo pode querer mais do que ouvir. Pode também querer falar mais sobre determinado tema antes que o *demos* decida, reforçando um ponto que já foi dito, num último esforço para influenciar a decisão de acordo com o ponto de vista que ele entende ser correto. Podemos pensar ainda numa comunidade na qual fundamentalistas cristãos, todos ardorosamente anti-evolucionistas, sejam maioria absoluta da população. Neste contexto, o *demos*, após um debate nos quais todos puderam colocar seu ponto de vista, poderia ser capaz de decidir banir das escolas públicas qualquer menção a Darwin e ao evolucionismo, punindo professores dissidentes com a demissão ou mesmo --por que não o imaginar?--com a pena de prisão. Neste exemplo, temos um choque entre um

majoritarianismo estrito e a busca da verdade. Não foi algo semelhante o que ocorreu com a *Comstock Act*, que descrevemos no capítulo anterior? O *demos* decidiu que expressões de conteúdo sexual –mesmo que se tratasse de informação médica sobre a prevenção de doenças venéreas – não teriam mais lugar na comunidade política. Ou ainda, se olharmos o financiamento privado de campanhas políticas desse ponto de vista, as tentativas de limitar ou mesmo proibir as doações não se encaixam num conflito semelhante? De um lado, temos um *demos* tentando limitar a “expressão” de pessoas e empresas privadas, e de outro, esses mesmos atores tentando fazer-se “ouvir” no foro público, pagando anúncios de televisão dos candidatos mais identificados com seus interesses. E se nos aventuramos a oferecer respostas a questões como essa de modo “instintivo”, não tardará para que nos vejamos em apuros. Para resolver questões como estas, precisamos de parâmetros teóricos mais claros. Em busca de referências é que trataremos de discutir no restante deste capítulo e no início do capítulo seguinte a vertente coletivista da liberdade de expressão. Por ora, ficamos apenas com sua formulação inicial, feita por Alexander Meiklejohn em 1948. Apresentaremos primeiramente os argumentos de Meiklejohn, seguidos por algumas das críticas que se lhe fazem, finalizando o capítulo com uma discussão sobre as pertinências dessas críticas. Começemos, então, pela análise das conexões entre liberdade de expressão e auto-governo coletivo, tais como entendidas por Meiklejohn.

3.2 Liberdade de expressão como liberdade política

Em muitos sentidos pode-se afirmar que a liberdade de expressão é uma liberdade política. Num primeiro sentido, mais frouxo e óbvio, é “política” por ser uma liberdade garantida politicamente, em geral inscrita no documento político por excelência, uma Constituição. É portanto, afirmada pelo Estado. Assim, ainda que lhe seja dado um uso exclusivamente privado, ou mesmo íntimo, a liberdade de expressão é política em sua origem. Mas, nesse sentido, qualquer liberdade assegurada em normas jurídicas também é “política”. Mais do que isso, qualquer tema abordado no ordenamento jurídico posto pelo Estado é “político”. Isso reduz o qualificativo a um truísmo que não identifica nem qualifica coisa alguma.

Num segundo sentido, mais específico, ela pode ser política também em seus objetivos. Aqui estamos a tratar da importância específica da liberdade da palavra voltada para a vida coletiva, para a discussão e deliberação de assuntos públicos numa democracia. A constatação do vínculo profundo que une liberdade de expressão e autogoverno coletivo não é coisa nova. A relação aparece, por exemplo, ainda que de forma incipiente, no discurso de Milton ao Parlamento inglês. Aparece com clareza na campanha de Madison contra a *Sedition Act*. Pode ser notada também no livro de Stuart Mill. Na verdade, certa defesa da liberdade de palavra é, por assim dizer, ubíqua em toda a tradição republicana do pensamento político. Por isto é que aqui tampouco se pode ver, digamo-lo desde já, novidade alguma. Em suas obras republicanas, Maquiavel já chamava a atenção para a importância da livre exposição pública e troca de argumentos para a autonomia coletiva, o que se pode notar tanto numa das epígrafes deste capítulo, como no trecho que reproduzimos abaixo:

“Deve-se considerar como um bem a possibilidade de cada um propor o que considera útil ao público, e é igualmente bom que se permita a cada um expressar livremente o seu pensamento sobre o que é proposto, de modo que o povo, esclarecido pela discussão, adote o partido que achar melhor” (MAQUIAVEL, 2000: 76).

A tendência de valorização da expressão política e da troca pública de argumentos entre os autores republicanos e democráticos --entre os defensores do “governo popular”-- torna-se ainda mais evidente quando contatada pelo seu avesso: sua imagem invertida --a tradição política vinculada à defesa da soberania forte ou mesmo ilimitada-- olha com visível má-vontade e pouca paciência, para dizer o mínimo, a deliberação política e a liberdade de apresentar-se munido de argumentos no foro público.⁸⁷ Não se trata de um problema

⁸⁷ Hobbes é o exemplo mais evidente, mas podemos pensar ainda em Carl Schmitt, ressaltando, claro, as devidas diferenças de contexto. No capítulo XVIII (“Dos direitos do soberano por instituição”) do *Leviatã*, Hobbes afirma: “...compete à soberania ser juiz de quais as opiniões e doutrinas que são contrárias à paz, e quais as que lhe são propícias. E, em consequência, de em que ocasiões, até que ponto e o que se deve conceder àqueles que falam a multidões de pessoas, e de quem deve examinar as doutrinas de todos os livros antes de serem publicados. Pois as ações dos homens derivam de suas opiniões, e é no bom governo das opiniões que consiste o bom governo das ações dos homens, tendo em vista a paz e a concórdia entre eles. E, embora em matéria de doutrina não se deva olhar a nada senão à verdade, nada se opõe à regulação da mesma em função da paz. (...) Portanto compete ao detentor do poder soberano ser o juiz, ou constituir todos os juízes de opiniões e doutrinas, como uma coisa necessária para a paz, evitando assim a discórdia e a guerra civil.”

apenas teórico, claro. Como nos lembra Bernard Manin, uma das características mais arraigadas dos despotismos é evitar que os sujeitos se comuniquem entre si (MANIN, 1997: 171).

Nosso objetivo aqui, entretanto, é expor e discutir uma defesa do caráter político da liberdade de expressão que vai além destes pontos. Não se trata de reconhecer o truísmo da origem política de um direito qualquer, ou de afirmar o outro truísmo segundo o qual a liberdade de expressão é fundamental para a discussão de assuntos públicos. Sobre estas afirmações não há qualquer nível de polêmica. Partindo da premissa óbvia –tomada como um dado-- de que o livre intercâmbio de razões e argumentos possui um valor excepcional para o autogoverno coletivo, o que a interpretação que aqui exporemos reivindica é o entendimento de que a expressão política ---ou seja, a expressão voltada especificamente para a discussão de assuntos públicos e políticos-- deve possuir um *status* especial, diferente da expressão meramente individual e privada, numa sociedade que aspira a algum grau de autogoverno coletivo. Referimo-nos à interpretação da Primeira Emenda feita por Alexander Meiklejohn, à qual –seguindo um crítico dessa interpretação-- daremos o nome de *coletivista*.

(HOBBS, 1979, pp. 109-110). Já no capítulo XXIX (“Das coisas que enfraquecem ou levam à dissolução de um Estado”), falando dos riscos ao Estado trazidos pelas leituras republicanas, Hobbes termina pedindo ação dos censores contra tais livros: “Quanto à rebelião contra a monarquia em particular, uma de suas causas mais freqüentes é a leitura de livros de política e de história dos antigos gregos e romanos, da qual os jovens, e todos aqueles que são desprovidos do antídoto de uma sólida razão, recebendo uma impressão forte e agradável das grandes façanhas de guerra praticadas pelos condutores dos exércitos, formam uma idéia agradável de tudo o que fizerem além disso, e julgam que sua grande prosperidade procedeu, não da emulação de indivíduos particulares, mas da virtude de sua forma de governo popular não atentando nas freqüentes sedições e guerras civis provocadas pela imperfeição de sua política. A partir da leitura, digo, de tais livros, os homens resolveram matar seus reis, porque os autores gregos e latinos, em seus livros e discursos de política, consideraram legítimo e louvável fazê-lo, desde que antes de matá-lo o chamassem de tirano, pois não dizem que seja legítimo o *regicídio*, isto é, o assassinato de um rei, mas sim o *tiranicídio*, isto é, o assassinato de um tirano. A partir dos mesmos livros, aqueles que vivem numa monarquia formam a opinião de que os súditos de um Estado popular gozam de liberdade e aqueles que o são de uma monarquia são todos escravos. Repito, aqueles que vivem numa monarquia formam tal opinião, mas não aqueles que vivem num governo popular, pois não o verificam. Em resumo, não consigo imaginar coisa mais prejudicial a uma monarquia do que a permissão de se lerem tais livros em público, sem mestres sensatos lhes fazerem aquelas correções capazes de retirar-lhes o veneno que contêm, veneno esse que não hesito em comparar à mordida de um cão raivoso, que constitui uma doença denominada pelos físicos *hidrofobia*, ou *medo da água*. Pois aquele que assim foi mordido tem um contínuo tormento de sede e contudo não pode ver a água, e fica num estado como se o veneno conseguisse transformá-lo num cão; do mesmo modo, quando uma monarquia é mordida até ao âmago por aqueles autores democráticos que continuamente rosnam em suas terras, ela de nada mais precisa do que de um monarca forte, que contudo quando surgir será detestado devido a uma certa *tiranofobia*, ou medo de ser governado pela força (HOBBS, 1979, 195-6).

3.2.1 A interpretação coletivista da Primeira Emenda

Apesar de alguns autores insistirem em que certos elementos que caracterizariam o coletivismo estivessem presentes na obra de Zechariah Chaffee⁸⁸, não se pode falar de uma teoria elaborada, estruturada e autoconsciente em torno dessa perspectiva antes que Alexander Meiklejohn trouxesse a público, em 1948, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*. Sua perspectiva, exposta nessa obra, configura o que um crítico do autor chamou de “a mais influente exposição da teoria coletivista da Liberdade de Expressão” (POST, 1995a: 269). Esse livro possui um objetivo imediato: o de intervir no debate público nos Estados Unidos em defesa dos perseguidos pela histeria anticomunista que caracterizou os primeiros anos após a II Guerra Mundial. Os episódios narrados no capítulo anterior, como as audiências nos comitês congressuais, o programa federal de “lealdade”, numerosas outras leis federais e estaduais de caráter anticomunista, e mesmo o processo criminal aberto contra onze dirigentes do Partido Comunista dos Estados Unidos, (O caso *Dennis v. United States*) --este último posterior ao livro de Meiklejohn-- ajudam a compor o *Zeigeist* de “*Free Speech...*”. Logo no Prefácio da obra nosso autor já deixa claro que o que o preocupa é o conflito entre o governo dos EE. UU., que afirma que o discurso daninho ou perigoso deve ser combatido, e a Constituição, que, “interpretada literalmente”, oferece uma resposta negativa a essa questão. Meiklejohn aponta a construção de um sistema nacional de espionagem, por parte do FBI, através do qual “centenas de milhares de pessoas são listadas como tendo este ou aquele conjunto de opiniões” (p. X). Alfineta a desautoriza os comitês congressuais: “Todas as investigações desses comitês”, diz ele,

“estão baseados no pressuposto de que certas formas de opinião política deveriam ser suprimidas e de que é legítimo fazê-lo. Além do mais, o Departamento de Justiça listou 60 ou mais organizações ‘desleais’ aos EE. UU. Estamos oficialmente no caminho da supressão do discurso ‘perigoso’” (p. XI).

⁸⁸Mark Graber, por exemplo, aponta que, por colocar os interesses sociais na discussão aberta acima dos interesses individuais de auto-expressão, Chaffee pode ser considerado como um predecessor de Meiklejohn no coletivismo (GRABER, 1991: 144). Chaffee diz que a Primeira Emenda “protege dois tipos de interesses na Liberdade de Expressão: há um interesse individual, a necessidade de muitos homens de expressar suas opiniões em questões vitais para eles, se a vida vale a pena ser vivida, e há um o interesse social em alcançar a verdade (...)”. (CHAFEE, 1941: 33, *apud* GRABER, 1991: 144). Mas no capítulo anterior, vimos como a expressão livre defendida por Chaffee era menos ampla do que a seus antecessores, como Schroeder, defendiam. A “obscenidade”, categoria ampla o suficiente para incluir conselhos médicos em casos de doenças venéreas, nunca lhe pareceu digna de ser protegida, ao contrário do que achavam militantes e acadêmicos que o precederam. (RABBAN, 1997: 5)

Em defesa do direito dos comunistas e demais perseguidos pelo macartismo de expor livremente seus pontos de vista no debate público, nosso autor invoca a proteção da expressão conferida pela Primeira Emenda. O problema era que, como vimos no capítulo II, a compreensão da liberdade de expressão oferecida pela Suprema Corte naquele momento não oferecia proteção aos acusados de comunistas pelo fato de que estes eram facilmente encaixados na regra de supressão de expressão formulada pelo juiz Holmes em 1919, a chamada regra do “perigo claro e presente”. Esta regra, se fora formulada como um critério libertário, era agora utilizada, ou pelo menos sua letra o era, como instrumento de repressão.

Um dos objetivos de Meiklejohn, portanto, era desqualificar essa regra e oferecer outro critério de interpretação da Primeira Emenda em seu lugar, o que deixa bastante claro, ao dizer pretende “desafiar” a interpretação da liberdade de expressão que foi adotada pela Suprema Corte dos Estados “desde 1919” (MEIKLEJOHN, 1948: 29). Apesar de reconhecer que a importância do argumento “para a época” está “além de qualquer dúvida” (MEIKLEJOHN, 1948: 31), ele não nos serve, diz, porque não é uma regra de como interpretar a Primeira Emenda, já que “oferece mais uma exceção ao princípio [da liberdade de expressão] do que uma interpretação dele (MEIKLEJOHN, 1948: 31).

Mas mais grave do que a incapacidade da regra ao interpretar a Primeira Emenda é que, para Meiklejohn, Holmes a “anulou” com semelhante entendimento, chamado de “desastroso” para a compreensão do autogoverno (MEIKLEJOHN, 1948: 34). Por quê? Porque –e aqui chegamos a um dos pontos nevrálgicos e controversos de sua argumentação-- ignora uma distinção fundamental: a divisão entre expressão pública e expressão privada. A interpretação não leva em conta a idéia de que há uma separação rígida entre os direitos voltados para a ação do cidadão na esfera política (que ele chama de “*Freedoms*”) e aquelas liberdades que se prestam ao cuidado da sua vida privada (“*Liberties*”) (MEIKLEJOHN, 1965: XV). As liberdades públicas são dignas de uma proteção mais forte do que a que se oferece às liberdades privadas:

“Pode-se afirmar que nossas liberdades civis, em geral, não são todas de um único tipo, mas de dois tipos que, embora radicalmente diferentes em seu *status* constitucional, são facilmente confundidas. Essa confusão tem sido (...) desastrosa no seu efeito sobre nossa compreensão das

relações entre cidadãos individuais e o governo dos EE. UU. (...) Como exemplo do primeiro tipo de liberdade civil eu ofereceria a liberdade de crença ou de descrença. O governo está proibido de restringir essa liberdade. Como exemplo do segundo tipo, podemos usar a liberdade individual de propriedade, e o direito de usar a renda proveniente do trabalho ou propriedade. (...) O governo pode tomar a parte que achar necessária da renda de um homem para promover o bem-estar comum. O direito de propriedade é, portanto, contrastado com o de crença religiosa, um direito limitado. Pode ser ultrapassado pelo governo.” (MEIKLEJOHN, 1948: 1 e 2).

Se a própria distinção entre expressão política e não-política não deve ter surpreendido o leitor, uma vez que, como vimos, é parte constitutiva do entendimento contemporâneo da liberdade de expressão nos Estados Unidos, o fato de que a liberdade de crença seja classificada como “política” (ou seja, como “*Freedom*”) deve ter sido uma surpresa. Mas pedimos ao leitor que deixe essa questão de lado, por ora, pois voltaremos a ela dentro em pouco. A liberdade de expressão existe em ambas as formas. A Primeira Emenda, contudo, destina-se unicamente à proteção da expressão política. E essa proteção adquire uma relevância especial quando se considera que a liberdade de discussão desinibida dos assuntos públicos, para ele, e numa leitura que chamaríamos de madisoniana, representa o princípio arquitetônico de todo o sistema político numa democracia. Nas palavras de Meiklejohn, apenas através de um “exame cuidadoso do funcionamento de nosso sistema político como um todo é capaz de fazer-nos descobrir o papel que a Liberdade de Expressão ocupa nele” (MEIKLEJOHN, 1948: 17). A supressão do discurso político, assim, é inaceitável por ser profundamente incompatível com o que ele considerava o próprio pressuposto do sistema constitucional estadunidense, sua vibração mais íntima: a busca da realização do autogoverno coletivo:

“O princípio da liberdade de expressão deriva da necessidade de autogoverno, de sua lei básica de acordo com a qual assuntos públicos devem ser decididos por voto universal. Ter medo de idéias, de quaisquer idéias, é ser incapacitado para o autogoverno” (MEIKLEJOHN, 1948: XIII e XIV).

Como disse o ex-juiz da Suprema Corte William Brennan de Meiklejohn,

“A Primeira Emenda, em sua visão, é o depositário dos poderes de autogoverno que, por serem exclusivamente reservados ao povo, são por força daquela emenda imunes à regulação das agências, sejam federais ou estaduais, que são funcionárias do povo. Estes poderes reservados, que ele rotulou de poderes de ‘importância governamental’, estão relacionados não com um direito privado, mas com um poder público, uma

responsabilidade governamental. A Liberdade de Expressão na âmbito das questões públicas é absoluta”. (BRENNAN Jr., 1965: 11-2).

Atentemos bem para esta citação, pois ela abre caminho para que finalmente cheguemos ao ponto em que reside a originalidade de Meiklejohn: justamente pelo fato de que a Primeira Emenda é “depositária dos poderes de autogoverno” é que ela se destinaria **exclusivamente à proteção do discurso político**. Não que o discurso privado não seja digno de proteção: ele o é. Mas, além de gozar de uma proteção mais fraca que o discurso político, no âmbito do direito constitucional, sua proteção não estaria contida na Primeira Emenda, mas na Quinta Emenda à Constituição. Esta diz que a “liberdade” (“*liberty*”) (que para Meiklejohn inclui a expressão privada) pode ser suprimida somente através do devido processo legal. Na Quinta Emenda, diz Meiklejohn, a Liberdade é um correlato de Vida e de Propriedade, e “estas são possessões individuais. E não há dúvidas de que o direito de falarmos que bem entendemos é um dos mais valiosos dos direitos individuais” (MEIKLEJOHN, 1948: 37-8). Para ele, os indivíduos têm um direito privado de expressão, que pode eventualmente ser negado ou limitado, “desde que tais limitações não sejam desnecessárias ou desiguais”. (p. 39).

Ao reprovar a então recente proibição estabelecida pelo Ministério da Justiça (o *Attorney General*) de que estrangeiros em visita aos EE. UU. se manifestassem politicamente, Meiklejohn diz por que o discurso político não pode ser suprimido: porque a proibição é o sinal de uma tutela, já que parte do princípio de que os estadunidenses são “intelectual e moralmente incapazes de tomar parte naquilo que Oliver Wendell Holmes chamou de “experiência de autogoverno” (MEIKLEJOHN, 1948: XIII-XIV). O problema, principal, para ele, não parece ser o das proibições e penas impostas a indivíduos que se querem pronunciar politicamente, mas sim o fato de poderes constituídos do Estado considerarem que o povo, poder constituinte, não tem direito a ser exposto a determinada visão ou ideia política considerada em alguma medida ameaçadora pelos poderes constituídos, a deliberar sobre ela e a decidir politicamente se ela lhe serve ou não lhe serve. Citando o preâmbulo da Constituição (“Nós, o Povo... decretamos e estabelecemos...”⁸⁹) Meiklejohn lembra-nos de que “numa sociedade livre, ‘o povo’ somos a fonte suprema de toda a autoridade governamental, com *status* constitucional prioritário

⁸⁹ “We the People ... do ordain and establish...”

em relação aos ramos executivo, legislativo e judiciário, estabelecidos por nós”. Ao estabelecer os três Poderes de Estado, o Povo reservou-se a liberdade para suas atividades eleitorais, nas quais os demais Poderes estão proibidos de intervir, justamente porque não podem, como poder constituídos, sobrepor-se ao poder constituinte no âmbito dos direitos políticos sem arruinar o próprio caráter do governo livre. “É tal proibição que a Primeira Emenda expressa protegendo os direitos de expressão, imprensa, reunião e petição” (MEIKLEJOHN, 1972: 96). O direito do povo de discutir politicamente, de examinar os méritos e deméritos das diferentes formas, regimes e sistemas de governo não pode, desta forma, ser limitado por nenhum dos três Poderes. É neste sentido que o ex-juiz Brennan, na citação reproduzida acima, diz que, para Meiklejohn, a Liberdade de Expressão na âmbito das questões públicas é absoluta.

Abramos aqui breve parêntese: que esta última frase não nos conduza ao equívoco de acreditar em qualquer vinculação de Meiklejohn com o “absolutismo” da Primeira Emenda, a que nos referimos no capítulo anterior. O “absolutismo”, cuja maior expressão na Suprema Corte era o juiz Hugo Black, lembremos, é a doutrina que, ao ler a Primeira Emenda de modo literal, defende a tese de que nenhuma (ou quase nenhuma) restrição à expressão pode ser posta pelo Estado. É verdade que as coincidências são muito maiores com os absolutistas do que com os reguladores. Também é verdade que Meiklejohn fez rasgados elogios ao juiz Hugo Black. Mas apesar de que um de artigos do coletivista leva como título justamente *The First Amendent is an Absolute*⁹⁰, não há lugar para Meiklejohn no seio da principal divisão entre intérpretes da Primeira Emenda durante a construção do sistema atual, ao longo do século XX, entre absolutistas e “defensores da regulação razoável”. Quando ele próprio, Meiklejohn, diz reivindicar uma interpretação absoluta da Primeira Emenda, devemos ter em mente as inúmeras diferenças e discordâncias que o separavam dos verdadeiros “absolutistas”. O que Meiklejohn acreditava estar protegido pela Emenda é muito menos do que Hugo Black via sob a mesma proteção. Para Black, até mesmo a publicação de nomes e fotos de vítimas de estupro sem seu (das vítimas) consentimento era permitido. Sunstein também faz notar que a separação entre discurso político e não-político, característica do coletivismo de Meiklejohn, é deplorada pelos absolutistas. (SUNSTEIN, 1995: 5-6). Se voltamos à frase de Brennan, podemos pensar,

⁹⁰ MEIKLEJOHN, Alexander. “The First Amendent is an Absolute”, *Supreme Court Review* (1961): 245-266.

então, que Meiklejohn defende um absolutismo circunscrito à fala política. Isto sim é verdade, o que não quer dizer que a afirmação dispense ressalvas. O “absolutismo-circunscrito-à-esfera-política” de Meiklejohn é bastante diferente do absolutismo genérico de Hugo Black, pois, ao contrário deste último, Meiklejohn defende certa lógica gerencial, mesmo –e talvez principalmente-- no âmbito político. Não qualquer lógica gerencial, mas uma que obedeça a determinados critérios. Uma das características mais marcantes, e, devemos dizer, mais criticadas da teoria coletivista é que ela justifica a existência de uma lógica gerencial do discurso público, que é tudo o que os absolutistas consideram inaceitável. Isso faz o absolutismo de Black pouco atraente, por ser incapaz de oferecer um critério para acomodar a liberdade de expressão a outros valores com os quais ela possa entrar em conflito. Black vê a Primeira Emenda como “ausência de regulação”. Meiklejohn, como “presença do auto-governo”. (MEIKLEJOHN, 1961: 252)

Essa lógica gerencial deve atender a determinados critérios de regulação, no entanto, no entanto Em outras palavras, o absolutismo não oferece critérios para acomodar a liberdade de expressão com outros valores, enquanto Meiklejohn sim o faz.

Para falarmos da lógica gerencial defendida pelo coletivismo, temos que deter-nos numa metáfora feita por Meiklejohn, na qual o discurso público é comparado à instituição tipicamente estadunidense do *Town Meeting*. A idéia de que a compreensão da Meiklejohn da liberdade de expressão tinha como objetivo uma esfera pública com uma diversidade de perspectivas circulando, inclusive as perspectivas radicais suprimidas pela “regra do perigo claro e presente” pode ser atestado através do uso que ele faz dessa metáfora que lhe rendeu –e continua a render-lhe—críticas duras. O que essa metáfora sugere é que, se a expressão política não pode ser suprimida, pode ser *regulada*. Como conciliar a aparente contradição entre a idéia de o *demos* não pode ser tutelado, mas a expressão deve ser regulada? Voltaremos a este ponto mais adiante. Expliquemos melhor, em primeiro lugar, a analogia da esfera pública com o *Town meeting*.

O *Town Meeting* é uma instituição de democracia direta em âmbito local característica das pequenas cidades da Nova Inglaterra, onde é praticada desde os tempos coloniais. De modo geral, consiste numa reunião aberta dos moradores da comunidade, convocada com uma pauta definida, na qual os cidadãos agem como se fossem um corpo legislativo, no sentido de que deliberam sobre o tema em pauta e decidem politicamente. A

reunião culmina com a decisão da comunidade, tomada com base no resultado da votação do tema em questão entre os participantes. Tocqueville descreve-a dessa forma:

“A comuna nomeia seus magistrados de todo tipo; ela se tributa, ela reparte e arrecada o imposto sobre si mesma. Na comuna da Nova Inglaterra, a lei da representação não é admitida. É na praça pública e no seio da assembleia geral dos cidadãos que se tratam, como em Atenas, os assuntos concernentes ao interesse de todos.” (TOCQUEVILLE, 1998: 48-9)

Pois bem, como dizíamos, Meiklejohn, com sua metáfora, deseja colocar o discurso público da democracia representativa de massas e o *Town Meeting* no mesmo plano, com o intuito de reivindicar a forma como o debate público é conduzido nesta última como modelo para se conduzir a discussão pública na primeira. Robert Post observa que “o *town meeting* estadunidense” é proposto por Meiklejohn como “um modelo para avaliar a qualidade do debate público” (POST, 1995a: 271). Nos *Town meetings* –diz-nos Meiklejohn– há uma ampla liberdade de expressão, mas uma ordem do condutor da assembleia pode fazer calar. A conversa é “regulada”, não é um “*Hyde Park*” (MEIKLEJOHN, 1948: 23). Da mesma forma que a deliberação nos encontros locais, a Primeira Emenda não dá o direito de que todo indivíduo possa falar onde, quando e como queira. E por que razão não o permite? Por que assim como no *Town meeting*,

“O objetivo da discussão não está nas palavras dos falantes, mas na cabeça dos ouvintes. O objetivo último do encontro é a tomada de uma decisão sábia através do voto. Os votantes, portanto, devem ser tornados tão sábios quanto possível. O bem-estar da comunidade exige que aqueles que decidem sobre um tema devem entender do tema. E isso requer que, tanto quanto o tempo permita, todos os fatos e interesses relevantes para a questão devem ser trazidos à baila durante a reunião. A Primeira Emenda não protege a falação desregrada⁹¹. Não exige ela que, em qualquer ocasião, todo cidadão tome parte de qualquer debate. Tampouco pode assegurar que todos, em qualquer ocasião terão a oportunidade de fazê-lo. O importante não é que todos falem, mas que tudo o que vale a pena ser dito seja dito.” (MEIKLEJOHN, 1948: 25)

A regulação pode permitir, portanto, inclusive que um cidadão seja impedido de falar “porque já não há mais tempo disponível”. O que a regulação não permite, contudo, é que alguém seja barrado “porque suas opiniões são tidas como falsas ou perigosas” ou porque “alguém no controle as considera desaconselháveis, injustas ou anti-americanas. (...)”

⁹¹ *Unregulated talkativeness*, no original.

(MEIKLEJOHN, 1948: 26). Isso significa que, para os coletivistas, a expressão não é direito individual, pelo menos não o é aquela que se encontra sob a proteção da Primeira Emenda: “Fixar nossa atenção”, diz Meiklejohn, “como frequentemente fazemos, no direito individual de falar significa perder de vista o essencial” (MEIKLEJOHN, 1965: 95).

Temos aqui alguns pontos fundamentais da teoria coletivista da liberdade de expressão. Para os coletivistas, a liberdade de expressão politicamente compreendida não deve proteger *apenas* o direito do emissor do discurso de se fazer ouvir, nem sequer o deve proteger em primeiro lugar. **O vínculo que une expressão política e autogoverno coletivo faz com que o interesse primordial a ser protegido seja o interesse do corpo coletivo a ter acesso à maior diversidade possível de discursos.** O coletivismo, portanto, tira do âmbito protetivo da Primeira Emenda a expressão que não se destina a informar o *demos*, seja porque o tema não tem natureza política, seja porque o *demos* já não precisa daquela expressão para estar informado. A ausência de relevância pública de um tema, portanto, ou sua redundância são capazes de enfraquecer a proteção a que uma expressão faz jus. Essa é uma diferença fundamental entre o entendimento de Meiklejohn e aquele que a Suprema Corte consagrou, pautado pela frase de Brandeis em *Whitney v. Califórnia*, segundo a qual só se pode desejar mais discurso, e não menos, fórmula que impede a supressão de discursos “equivocados” ou redundantes (o que é especialmente importante na questão do financiamento privado de campanhas políticas). Como veremos no capítulo seguinte, este representa o ponto de apoio dos coletivistas contemporâneos⁹² para a reivindicação de regulação da discussão pública com o intuito de promover a diversidade de perspectivas na esfera pública como ponto fundamental de uma agenda de reformas democráticas.

Antes de passarmos à análise das críticas que foram feitas a Meiklejohn, recapitulemos o que foi dito até aqui. Meiklejohn reivindica, em primeiro lugar, uma distinção entre liberdade não-política e política. Em segundo lugar, a distinção se traduz em graus de proteções distintos e em titularidades diferentes para ambas. A liberdade de expressão política demanda uma proteção mais alta e seu titular é o *demos*, mais do que os próprios indivíduos. 3) Finalmente, a proteção “mais alta” deve ser vista, no entanto, como uma proteção contra a censura (baseada no conteúdo), não contra a regulação (de tempo, modo e lugar), esta última vista como essencial para permitir à liberdade política de expressão

⁹² Como notou Robert C. Post, a tese de Meiklejohn de que o objetivo primordial da Primeira Emenda é promover um debate público rico passa tem despertado renovado interesse. (POST, 1995: 268).

realizar seus propósitos de permitir a deliberação pública. Os critérios dessa regulação devem ser o de trazer a maior diversidade de pontos de vista possível para o *demos*, e isso pode dar ensejo inclusive a fazer calar quem já teve a oportunidade de falar e convidar para a tribuna aqueles que não o fizeram.

3.2.2 Algumas críticas ao coletivismo

Nenhuma das teses de Meiklejohn sobre a liberdade de expressão foi poupada de críticas severas. A separação entre discurso público e privado, que ele acredita ocorrer inclusive no próprio texto da Constituição, a suposta superioridade que se confere aos direitos políticos em relação aos direitos privados, ou ainda a analogia do *Town meeting*, usada para defender tanto a tese de que o emissor do discurso está em segundo plano em relação aos direitos da assembléia quanto para corroborar uma lógica gerencial da discussão, tudo isso foi e tem sido alvo de críticas duras. Este será o objeto de nosso exame a partir de agora.

Alguns dos pontos que junto compõem a tese coletivista encontram mais oposição do que outros. Vimos no capítulo anterior que, se a Suprema Corte não endossa a tese de Meiklejohn de que apenas a expressão política está sob a proteção da Primeira Emenda, vimos também que o tribunal constitucional atribui centralidade absoluta e prioridade protetiva ao que de alguma forma se entenda como expressão política. A decisão *New York Times v. Sullivan* reconheceu essa centralidade, e Meiklejohn não deixou de dar-se conta disso. Perguntado sobre a importância da sentença, afirmou –aos 92 anos, idade que tinha quando o caso foi decidido-- que se tratava de uma ocasião para “dançar nas ruas” (*apud* LEWIS, 2007: 68)⁹³.

⁹³ Convém ressaltar que a mudança trazida por *Sullivan* na lei de difamação, afrouxando as regras de difamação de agentes públicos, foi defendida por Meiklejohn num artigo na revista da Suprema Corte (citado nesta tese) poucos anos antes da sentença (em 1961): “O princípio que discutimos aqui [a diferença entre expressão política e não-política] pode ser ilustrado com nossas leis de difamação. Em casos de difamação privada, um indivíduo arruína o outro pela língua ou pela caneta. A pessoa prejudicada em reputação e propriedade pode buscar reparação pelo dano, processando-o, e a Primeira Emenda não protege a pessoa processada. Seu ataque não tem relação com os temas políticos. Se, no entanto, o mesmo ataque verbal é feito com o intuito de mostrar a incapacidade de um candidato para um cargo governamental, o ato deve ser considerado como uma participação de um cidadão no governo coletivo, o que faz dele algo protegido pela Primeira Emenda. O mesmo princípio vale para o ataque de um cidadão, por palavras ou por desaprovação, a uma política do governo, ou mesmo à estrutura da Constituição. Esses são assuntos públicos em relação aos quais, em nosso sistema político, os cidadãos retêm autoridade e competência para fazer seus julgamentos.

Mas é difícil resistir à tentação de refutar integralmente a tese de Meiklejohn com base no fato de que ela se assenta numa improvável e desacreditada ontologia do político. O que identifica discurso político e discurso privado? O local onde ela se faz? O número de pessoas que a escutam? A natureza do tema tratado? O que *é* de fato político e o que *é* privado, já que, como sabemos, a linha que separa as duas categorias é móvel? Nas sociedades modernas, a distinção entre público e privado tem um significado bastante distinto daquele que possuía entre os gregos, que originaram a dicotomia. Como nos lembra Habermas e é de amplo conhecimento, o mundo privado, para os gregos, compreendia tão-somente “o reino da necessidade, a esfera doméstica e a reprodução material da vida”. (HABERMAS, 2003: 16). O “político”, nesse caso, refere-se apenas ao estatal, ou inclui outra dimensão da vida coletiva, a dimensão pública, social, mas não estatal? As perguntas são tantas que se atropelam: e, digamos, no caso de o próprio *demos* decidir que algum tema que se considera privado em sociedades politicamente liberais, como a religião, por exemplo, deve voltar à esfera política (em sentido estrito), veremos a linha deslocar-se? Quem decide onde passa a linha que separa uma e outra esfera? O *demos* ou os poderes por ele constituídos? Ou será que a simples dinâmica da vida social espontaneamente coloca cada coisa em seu lugar? Evidentemente, não há resposta fácil para estas questões.

Devemos tirar peso desse ponto, no entanto. A distinção promovida por ele entre discurso político e discurso privado está ausente das críticas que lhe fazem hoje, e não por acaso: sua noção de expressão política (digna de proteção, portanto) é mais abrangente, inclusive, do que a que a Suprema Corte entende hoje, pois inclui por exemplo, a liberdade de consciência (como vimos acima), expressões artísticas e mesmo sexuais (esta última, sob a rubrica ‘obscenidade’, está na periferia do sistema atual, como vimos no capítulo II):

“Deve o governo estabelecer uma censura que distinga “bons” romances de romances “ruins”? E, mais especificamente, deve proibir a publicação de romances que retratem experiências sexuais com uma franqueza que, de acordo com as condições hoje prevalecentes em nossa sociedade, parecem ‘obscenos’? A Primeira Emenda responde essa questão com um inequívoco ‘não’”. (...) Eu acredito (...) que o povo realmente precisa de romances, teatro, pintura e poemas, [justamente] porque eles serão chamados a votar.” (MEIKLEJOHN, 1961: 262-3)

Portanto, difamação privada está sujeita ao controle legislativo. Difamação política ou sediciosa não está. (MEIKLEJOHN, 1961: 259)

As formas de comunicação que “não são usadas para as atividades de governo” e que estão “fora do escopo da Primeira Emenda” abarcam categorias expressivas como “difamação”, “perjúrio”, “propaganda enganosa”, “incitação ao homicídio”, e por aí vai. A separação entre as esferas política e não-política não é especialmente restritiva, dada a inclusividade e a amplitude com que a categoria de expressão política é considerada. Aceitar essa caracterização de expressão política e de sua importância relativa não nos conduz, necessariamente, a outra dimensão da obra de Meiklejohn: a reivindicação de *superioridade* moral para os planos de vida dedicados à participação política e à *vita activa*. Tal característica levanta contra ele a objeções de liberais, para os quais a vida ativa não é e si mesma melhor do que outras formas de levar a vida, e o autogoverno representa apenas um valor entre outros. Numa das conferências (a de número VIII, que trata das liberdades fundamentais) que compõem “O Liberalismo Político”, Rawls toca no assunto logo na primeira nota da primeira página, simultaneamente acercando-se e distanciando-se de Meiklejohn. Rawls diz:

“(…) Minha visão das liberdades fundamentais e de sua prioridade, quando aplicada à doutrina constitucional do que chamei de ‘uma sociedade bem-ordenada’, tem certa semelhança com a bem conhecida visão de Alexander Meiklejohn. Mas há também as conhecidas diferenças importantes: em primeiro lugar, o tipo de primazia que Meiklejohn dá às liberdades políticas e ao discurso livre é dada aqui à família das liberdades fundamentais como um todo; em segundo lugar, o valor do autogoverno, que para Meiklejohn parece supremo, é considerado apenas como um valor importante entre outros; e, finalmente, o pano de fundo filosófico das liberdades fundamentais é muito diferente” (RAWLS, 2000: 343n).

Entendamos que a objeção a considerar a participação democrática como a única forma de tornar a vida digna de ser vivida é diferente de reconhecer a importância relativa e instrumental dos direitos políticos, inclusive para a manutenção das liberdades privadas⁹⁴. O republicanismo clássico considera que “uma reclusão *geral* na vida privada” pode estar em contradição com a liberdade e a igualdade dos cidadãos, fazendo com que as instituições políticas caiam em mãos “daqueles que têm fome de poder e glória militar, ou lutam por interesses econômicos de uma pequena classe, com a exclusão de quase todo o resto”. Nesse sentido, não há “oposição fundamental” do republicanismo clássico ao liberalismo político, como diz Rawls (RAWLS, 2003: 204, grifos nossos).

⁹⁴ Nesse sentido, ver RAWLS, 2000: 253-55

Dissemos há algumas páginas que a Suprema Corte reconheceu em *Sullivan* um dos argumentos de Meiklejohn, o da centralidade da expressão política. Prosseguindo com nossa discussão, diríamos que o que não encontra ressonância na Suprema Corte de modo algum é a idéia de que o direito protegido pela emenda não pertence aos cidadãos considerados individualmente, mas sim ao corpo coletivo. Deste ponto, ilustrado pela metáfora do *Town Meeting*, é que parece decorrer a defesa da lógica gerencial do discurso público. Para continuarmos, contudo, com esse paralelo entre Meiklejohn e o sistema atual de liberdade de expressão, seria conveniente sintetizar e sistematizar a questão. Com a ajuda de Robert Post, apontaremos os pontos em que se baseia o entendimento da jurisprudência tradicional quanto à relação entre liberdade de expressão e autogoverno coletivo, porque é com estes pontos que o coletivismo colide. Na “jurisprudência tradicional”, o autogoverno coletivo está vinculado a três teses mais importantes: 1) O discurso público serve ao autogoverno apenas quando há uma distinção entre agentes público e agentes privados. Estes devem manter a autonomia privada em face dos agentes públicos; 2) O discurso público serve ao valor do autogoverno apenas se pode plausivelmente ser considerado uma troca entre pessoas livres e autônomas. 3) O discurso público serve ao valor do autogoverno apenas quando o debate público engendra o senso de participação, legitimidade e identificação necessários para reconciliar a autonomia individual com a coletiva.

Como consequência desses postulados, temos que: a) a censura do discurso público é vista como algo que exclui os afetados do acesso aos meios de autodeterminação coletiva. Portanto, deve ser limitada ao mínimo possível. b) o discurso público é conceptualizado como uma arena dentro da qual os cidadãos são livres para continuamente reconciliar suas diferenças e (re)construir uma identidade coletiva. Se o Estado exclui contribuições comunicativas com base num senso específico do que é bom ou valioso, entra em contradição com o projeto de autodeterminação coletiva. A lógica da autodeterminação coletiva implica que a identidade do grupo esteja perpetuamente indeterminada no âmbito do discurso público (POST, 1995a, 179-80).

Post reconhece que, se apenas um desses vínculos for quebrado pelo coletivismo, este pode ter alguma chance de se colocar como uma alternativa à jurisprudência

tradicional. Mas vejamos, a partir de agora, quais são as críticas que mais frequentemente se opõem a Meiklejohn.

Antes de mais nada, convém esclarecer que boa parte da bibliografia crítica a Meiklejohn tem como alvo principal não o próprio, mas seus discípulos e restauradores contemporâneos, como Cass Sunstein e Owen Fiss. A regra aplica-se a Robert Post, que mira nos pressupostos e argumentos de Meiklejohn visando às consequências que seus discípulos lhes dão. Mencionamos este fato agora apenas para explicar por que parte das críticas que Robert Post formula serão debatidas apenas no capítulo seguinte. Analisaremos, pois, neste momento, apenas os argumentos dirigidos contra o próprio Alexander Meiklejohn.

O primeiro questionamento de Post a Meiklejohn é dirigido contra a metáfora que constitui o princípio lógico de seu argumento: a equiparação metafórica entre, de um lado, a deliberação de assuntos públicos e a circulação intersubjetiva de opiniões nas modernas democracias, e, de outro, um prosaico *town meeting* é vista como, no mínimo, inadequada, para Post, principalmente pela normatividade que Meiklejohn faz derivar da metáfora. Para Meiklejohn os casos são semelhantes, pois tanto num como noutro temos “um grupo de homens livres e iguais, engajados num objetivo comum, servindo-se, para tal fim, de uma discussão responsável e regrada” (MEIKLEJOHN, 1948: 23). Os dois últimos adjetivos de Meiklejohn não deixam lugar a dúvidas: ele defende algum tipo de lógica “gerencial” para o discurso público. Post corrobora a impressão: “Meiklejohn explicitamente descreve o *town meeting* como tendo uma estrutura de autoridade que caracterizei de gerencial” [*managerial*] (POST, 1995a: 271-2). O objetivo do “gerenciamento” do discurso público é, como vimos, aumentar a “qualidade” da deliberação feita pelo *demos*, proporcionando-lhe um variedade de pontos de vista e oferecendo-lhe diversidade de versões, de opiniões e de fatos. Para informar adequadamente os deliberantes sobre o(s) tema(s) em discussão, a autoridade gerenciadora teria a prerrogativa de lançar mão de dois recursos: promover os discursos e opiniões que não tenham sido adequada e suficientemente expostos na discussão pública e suprimir, por sua redundância, expressões que já tenham tido sua vez no debate. A esfera pública, considerada sob os mesmos parâmetros normativos que regem o *town meeting*, daria prioridade lógica à proteção do interesse do *demos* de ser informado, e não ao interesse individual do falante de expressar-se. Assim, de acordo com esse

raciocínio, até mesmo a expressão política --e aqui nos referimos à expressão política *strictu sensu*—poderia ser suprimida no caso de o corpo coletivo entender que já teve bastantes opiniões iguais ou mesmo semelhantes.

Se Meiklejohn se inspira no modelo de *town meeting* para o debate público, este certamente não é o caso de Robert Post, para quem é o *Hyde Park*, com sua “falação desordenada”, que constitui um modelo mais confiável: “seria um grave erro confundir essas peculiares instituições [os *town meetings*] com o mar de tumulto e discórdia que é o discurso público” (POST, 1995a: 276). O problema do paradigma do *town meeting* é que ele pressupõe que a função da democracia estadunidense é conquistar um manejo ordeiro, eficiente e racional dos negócios comuns. Consequentemente, aspectos do discurso público incompatíveis com essa função são constitucionalmente prescindíveis.

Afirmar há pouco que Post não tem confiança no modelo proposto por Meiklejohn e a palavra parece adequada: não há a possibilidade de confiar a moderação a ninguém, pois é muito provável que ela se volte contra aquilo mesmo que ela deveria promover: a autonomia coletiva. Para além das óbvias diferenças de dimensão, de assuntos tratados e de complexidade de interesses envolvidos entre o debate público e um singelo encontro comunal no interior da Nova Inglaterra, o que preocupa os críticos de Meiklejohn é a apologia do controle da discussão. Post empenha-se em argumentar que os participantes a comparação não faz sentido. O *town meeting*, diz ele, é “uma organização instrumental pensada para alcançar finalidades sociais importantes e específicas”, em que “os participantes compartilham de um objetivo comum” e na qual têm “uma compreensão comum derivada dos propósitos e da função das regulações pelas quais o objetivo vai ser levado a cabo”. Neste contexto, “as regras são constitutivamente justificadas desde que voltadas para a realização daquelas finalidades”. (POST, 1995a: 271). Deste acordo incontestado é que emana a autoridade do moderador para impor regras de procedimento que controlem a expressão no encontro, ou mesmo negar a palavra àqueles que persistentemente se recusem a aceitar a autoridade do moderador”(POST, 1995a: 271-2). No discurso público não há nenhum tipo de acordo como os que se dão por assentados na pequena reunião comunal da Nova Inglaterra. Os participantes não têm, por exemplo, métodos acordados para estabelecer a agenda do encontro, os procedimentos para que o governo gerenciador se manifeste, os critérios para distinguir discurso relevante de discurso

irrelevante. Isso faz com que a regulação da discussão, que pode ser perfeitamente legítima no *town meeting*, seja descabida e inaceitável no discurso público, pelo menos do ponto de vista da autonomia coletiva. Isso para não mencionar outras questões desconsideradas por Meiklejohn, como o fato de que no *town meeting* a agenda é pré-estabelecida. Isso não é problemático porque há um acordo compartilhado com relação fundado na busca de eficiência institucional e no procedimento comumente aceito. Mas na vida democrática em geral, esse acordo não pode ser assumido sem que se diminua a arena para a autodeterminação. Se o Estado tiver o poder de controlar a agenda do discurso público, teríamos necessariamente a circunscrição da “autodeterminação coletiva” (POST, 1995a: 275).

A moderação seria inaceitável não apenas porque não há um acordo entre os participantes quanto à forma e à agenda da deliberação, que seriam performativamente indeterminadas. Tampouco há acordo sobre quem vai gerenciar a discussão, ou sobre um padrão (ou, na expressão de Post, sobre a definição de um “ponto arquimediano) mediante o qual a qualidade do processo deliberativo da comunidade poderia ser avaliada e a moderação, exercida. Como poderíamos saber se realmente o discurso público satisfaz “as necessidades compartilhadas pelo corpo político”, (MEIKLEJOHN, 1948: 63) ou se “tudo o que valia a pena ser dito” (MEIKLEJOHN, 1948: 25) foi dito, ou se alguma regulação especial do discurso “mutila” (MEIKLEJOHN, 1948: 26) em vez de ajudar a deliberação democrática (POST, 1995a: 270)? Não há um ponto objetivo de medição da qualidade do debate, nem um ponto externo de medição, pelo simples fato de que a deliberação ocorre no interior do discurso público (POST, 1995a: 276). É por estas razões que não existiria esperança alguma de que um moderador exerça seu papel de autoridade sobre as regras de discussão sem constranger a própria autonomia coletiva. É com esta questão que Post ataca Meiklejohn no seu próprio terreno e munido de seus (de Meiklejohn) próprios valores. Ao colocar as próprias regras da discussão fora do alcance do corpo coletivo, o coletivismo promoveria uma autonomia coletiva emasculada, a qual nem mesmo a divisão entre decisões públicas substantivas e regras compartilhadas de procedimento, que Meiklejohn levanta freqüentemente, poderia salvar, já que decisões públicas substantivas e a compreensão compartilhada de função e procedimento são analiticamente diferentes, além de anteriores, ao conteúdo das decisões públicas. Post credita a Meiklejohn o pior dos

pecados, na escala do próprio Meiklejohn: o de trazer riscos autoritários e antidemocráticos, solapando o valor que deseja promover. Numa democracia digna desse nome, não apenas o conteúdo das decisões deve estar à determinação dos cidadãos, mas também a estrutura de tomada de decisões democráticas deve pertencer ao âmbito do juízo da cidadania autogovernante.

Post acusa assim o coletivismo de não encampar uma concepção suficientemente radical da idéia de autogoverno, que deve abranger não apenas as decisões substantivas, mas também o marco em que as decisões são tomadas. Como veremos no capítulo seguinte, as demandas coletivistas contemporâneas por equidade de acesso aos meios de comunicação são equiparadas à defesa da regulação derivada da analogia do *town meeting* e são descartadas com base no mesmo argumento: elas representariam uma constrição da autonomia coletiva. A regulação do discurso público em nome de valores como “igualdade”, “diversidade” ou “equidade”, medida que está no cerne de autores como Cass Sunstein e Owen Fiss, seria ilegítima, porque esses valores representam “versões particulares de identidade nacional [*sic*]” além de estarem em “contradição com premissas fundamentais do autogoverno democrático.” (POST, 1995a: 279).

Outro calcanhar-de-aquiles de Meiklejohn, para seus críticos, seria a suposta dissociação completa entre as formas privada e coletiva de autonomia. Uma vez que a versão rousseauiana de fusão da vontade individual com a vontade coletiva é vista como imprópria para as condições contemporâneas de heterogeneidade social (ou para o “fato do pluralismo”, como diria Rawls), a discussão pública é o instrumento que oferece possibilidades de reconciliação entre a autonomia individual e a autonomia coletiva, já que a minoria perdedora poderia ao menos consolar-se com a possibilidade de que foi ouvida e animar-se com a perspectiva de, no futuro, em outra rodada deliberativa, tornar-se maioria, convencendo outros cidadãos da justeza do ponto de vista hoje minoritário. Assim, a doutrina tradicional em torno da Primeira Emenda e boa parte da teoria política moderna “colocam a essência normativa da democracia na oportunidade de participar da formação da ‘vontade da comunidade’ através de “uma discussão entre a maioria e a minoria” (POST, 1995a: 273). Nessa versão da autonomia coletiva, exige-se que todos os objetivos possíveis, todas as versões possíveis da identidade nacional, sejam consideradas problemáticas e abertas ao questionamento. E seria precisamente esta indeterminação do

discurso público que a analogia de Meiklejohn com o *town meeting* violaria (POST, 1995a: 274-5).

Outra questão seria a de como conciliar as demandas aparentemente contraditórias de Meiklejohn quanto ao *status* de proteção atribuído ao discurso político (ou de qualquer outro tipo) –“absoluta”, segundo o próprio autor-- com as demandas por regulação e por moderação dos debates públicos derivadas da analogia entre discurso público e encontro comunal. A menos que suponhamos que nosso autor esteja num nível tal de confusão mental e de autocontradição que o torne indigno de nossa atenção, somos obrigados a dar alguma coerência ao que, à primeira vista, ao menos, parece uma contradição grosseira. Se tratamos nosso autor com seriedade, se tratamos como genuína sua preocupação com o gerenciamento do discurso público ativo durante a Guerra Fria, não podemos supor que Meiklejohn propõe com o livro aquilo mesmo que ele se propôs a combater com o mesmo livro.

Respondendo a algumas objeções de Post, gostaríamos de dizer, em primeiro lugar, que não faz sentido apresentar a discussão como se se tratasse da oposição entre regulação do discurso público *versus* seu contrário (ausência de regulação). Um dos pontos dos coletivistas contemporâneos (principalmente de Owen Fiss) é o de que a jurisprudência tradicional sobre a Primeira Emenda dá livre trânsito ao mecanismo aparentemente “espontâneo” de regulação da discussão pública pelo mercado --o modelo do *Hyde Park*, aparentemente desordenado e caótico. Esse mecanismo tem lá seus critérios de moderação altamente seletivos (voltaremos a este ponto no capítulo seguinte) Se pressupusermos que quaisquer intentos de regular a seletividade estabelecida pelo mercado corporifica o fantasma da tirania, não estaremos só sob um paradigma ultraliberal digno dos tempos pré-*New Deal*: estaremos também a corroborar uma moderação do discurso que, esta sim, está totalmente fora do alcance da comunidade política. Em outras palavras, sob a jurisprudência tradicional não há ausência de regulação: Há regulação de outro tipo. Privada, é verdade, mas regulação enfim, pois capaz de influir fortemente na tomada das decisões públicas, e é a esta moldura que se dirigem as críticas dos herdeiros de Meiklejohn. A escolha, portanto, é entre uma moderação da discussão pública guiada por princípios de justiça política e uma regulação do mercado, guiada pela lógica desse

mecanismo. Este ponto do argumento coletivista é completamente ignorado por Robert Post.

Em segundo lugar, Post parece tratar Meiklejohn como se este tivesse oferecido um detalhado, gigantesco e pervasivo mecanismo de regulação autoritária com o intuito de acabar com o “caos” do *Hyde Park*. Mas tudo o que Meiklejohn fez foi oferecer um princípio, um critério muito amplo através do qual discussão pública existente pode ser avaliada, e que se relaciona com o nível de informação que a platéia deliberante possui sobre o tema em discussão. Mais do que um critério estritamente normativo, é um valor heurístico. Post trata um argumento que está no nível “fundacional” como se estivesse no nível de “*policy*”, para usar a terminologia de Thomas Scanlon (2003b: 99). Por essa razão, a afirmação de Post de que Meiklejohn “autoriza a censura do discurso público” (POST, 1995a: 274) parece um tanto exagerada e alarmista.

Em terceiro lugar, o nível de generalidade no qual Meiklejohn se coloca não significa uma indeterminação absoluta, no sentido de que qualquer controle é bem-vindo. Um controle só se justifica teleologicamente: deve ser compatível com os propósitos previamente determinados de promover a equidade entre os falantes ou a diversidade de pontos de vista que circulam na discussão pública. Sei que ainda estou devendo uma discussão substantiva sobre isso, mas teremos de esperar até o capítulo seguinte para especificar melhor estes pontos. Mesmo nesse nível genérico em que esses valores estão colocados, contudo, não poderíamos deixar de demonstrar nossa perplexidade com a afirmação de Post segundo a qual defender políticas públicas que fomentem a “diversidade” ou a “equidade” é o mesmo que impor uma “concepção substantiva de identidade nacional”. Uma das medidas de promoção da igualdade que coletivistas propõem é proteger minorias étnicas contra certos tipos de expressões racistas, por exemplo. Seria isso a imposição de uma “concepção substantiva de identidade nacional”, equivalente, em termos de moralidade política, à imposição do cristianismo como religião oficial? O fantasma da dissolução total dos indivíduos no corpo coletivo não mora aqui, em nosso entender. Post parece encampar uma versão completamente implausível de neutralidade estatal.

Finalmente, a demanda coletivista por uma regulação destinada a garantir igualdade/equidade é por ele acusada de ser uma demanda heteronômica, majoritarianista e de impor uma concepção substantiva do bem à comunidade, fechando a busca dessa

definição. A Emenda número 1, diz ele, “tem o objetivo de limitar ações majoritárias”, o que nos impede de confundir a democracia com simples majoritarianismo, já que da perspectiva da doutrina tradicional da Primeira Emenda, o majoritarianismo é apenas “um método de tomada de decisões que se adota para refletir o profundo valor do auto-governo, que por sua vez repousa sobre a distinção autonomia e heteronomia”. (POST, 1995a: 272). Essa contudo, é outra acusação que não faz sentido, em nosso entender. O majoritarianismo é uma concepção de legitimidade democrática absolutamente centrada no momento decisório, ou no momento em que a vontade da maioria se revela, e tende a desprezar os momentos de formação da vontade dessa maioria. Nada mais distante, portanto, do exigente padrão de legitimidade democrática de Meiklejohn, centrado na deliberação pública e no direito de minorias de se apresentarem no foro de discussão, com a permanente abertura que isso traduz. Não há rigorosamente nada na interpretação coletivista da liberdade de expressão que nos permita atribuir-lhe a defesa de que as majorias políticas tudo podem. A maioria não pode, por exemplo, silenciar os dissidentes, numa demonstração de que o “gerenciamento” da discussão só é aceitável se for compatível com seu *telos* pluralista:

“Como quer que se organize [a questão], o ponto vital (...) é que a nenhuma sugestão de política pública se deve negar a atenção por estar de um lado ou de outro da questão. (...) Nenhum falante deve ser posto para fora da tribuna por discordarmos do que ele tem a dizer” (MEIKLEJOHN, 1948: 26).

A preocupação coletivista com a equidade, portanto pode opor-se ao simples majoritarianismo. E uma moldura para a deliberação coletiva, uma vez adotada, não estará resolvida de uma vez e para sempre. Como disse o próprio Meiklejohn, nenhuma discussão sobre princípios termina (MEIKLEJOHN, 1948: 92). Eventuais medidas que fomentem a equidade política --bem como seus critérios-- precisam ser pública e continuamente justificadas. Ao contrário do que os temores de Post sugerem, portanto, Meiklejohn está longe de fornecer uma justificativa *a priori* para qualquer tipo de regulação ou gerenciamento do discurso público, nem para mecanismos pervasivos de controle. Uma intervenção só pode ser justificada teleologicamente: a limitação de uma voz só é justificável num contexto de escassez de recursos (digamos, tempo de exposição na televisão) e com o objetivo de dar espaço a uma visão oposta que de outra forma, não teria

condições de se fazer ouvir (por não ter atraído tantas contribuições privadas para pagar os anúncios quanto o partido ou a opinião adversária, por exemplo).

Meiklejohn tem o mérito de abrir as portas para que se explore, desse modo, uma possibilidade que as teorias tradicionais sobre a liberdade de expressão dedicam pouca atenção, se tanto: a possibilidade de que haja divergências entre os interesses da audiência e os interesses dos participantes individualmente considerados (para utilizar a tipologia proposta por Thomas Scanlon) (SCANLON, 2003b: 85-6). Evidentemente, Meiklejohn não esgota as possibilidades analíticas neste campo, nem se propõe a isso⁹⁵. Grande parte da teoria sobre a liberdade de expressão parece supor que esses interesses coincidem sempre. Reconhecer o interesse do *demos* no debate público como um dos interesses relevantes não quer dizer que o reconheçamos como o único relevante, nem como o mais importante. Mas não duvidamos de que deve ser um interesse entre outros a ser levado em conta no desenvolvimento de um critério para a proteção da expressão, principalmente da expressão claramente política. As justificativas para tanto incluem, certamente, a possibilidade de que tenhamos um *demos* melhor informado e com acesso a uma maior variedade de pontos de vista, mas também a equidade na distribuição do acesso a um “recurso” escasso e valioso: o acesso aos olhos e ouvidos do corpo coletivo.

Passemos, finalmente, agora aos coletivistas contemporâneos.

⁹⁵ Para uma abordagem mais completa do tema, ver SCANLON, 2003b: 85-93.

CAPÍTULO IV – Questões contemporâneas

*Sultão,
Metade de nosso povo não tem língua
Para que serve um povo sem língua?*
Nizar Qabbani, em “Notas de pé de página no Livro das Derrotas”

Who knows but that, on the lower frequencies, I speak for you?
Ralph Ellison, em “Invisible Man”

4.1 Introdução

Agora que comunistas podem predicar livremente, ainda que nos seus âmbitos restritos, sem que comitês congressuais deles se ocupem; agora que os críticos da participação dos EE. UU. em aventuras militares não correm mais o risco de passar cinco, dez ou vinte anos atrás das grades e de pagar multas fora do alcance de seus bolsos, agora que pornógrafos vendem seu material (inclusive material com práticas sexuais extremamente violentas) com restrições que, na mais duras das hipóteses são perfeitamente evitáveis; agora que nazistas podem marchar num pequeno vilarejo no qual quase todos os moradores são sobreviventes e descendentes de sobreviventes de campos de concentração nazistas; agora que os defensores do “estilo de vida branco” da *Ku Klux Klan* também podem encenar tétricos rituais ao seu livro alvedrio; agora que gastos de campanha são considerados expressão e não sofrem, na prática, restrição alguma que seja digna de nota. Agora que os meios de comunicação tampouco têm qualquer peso sobre si, e agora que nem mesmo o mais ofensivo dos discursos contra negros pode ter seu curso interrompido, agora que se pode dizer publicamente qualquer coisa sobre “figuras públicas” sem receio de um economicamente destrutivo processo por difamação; agora que podemos queimar bandeiras dos Estados Unidos em paz, enfim, agora que há um quadro de ausência quase completa de restrições por parte do Estado, o leitor pode imaginar que a liberdade de expressão deixou de ser um problema ou uma causa que necessite de alguma defesa moral, ou que ainda necessite de princípios e subsídios teóricos, uma vez que estes parecem estar firmemente estabelecidos. Ademais, quem reclamaria de um sistema tão amplo, no qual, em princípio, há lugar para todos?

Esse sistema, contudo, que foi chamado por um crítico de “um dos discursos políticos e jurídicos mais influentes do século” (STREETER, 1995: 41), está sob ataque. Há a sensação de que há algo de errado com tal sistema de liberdade de expressão que, em

tese, representa a vitória dos mais ardentes desejos libertários. Defensores do sistema atual tacham os questionadores do modelo de inimigos da liberdade de expressão. Referindo-se ao coletivista Owen Fiss, por exemplo, Robert Post diz: “Como Meiklejohn, Fiss usaria o poder governamental para censurar falantes cuja expressão é profundamente incompatível com a conquista de um rico e informativo diálogo público” (POST, 1995a: 276). Não estamos certos de que a palavra censura seja a mais adequada para nos referirmos a medidas que impedissem campanhas políticas de serem inundadas por dinheiro empresarial, ou que concedessem um pouco de tempo no rádio a partidos políticos minoritários. Mesmo em situações nas quais a palavra censura parece mais apropriada, como no silenciamento de expressões de ódio, há justificativas razoavelmente neutras para fazê-lo, ao menos em alguns casos. A verdade, portanto, é que os questionadores do sistema atual dirigem sua crítica contra o modelo “que se apoia na competição livre e aberta entre indivíduos iguais”, (ALLEN, 1995: 3). As críticas têm-se avolumado nos últimos tempos, vindas de defensores da igualdade da gênero, de defensores da igualdade racial, de liberais igualitários e de reformadores sociais de variada estirpe. Acusa-se o sistema de liberdade de expressão lentamente construído ao longo dos últimos oitenta anos de corroer a igualdade política, por um lado, e, por outro, de não ser suficientemente adequado para a promoção da deliberação política de que um sistema democrático se nutre. A gravidade das acusações acentua-se se temos em mente que a promoção da igualdade política e a proteção à deliberação são justamente as razões pelas quais a expressão é digna de ser protegida, em termos madisonianos (ver capítulo II).

De que forma um sistema tão amplamente protetivo pode comprometer a igualdade política e constranger a deliberação pública? De forma mais concreta, a origem das críticas reside, em primeiro lugar no que se vê como excessiva proteção oferecida a expressões de ódio racial, sexual e de gênero (categoria em que feministas colocam certas formas de pornografia violenta). Na medida em que dá livre curso a esse tipo de expressões, o sistema atual é acusado de ser ele mesmo uma forma de silenciamento dos grupos atingidos, comprometendo-lhes a igualdade política. Os críticos defendem então o silenciamento de expressões de ódio contra minorias. Em segundo lugar, a insatisfação com o sistema atual se baseia no fato de que este desautoriza mecanismos de equalização dos falantes, permitindo àqueles com mais acesso a recursos econômicos exercer uma influência

hipertrofiada sobre o sistema político, em detrimento, claro, dos menos abastados, que seriam assim silenciados e prejudicados, sob o prisma da igualdade política. De que forma? Na consideração de que os meios de comunicação de massa (vistos como o espaço relevante da discussão pública) são espaços privadamente administrados guiados por regras de mercado e na permissão para o livre fluxo de dinheiro privado –considerado como expressão-- em campanhas políticas. Assim, os críticos do sistema atual reclamam o estabelecimento de mecanismos de acesso aos meios de comunicação, bem como limites ao (ou mesmo a proibição de) dinheiro privado no financiamento político.

Como vemos, é nítida, entre os críticos do sistema atual, uma preocupação com a dimensão isegórica da política, ou seja, com o direito equitativo de portar a palavra diante do foro público. Na medida em que pobres e minorias são “silenciados” (no sentido mencionado acima) e sua participação política se atrofia, não é apenas a igualdade política desses grupos que sai arranhada, mas perde o próprio *demos*, que passa a contar com uma menor diversidade de pontos de vista para a deliberação, tornando-se, assim, um *demos* menos informado. Sem essas vozes, a deliberação pública é qualitativamente inferior.

É claro que estas críticas ao sistema de liberdade de expressão atual não são necessariamente feitas em bloco. Há feministas que criticam apenas a liberdade para a publicação de pornografia violenta. Há membros de minorias raciais para quem o único problema com o sistema é a tolerância para com expressões de ódio, e há críticos que, embora defendam mecanismos de acesso aos meios de comunicação e limites ao dinheiro privado nas campanhas, opõem-se a qualquer controle sobre expressões racistas e sobre pornografia (é o caso de Ronald Dworkin). Mas não é incomum que esses problemas sejam diagnosticados de forma mais integrada, como, por exemplo, nesta introdução feita por David Allen a uma coletânea de artigos que, sob perspectivas diversas, critica o sistema atual:

“Precisamos perguntar por que os direitos dos falantes são mais importantes do que os direitos dos ouvintes, ou da comunidade dos ouvintes. Devemos perguntar por que a resposta apropriada a um insulto é mais expressão, ao invés de menos. E precisamos entender por que a Primeira Emenda tem sido interpretada como a articulação de um sistema para proteger a liberdade de expressão que tem tão pouco a dizer sobre a igualdade dos falantes, especialmente quando se trata do uso de recursos. (...) E, mais importante, precisamos perguntar que tipo de sociedade estamos a tentar criar, e que papel a liberdade de expressão pode desempenhar nesse processo” (ALLEN, 1995: 5-6).

A dimensão isegórica do discurso e a preocupação com a deliberação pública aparecem imbricadas em autores como Cass Sunstein e Owen Fiss, entre outros. Por recuperarem –a seu modo-- as reflexões de Alexander Meiklejohn sobre a função instrumental da liberdade de expressão para a vida política (ver capítulo III), ambos são chamados de “coletivistas” (ou de “neocoletivistas”). Sunstein, especificamente, procura evidenciar as conexões entre suas críticas ao sistema atual e a defesa que James Madison fez da liberdade de expressão. Não que os argumentos coletivistas se vinculem de modo direto com as visões de mundo de Madison, claro, mas como vimos no capítulo II, Madison via a liberdade de expressão à luz de seus compromissos com a soberania popular, com a igualdade política e com a função deliberativa da política. Sunstein, por sua vez, afirma:

“Minha conclusão mais importante é que o esforço de vincular a liberdade de expressão à soberania popular sugere que muito do entendimento corrente [sobre essa liberdade] é inadequado. Por isso defendo mudanças na teoria e na prática da liberdade de expressão. Antes de mais nada, sugiro que há uma grande diferença entre um ‘mercado de idéias’ –um mercado econômico não-regulado—e um sistema de deliberação democrática.” (SUNSTEIN, 1995: XVII-XVIII).

Por uma questão de método –mas também de respeito pela natureza particular de cada um dos problemas que aqui nos afligem—dividiremos nossa argumentação em seções específicas. Assim, começaremos tratando das expressões de ódio, passaremos então à pornografia, indo ao financiamento privado de campanhas políticas e finalmente chegando à regulação de acesso aos meios de comunicação. Esperamos, contudo, que o desenvolvimento de nossa argumentação convença o leitor de que as questões têm um fundo teórico que as unifica. O debate entre os defensores e os críticos do sistema atual em todas estas estrutura-se com a oposição entre duas lógicas distintas da linguagem dos direitos: de um lado está a lógica que podemos chamar de

“formalista, legalista, clássica, feita de linhas claras e baseada em regras bem-sinalizadas; de outro, tentando rever o formalismo, a lógica das políticas públicas, realista [no sentido de atenta ao contexto], e baseada numa idéia de justiça substantiva”. (STREETER: 1995: 43).

Neste capítulo, tentaremos explorar esta oposição, confrontando os riscos e sopesando os dilemas próprios a cada uma das alternativas.

4.2 O ódio como problema político: racismo, homofobia e misoginia

O reconhecimento de que a proteção à expressão política constitui o “significado central da Primeira Emenda” no sistema contemporâneo de liberdade de expressão nos Estados Unidos teve uma dimensão igualitária evidente, ao estender a proteção constitucional a todo o espectro político, independentemente de avaliações de mérito sobre o conteúdo do discurso. Entretanto, a sobrevivência de grupos com convicções abertamente racistas e segregacionistas coloca um novo desafio ao problema da igualdade política, ao menos na forma como esse ideal se manifesta através da liberdade de expressão. Reprimir a expressão desses grupos seria amputar o leque político de uma de suas alas, impedindo-lhes o acesso de parcela do espectro ideológico à esfera pública deliberativa. Por outro lado, dar livre curso ao preconceito pode causar sérios danos a integrantes de grupos étnicos e sociais minoritários. Críticos do modelo atual de liberdade de expressão vigente nos Estados Unidos veem a permissibilidade com que tais expressões são tratadas como um instrumento de corrosão da liberdade, da igualdade política e mesmo da integridade física das minorias agredidas⁹⁶.

Como fizemos até aqui, apresentaremos os casos concretos que moldaram a discussão contemporânea antes de passarmos à discussão mais abstrata e teórica em torno do tema.

⁹⁶ Ver MATSUDA, Mari. J.; LAWRENCE III, C. R. L.; DELGADO, Richard.; CRENSHAW, Kimberlè. W. *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, And The First Amendment*. Westview Press, 1993.

4.2.1 Casos-chave envolvendo racismo e expressões de ódio

Um caso importante foi *Beauharnais v. Illinois*⁹⁷. Uma lei estadual de Illinois criminalizava a publicação ou exibição de publicação que retratasse “depravação, criminalidade, lubricidade ou falta de virtude de uma classe de cidadãos, de qualquer raça, cor, credo ou religião” ou que expusesse “qualquer raça, credo ou religião a desprezo, escárnio, vilipêndio” e que por isso fosse capaz de produzir a “quebra de paz ou distúrbios”. Joseph Beauharnais foi condenado por ter feito uma mobilização e recolhido assinaturas instando as autoridades públicas municipais de Chicago a impedir “a invasão de bairros brancos pelos ‘crioulos’” e a impedir a “mistura” destes --associados no panfleto a “agressões, estupros, roubos, facas, armas de fogo e maconha”-- com a “raça branca [sic]”. Frankfurter, falando pela Corte numa decisão tomada por estreita maioria de 5 a 4, apoiou a lei de Illinois. Não o fez, contudo, não em nome de alguma concepção de igualdade ou com o intuito de proteger as categorias raciais atacadas. As razões apresentadas para justificar a decisão foram baseadas na exclusão histórica de difamação (*libel*) do que se entendia por liberdade de expressão, na necessidade de deferência judicial ao Poder Legislativo em se tratando de matéria controversa e complexa e, fundamentalmente, nos riscos que expressões de ódio poderiam trazer à coesão e à harmonia social.⁹⁸

A decisão de Frankfurter encontrava respaldo em decisões anteriores da Corte e na tradição do sistema jurídico estadunidense, que excluía a categoria de *Fighting Words*⁹⁹ da proteção conferida pela Primeira Emenda. O caso que colocou definitivamente essa categoria de expressão fora da proteção conferida pela Primeira Emenda foi *Chaplinsky v. State of New Hampshire*¹⁰⁰. Chaplinsky era uma “Testemunha de Jeová” que, ao usar a calçada como espaço de proselitismo religioso, causou um tumulto por afirmar que qualquer tipo de religião organizada era uma “fraude”. Ao ser levado à delegacia, chamou o delegado de “maldito fascista” e de “farsante amaldiçoado por Deus”, razão pela qual foi

⁹⁷ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U. S. 250 (1952), disponível em <http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/beauharnais.html>.

⁹⁸ A decisão foi anterior à histórica sentença do caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, que pôs fim à segregação racial nas escolas públicas.

⁹⁹ Encontrar uma expressão em português com a mesma carga semântica dessa locução não é tarefa das mais fáceis. Embora a expressão “palavras de luta” não transmita com exatidão a idéia de “*fighting words*”, não encontramos alternativa melhor, e é assim que doravante traduziremos a expressão neste trabalho.

¹⁰⁰ *Chaplinsky v. State of New Hampshire*, 315 U. S. 568 (1942).

condenado e recorreu à Suprema Corte em nome da liberdade de expressão. Sua condenação foi mantida com base em que suas palavras não eram “a parte essencial de nenhuma exposição de idéias”, o que diminuía seu valor, considerado menor em face do “interesse social na ordem e na moralidade”. As “palavras de luta” são entendidas, portanto, como uma categoria estreitamente definida de expressões que, na qualidade de mero insulto, podem causar uma briga por constituírem nada mais do que um chamado à violência física. Para se encaixar nessa definição, contudo, uma expressão não pode apelar a nenhuma habilidade deliberativa e não conter possibilidades de ser entendida como uma troca de idéias. Sua restrição ainda é considerada aceitável –pelo menos em tese-- no sistema atual, já que sua proscrição não representa o banimento de nenhuma idéia em particular. Em outros termos, o banimento das “palavras de luta” é neutro quanto ao conteúdo. Mencionamos esta categoria pelo fato de que muitas vezes ela se relaciona, se superpõe e se confunde com o que podemos chamar de expressões de ódio. Entretanto, O’Brien afirma que na prática dos tribunais a categoria de *fighting words* é tão estreitamente definida e aplicada que ela pode ser considerada carta fora do baralho do sistema. (O’BRIEN, 2005: 479).

Não podemos de mencionar ainda um caso cujo mérito sequer foi decidido pela Suprema Corte, mas que se tornou emblemático do quão longe se leva a tolerância para com expressões de ódio, com base a centralidade da expressão política. É o caso de Skokie, cidadezinha próxima a Chicago que na época em que os eventos ocorreram, na segunda metade da década de 1979, tinha uma parcela considerável de população judia, inclusive um número significativo de sobreviventes do Holocausto. Foi aí que, provocativamente, o Partido Nazista dos Estados Unidos decidiu fazer uma manifestação, marchando pela cidade portando suas suásticas e outros símbolos de ódio. Apesar dos esforços jurídicos e políticos das autoridades locais para impedir semelhante manifestação, o Partido Nazista acabou recebendo a permissão do Sétimo Circuito da Justiça Federal estadunidense para realizá-la (LEWIS, 2007: 160)¹⁰¹. A marcha acabou não se realizando por decisão dos neonazistas, que, ao que parece, contentaram-se apenas com o reconhecimento de que tinham o direito de realizá-la. Mas poderia ter-se realizado, e o que nos interessa aqui é o fato que o judiciário a autorizou com base na liberdade de expressão. Lewis informa ainda

¹⁰¹ *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (1978), disponível em: <<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/colinvsmith.html>>

que a conhecida organização de defesa dos direitos civis ACLU (*American Civil Liberties Union*) enfrentou uma crise por conta desse caso, uma vez que a direção da organização apoiou o suposto direito dos nazistas de marchar pela cidade, o que levou muitos membros da entidade a se desfiliarem indignados. A direção, contudo, não arredou o pé de sua posição.

Mais recentemente, o caso *R. A. V. v. City of Saint Paul*¹⁰², no qual a Corte declarou (unanimemente) inconstitucional uma lei local da cidade de Saint Paul que tratava de expressões de ódio, é que constitui o paradigma fundamental. Os fatos que deram origem a *R. A. V.* foram os seguintes: Robert A. Viktora, um adolescente branco, foi condenado por ter queimado, junto com amigos, uma cruz de madeira no quintal de uma família negra. Como se sabe, a queima de cruzes é uma forma de manifestação política de grupos racistas, defensores da “supremacia branca” e da segregação racial nos EE. UU., sendo frequentemente associada ao grupo *Ku Klux Klan*. Mas ao mesmo tempo em que traduz uma manifestação política, racista e abjeta, no nosso entender, mas uma manifestação política, enfim, a queima de cruzes é muitas vezes usada como “advertência”, ou, fazendo as pazes com o léxico e chamando as coisas pelo nome que elas têm, como ameaça a negros e a membros de outras minorias que desafiam as regras de separação racial defendidas pela KKK.

Não sabemos se a ação se resumiu a uma brincadeira de mau gosto de adolescentes desocupados ou se se tratava de fato de uma ameaça à família negra. Mas as circunstâncias do caso concreto interessam-nos menos aqui do que a decisão da Corte e a moralidade política que a sustenta. O fato é que os adolescentes foram presos e julgados por violação de uma lei local de 1989 que criminalizava a exibição de cruzes ardentes, suásticas e quaisquer símbolos capazes de produzir, “raiva, alarme e ressentimento em outros com base na raça, cor, credo, religião ou gênero”. Um tribunal estadual juvenil anulou a condenação afirmando que a lei reprimia uma gama demasiado ampla de manifestações, o que lhe atestava a inconstitucionalidade. Mas a Suprema Corte do estado de Minnesota reverteu essa decisão, mantendo a condenação, afirmando que o tipo de manifestação coibida pela lei era apenas aquela que estava fora do âmbito de proteção da Primeira Emenda, ou seja, expressões que pudessem ser qualificadas como “palavras de luta” e expressões capazes de

¹⁰² *R. A. V. v. City of Saint Paul, Minnesota*, 505 U.S. 377 (1992), disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/90-7675.ZS.html>>.

produzir “ação ilegal iminente” (ambas são categorias historicamente desprotegidas pela Primeira Emenda). A Corte Estadual afirmou que “a queima de uma cruz é em si mesmo um símbolo cabal de violência e ódio baseados em noções virulentas de supremacia racial. É responsabilidade, e talvez até mesmo obrigação das diversas comunidades enfrentar semelhantes noções em todas as formas nas quais elas se manifestarem”. A corte constitucional estadual também fez um esforço para distinguir a lei de Saint Paul da lei estadual do Texas que proibira a queima da bandeira estadunidense e que fora declarada inconstitucional pela Suprema Corte (ver capítulo II desta tese) em *Texas v. Johnson*. A lei de Saint Paul era constitucional, sempre segundo a corte constitucional do estado de Minnesota, porque não bania a queima de cruz *per se*, mas bania a queima de cruz capaz de criar raiva, alarme ou ressentimento através de um viés racial, sexual, religioso ou étnico. Viktora apelou então à Suprema Corte, com a esperança de reverter essa decisão, o que conseguiu através de uma decisão unânime. (O’BRIEN, 2005: 499-500).

Finalmente, não poderíamos deixar de abordar os ruidosos casos envolvendo os códigos de expressão estabelecidos por diversas universidades nos Estados Unidos com o intuito de coibir o racismo nos *campi*.

4.2.2 Os códigos universitários de regulação da expressão

Em abril de 1989, estudantes da Universidade de Michigan depararam-se com mensagens racistas na sala de aula, as quais diziam que o esforço intelectual de “niggers”(um termo terrivelmente depreciativo para referir-se a afro-descendentes) era um “desperdício”.. Pouco tempo depois, a mesma universidade foi o espaço de circulação de panfletos que declaravam “aberta a temporada de caça aos negros”. Um mês mais tarde, uma aluna africana do *Smith College*, em Massachusetts encontrou uma mensagem sob a porta de seu quarto na qual se lia: “Negra (*nigger*) africana, queres bananas? Volta para a floresta”.¹⁰³

Em resposta a este e a outros casos de insultos racistas em *campi* universitários, um número significativo de universidades estadunidenses adotaram códigos de conduta que estabeleciam restrições a expressões racistas e a outras formas de expressões de ódio no seu

¹⁰³ Os exemplos foram retirados de COHEN, 1993: 201.

interior (LEWIS, 2007: 163), o que desencadeou clamorosa controvérsia pública. Não tardou até que um juiz federal, Avern Cohn, declarasse o código de expressão da Universidade de Michigan inconstitucional¹⁰⁴.

Stanford, uma universidade privada, foi uma das instituições que adotaram um código como esses, e que tinha como alvo expressões que: 1) tivessem a intenção de insultar ou estigmatizar indivíduos com base na sua raça, sexo, cor, religião, deficiência, orientação sexual ou origem étnica ou nacional; 2) fossem dirigidas diretamente ao indivíduo(s) que ela insulta ou estigmatiza; 3) fizessem uso de palavras insultantes ou de luta [*“fighting words”*] ou símbolos não-verbais que sejam “comumente entendidos como expressão de ódio direto e visceral ou desprezo por seres humanos com base em seu sexo, raça, etc.” (Apud COHEN, 1993: 208). Pelo código, as expressões seriam reguláveis se e somente se estas três condições são simultaneamente satisfeitas. Isso tornaria eventuais restrições à expressão extremamente raras e evitaria exageros persecutórios.

Entretanto, muito embora o objetivo desses regulamentos fosse inicialmente o de combater o assédio racial contra minorias nos *campi*, acabaram por alvejar outros tipos de expressão. A Universidade de Massachusetts em Amherst acrescentou outra lista de categorias protegidas em seu próprio código, que incluía “idade, estado civil, condição de veterano de guerra”. O centro acadêmico fez campanha para o código protegesse ainda as pessoas de expressões que as insultasse quanto a “cidadania, cultura, condição quanto ao HIV, língua, situação parental, crença política e gravidez. (LEWIS, 2007: 163). A inclusão de tantas categorias protegidas contra expressões que pudessem causar raiva teve o efeito de esvaziar a campanha e de expô-la a certo ridículo, o que a fez minguar de forma definitiva poucos anos mais tarde, quando o Código de Stanford foi invalidado judicialmente, não muito tempo depois de o código da Universidade de Michigan ter sido declarado inconstitucional por uma corte federal.

4.2.3 Neutralidade, igualdade política e liberdade de expressão

¹⁰⁴ *Doe v. Michigan* 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich 1989), disponível em: <http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/doe.html>.

Apesar de decisões como estas serem em certos sentido perturbadoras para pessoas que, como nós, acreditam na idéia de igualdade humana fundamental, devemos reconhecer que o fundamento de tais decisões está longe de ser tolo ou pouco sofisticado. O que as sustenta não é –ou ao menos não o é necessariamente-- um liso endosso ideológico dos juízes ao racismo dos acusados, e sim uma racionalidade inteiramente compatível com o sistema de ampla liberdade de expressão vigente nos Estados Unidos e com uma concepção de democracia que, a seu modo, não deixa de ser inclusiva, já que baseada num certo entendimento do que signifique igualdade política que, embora não seja o nosso nem nos pareça o mais justo, reconhecemos ser defensável.

A partir de agora, portanto, discutiremos os argumentos frequentemente levantados no debate em torno da conveniência ou não da supressão de expressões de ódio. Como dissemos, o eixo das discussões reside tanto no problema da centralidade das expressões políticas quanto na idéia de neutralidade do Estado e na concepção de igualdade política abraçada por suas instituições.

Começemos pelos caso mais específico, o das universidades, instituições nas quais vige uma lógica bastante especial no que se refere à liberdade de expressão. Não é possível levar adiante a tarefa educacional se não se estabelecem certos controles de expressão que não seriam aceitáveis em outros contextos. No contexto universitário, tais controles não podem ser considerados violações ao sistema de liberdade de expressão: há limites aos tópicos em discussão em sala de aula, por exemplo, limites esses estabelecidos nos programas dos cursos; além disso, um professor pode exigir que os alunos se tratem entre si e tratem a ele, professor, com certo nível de respeito e de urbanidade. Numa universidade, além do mais, há julgamentos de qualidade presentes todo o tempo, já que os trabalhos devem obedecer a um padrão mínimo de argumentação e justificação racional. Além do mais, há restrições aos professores: aqueles que se recusam a tratar do assunto de sua disciplina ou que tratam mal seus alunos podem ser penalizados. Evidentemente, essas restrições à expressão que a universidade está autorizada a colocar em prática não justificam outro gênero de controle. A universidade não pode, por exemplo, estabelecer uma ortodoxia política “oficial”, expulsando os alunos que não a abraçam. Em suma, eventuais restrições à expressão podem ser adotadas, na medida em que se relacionem com o propósito educacional da instituição (SUNSTEIN, 1995: 197-208).

A nossa questão agora, portanto, é se não podemos incluir entre os controles legítimos –no sentido descrito acima-- que uma universidade pode exercer a restrição a certas expressões de ódio no seu interior. Será que não pode exigir que todos os alunos tratem os colegas como membros iguais da comunidade universitária, uma vez que expressões de ódio podem comprometer a capacidade dos alunos que pertencem a minorias de aprender? Acreditamos que uma abordagem como esta é perfeitamente possível de ser sustentada, mesmo no contexto do sistema constitucional estadunidense, desde que as expressões de ódio censuradas fossem estreitamente definidas, de tal forma a se encaixarem nos propósitos educacionais da instituição. Mais do que propriamente restrições de expressões de ódio, a Universidade pode impor a uma obrigação de decência e civilidade no trato interpessoal no interior dos *campi* (SUNSTEIN, 1995: 197-208). Isso justificaria restrições mais amplas do que as que se aceitam fora das universidades. Mesmo no sistema constitucional pós-*R.A.V.*, uma universidade deveria poder regular, em bases suficientemente neutras, a) uma categoria estreitamente definida de insultos a grupos específicos e enumerados, como negros, mulheres e homossexuais, ou b) uma categoria estreitamente definida de insultos dirigidos a indivíduos envolvendo raça, sexo e orientação sexual. Sob a lei corrente, a restrição “a)” é baseada no ponto de vista, o que a faz mais problemática do que a lei derrubada por *R. A. V.*, já que tenta silenciar um lado do debate. A restrição “b)” é uma restrição baseada no conteúdo, não no ponto de vista. Mas é seletiva no mesmo sentido que a lei invalidada no caso *R. A. V.* O que as tornaria legítimas e aceitáveis é a sua aplicação restrita ao âmbito universitário, onde, como dissemos, uma restrição mais severa à expressão parece ser justificável em nome das tarefas educacionais. E esta é uma base suficientemente neutra (SUNSTEIN, 1995: 1999). Subordinar a aplicação desse princípio de supressão às necessidades educacionais contudo, não deve ser apenas uma formalidade: evitaria que se usasse a princípio contra os propósitos do aprendizado, contra a liberdade de cátedra e protegeria o próprio conteúdo disciplinar contra exageros da correção política, como os que foram contados por Lewis, que afirma que um professor de direito em Harvard foi alvo de protestos por citar uma sentença do ex-juiz da Suprema Corte Robert H. Jackson, o qual, por sua vez, citava uma linha de um poema de Lord Byron no qual o poeta afirma que Julia, “jurando que jamais consentiria, consentiu” [*swearing she would ne’er consent, consented*] (LEWIS, 2007: 164). Ou

evitaria que estudantes do curso de Letras pudessem exigir o banimento de Shakespeare, por exemplo, por se sentirem ofendidos por seu antissemitismo (pela forma como o personagem Shylock é retratado em *O Mercador de Veneza*) ou por sua islamofobia (por retratar o muçulmano negro Otelo como um assassino da própria esposa, e pela forma pouco gentil com que a mãe de Calibã, uma árabe muçulmana, é descrita por Próspero em *A Tempestade*).¹⁰⁵

E se ultrapassamos o muro das universidades, como podemos avaliar o padrão estabelecido em *R. A. V.* para regular a discussão pública no tumulto da vida política e social que corre fora dos muros e dos critérios específicos desse tipo de instituição? Neste ponto, fazer uma avaliação mais técnica e presa ao debate específico sobre a lei e a constituição dos Estados Unidos, mas podemos também dar a essa avaliação um caráter mais amplo, que é o que vimos tentando fazer desde o princípio nesta tese, embora nem sempre as technicalidades do sistema estadunidense sejam eludíveis, se desejamos acompanhar a discussão desenvolvida ali para sacar dela princípios de caráter mais geral.

No que toca especificamente à queima de cruzes, um argumento frequentemente levantado é o de que este tipo de gesto não é expressão, mas conduta, o que lhe tiraria a proteção oferecida pela Primeira Emenda e pela liberdade que, no final das contas, é apenas de *speech*, termo que se aplicaria a apenas a palavras e, no máximo, a imagens, mas não a gestos. A simplicidade e a singeleza deste argumento podem parecer sedutores à primeira vista, mas não creio que subsista a uma análise mais cuidadosa. Se aceitamos este argumento, teríamos de --à revelia do bom senso, do direito constitucional atual e do escopo de proteger a expressão que tenha cunho político-- aceitar que uma ampla gama de gestos expressivos simplesmente não goza de proteção. Que motivo teríamos para reivindicar uma regulação da expressão política que não protegesse a queima de uma bandeira nacional, a participação numa passeata, o uso de uma faixa ou ainda de uma roupa que porte determinada mensagem? Como ressalta Sunstein, sob a perspectiva madisoniana e sua valorização dos pontos de vista sobre assuntos e temas públicos, a diferenciação entre palavras e conduta expressiva parece artificial e arbitrária. (SUNSTEIN, 1995: 181). Mesmo condutas cujo significado político não seja evidente ou imediato, como a dança, por exemplo, embora possam ser reguladas mais facilmente do que a conduta política em

¹⁰⁵ Ver FISK, 2008.

sentido estrito, precisam de uma base sólida para a serem restringidas, e base sólida, nesse caso, significa uma justificativa “suficientemente neutra”. (SUNSTEIN, 1995: 182).

Vemos que a exigência de neutralidade se repete com insistência nos julgamentos da Suprema Corte. Como vimos no capítulo II deste trabalho, a prevenção contra censura baseadas no ponto de vista são muito fortes. Se tomamos outro exemplo de “conduta expressiva” que, ao menos em seu aspecto exterior, guarda alguma semelhança com a queima de cruzes, a saber, a queima de bandeiras, veremos que a Suprema Corte invalidou uma lei do Texas que criminalizava a queima da bandeira estadunidense (*Texas v. Johnson*¹⁰⁶). A sentença afirmava que a razão dada para a proibição era ilegítima, pois “o governo não tem uma razão para a regulação que seja independente da objeção governamental às ideias que a queima de bandeira traz”. Assim, parece que se tivermos uma razão mais robusta e mais neutra do que nosso desgosto pela idéia de racismo e segregação embutida na queima da cruz, talvez possamos ganhar terreno neste ponto.

Na decisão do caso *R. A. V.*, a suposta ausência de neutralidade da lei de Saint Paul foi decisiva para a anulação da condenação dos rapazes e para a declaração da inconstitucionalidade do estatuto. Na sentença, o juiz Antonin Scalia afirmou que mesmo numa categoria não-protégida de expressão, como “palavras de luta”, o governo não estava autorizado a romper suas obrigações de neutralidade, penalizando a expressão de determinadas palavras com base em seu conteúdo ou ponto de vista. Não nos parece que esse argumento possa ser levado às últimas consequências. Se tentamos aplicar o argumento de Scalia a outra das categorias periféricas de expressão, como a expressão comercial, vemos que a tese é frágil. Do contrário, teríamos que o governo não teria legitimidade para restringir a propaganda de cigarro, por exemplo, que mais do que uma restrição de conteúdo, é uma restrição de ponto de vista. Por que motivo então, uma categoria como “palavras de luta” não pode ser regulada como a expressão comercial? Ao que tudo indica, a lei de Saint Paul foi invalidada em *R. A. V.* por criminalizar não apenas palavras de luta, mas um espectro muito amplo condutas e expressões, abrindo a porta para censuras *partisan* fora do círculo da categoria desprotegida de expressão. Suponhamos que uma lei proíba a queima de cruzes que produza raiva ou ressentimento *se e somente se* a expressão em questão é também regulável sob padrões existentes de “palavras de luta”. Em

¹⁰⁶ *Texas v. Johnson* 491 U. S. 397 (1989), disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0491_0397_ZS.html

Beauharnais, por exemplo, uma regulação de expressão racista foi aceita, embora muitos questionem a validade de *Beauharnais* depois de *New York Times v. Sullivan*, já que, como vimos no capítulo II, em *Sullivan* a Corte subordinou a lei de difamação (*libel*) às exigências de um debate público robusto. Expressões de ódio, entendeu a corte na festejada decisão, contêm idéias políticas que não podem ser suprimidas apenas porque são ofensivas. Contudo, Cedendo a um raciocínio menos principista e mais estratégico, Sunstein sugere que *Sullivan* “surtiu num contexto em que interesses na expressão livre e a defesa dos direitos civis marchavam de mãos dadas. Talvez o problema fosse entendido de uma forma diferente se esses interesses estivessem em lados postos” (SUNSTEIN, 1995: 185). E é assim que voltamos ao incontornável tema da neutralidade.

Uma das motivações “neutras”, no caso, seria, por exemplo, a de proteger a propriedade da família negra cujo quintal foi invadido pelos adolescentes racistas, com base no mesmo princípio que nos permitira chamar a polícia se alguém entrasse em nossa casa e tentasse rabiscar as paredes ou nelas escrever. Queimar uma cruz no quintal de alguém já é proibido pela lei penal ordinária, já que é uma violação do direito de propriedade, e podia justificar uma condenação criminal dos rapazes¹⁰⁷. Mas o que estava em questão, nesse caso, é se era legítimo considerar a mensagem trazida pela queima da cruz um crime adicional, aumentando-lhes a pena (DWORKIN, 1996a: 204).

Mas voltemos à discussão um pouco mais abstrata do que se entende por neutralidade. Numa sociedade em que uma parcela mais ou menos significativa do espectro político recusa-se renitentemente a aceitar a idéia de igualdade humana fundamental, o sistema de liberdade de expressão se confronta com um dilema: censurar sua expressão significa extirpar uma parcela do *demos* do sistema de expressão protegida, e sob certo aspecto, deixa de manifestar-se neutro em face do mesmo debate político. Por outro lado, permitir-lhes a expressão pode trazer conseqüências terríveis não só para a “harmonia social”, como disse Frankfurter em *Beauharnais*, mas pode ter efeitos corrosivos sobre o ambiente igualitário que talvez seja condição imprescindível para que membros de minorias

¹⁰⁷ Entretanto, se a lei de propriedade é usada para invocar o fechamento de uma arena pública importante, a legitimidade desaparece. É o que ocorre, a título de exemplo, se manifestantes ou partidários de determinado candidato são impedidos de distribuir panfletos no interior de um centro de compras com a justificativa de que se trata de um espaço privado (SUNSTEIN, 1995: 183). Apesar de privado, não é uma residência, mas um espaço de circulação pública mais geral, e não pode ser tratado como se fosse a sala de estar do proprietário do local.

historicamente discriminadas e excluídas do processo político se sintam à vontade para participar desse processo. Em outras palavras, alguém deixará de ser tratado como igual, em algum sentido. Ou racistas são silenciados com base no ponto de vista do que dizem, ou se correrá o risco de criação de um ambiente político tão tenso no que se refere às divisões étnicas da sociedade que a participação das minorias pode tornar-se bastante difícil, entre outros possíveis danos. O Estado viola a neutralidade ao penalizar os cidadãos que expressam rejeição à idéia de igualdade humana fundamental? O governo rompe sua obrigação de neutralidade se cobra dos cidadãos a adesão a um padrão mínimo de compromisso com a igualdade dos demais cidadãos? Creio que a resposta a esta questão depende da concepção de neutralidade que se abraça.

Robert Post, por exemplo, considera que uma moralidade política apoiada na neutralidade não pode endossar a censura de expressões racistas. Isso porque a igualdade humana fundamental é entendida por ele como uma perspectiva particular:

“Na área de igual proteção (...) o governo federal tem, há quarenta anos, procurado inculcar de modo agressivo e em âmbito nacional valores particulares de igualdade. Mas a imposição legal desses valores só adquire legitimidade democrática precisamente pelo fato de que a Primeira Emenda estabeleceu uma arena de discurso público dentro da qual eles [os idéias de igualdade] podem ser livremente encampados ou rejeitados”. (POST, 1995a: 278).

Post talvez tivesse razão se (e somente se) a aceitação ou não dos “valores particulares de igualdade” no âmbito da expressão não tivesse nenhum impacto sobre os direitos de outras pessoas, particularmente sobre os direitos das minorias insultadas. Parece plausível, no entanto, dar rédea solta a racistas para que insultem seus concidadãos em termos raciais não afete a distribuição social dos direitos? Numa sociedade em que esses insultos são completamente livres, minorias raciais podem sentir-se constrangidas de ir à escola (a menos que seja uma escola segregada), falar em público ou até mesmo de andar na rua (a menos que seja no gueto). Dissemo-lo em outro lado, repetimo-lo agora: a concepção de neutralidade de Post é implausível.

Numa passagem de “A justiça como equidade”, Rawls rebate a acusação de que a sua concepção de liberalismo político não seja suficientemente neutra, uma vez que nela não há espaço para *todos* os modos de vida possíveis, e seus argumentos podem ajudar-nos

aqui. Rawls concorda que determinadas doutrinas abrangentes do bem “podem ser desencorajadas” numa sociedade justa, seja por “entrar em conflito direto com os princípios de justiça”, seja por não conseguir angariar seguidores “nas condições de um regime constitucional justo”. Exemplo desse último caso seria, para Rawls, o de uma religião que “só possa sobreviver se puder controlar o aparato do Estado e puder praticar a intolerância”. Como exemplo do primeiro caso, Rawls menciona concepções de bem que imponham “a repressão ou a degradação de certas pessoas por motivos, digamos, raciais, étnicos ou perfeccionistas”. Uma sociedade justa em termos rawlsianos não seria “neutra” no sentido em que essas concepções de bem teriam ali livre curso, mas isso “não parece” ser uma injustiça, segundo Rawls, já que “é impossível evitar a existência de influências sociais que favoreçam algumas doutrinas em detrimento de outras”, arrematando que “nenhuma sociedade pode incluir em si todos os modos de vida” devido ao “espaço limitado” do “mundo social” (RAWLS, 2003: 218-9).

Numa sociedade justa, doutrinas assim “podem perdurar, mas sempre entre segmentos relativamente pequenos da sociedade”, ou seja, continuaria a haver cidadãos que sustentam convicções racistas e intolerantes. O uso da força repressora do Estado contra esses cidadãos, contudo, não se justifica, em nosso entender, por sua insistência em manter convicções como estas. Justifica-se, isso sim, no caso de que tentem colocar suas convicções em prática, privando outros cidadãos de seus direitos constitucionais, ameaçando-os, ou mesmo os ferindo. Como disse Sebastião Nascimento, num texto não publicado,

“defender a inércia das instituições repressivas diante da injustiça parece um tipo de minimalismo perverso. (...) [o avanço d]a política de implementação de direitos fundamentais depende também do refinamento dos instrumentos jurídicos de controle e repressão das condutas que limitam a liberdade.” (NASCIMENTO, 2007: 3).

Temos, portanto, outra questão em mãos: a expressão de pontos de vista racistas e intolerantes é inofensiva, devendo ser tolerada, ou é capaz de causar danos sérios aos membros de minorias, privando-os de seus direitos constitucionais, devendo ser banida? No caso de sermos capazes de atestar uma relação mais ou menos direta entre a expressão de ódio e um dano físico ou uma privação de direitos à pessoa ou ao grupo social ao qual o ódio em questão se dirige, o banimento do racismo e da intolerância pode atender à mais

exigente concepção de neutralidade. Mas este não parece ser um problema passível de ser resolvido unicamente no plano da abstração. Devemos olhar para os efeitos que a expressão de ódio racial causa nas minorias alvejadas por ela de forma um pouco mais atenta às circunstâncias concretas em que a vitimização se dá.

No caso específico da queima de cruzes, não há espaço para dúvidas. Como dissemos acima, não se trata apenas da expressão corriqueira de uma crença ou opinião qualquer: no contexto político e histórico dos Estados Unidos, uma cruz ardente é uma ameaça séria capaz de no mínimo aterrorizar aqueles a quem se dirige. Como tal essa expressão é comunicada, e como tal ela é entendida. Por isso é que Sunstein reconhece que a concepção de imparcialidade da Suprema Corte parece implausível, uma vez que a expressão de uma preocupação particular e de um tipo mais forte com a equidade dos cidadãos dificilmente pode ser considerada uma violação da equidade: “Não há nada de *partisan* ou ilegítimo no reconhecimento de que um tipo especial de dano é causado por esse tipo de palavras de luta” (referindo-se à ação lavada a cabo em *R. A. V.*) (SUNSTEIN, 1995: 192). No sistema estadunidense, as bases legais para tanto existem. Afinal, o caso *Beauharnais* ainda não foi explicitamente revogado, e, ainda que de forma duvidosa e incerta, pode sustentar o impedimento de *libel* de certos grupos sociais (SUNSTEIN, 1995: 198). Aliás, a própria Constituição dos Estados Unidos, que a Suprema Corte tem como missão defender, não é neutra no sentido preconizado por esse tribunal em *R. A. V.*. Há ali um conjunto de provisões que inscreveram a igualdade no frontispício constitucional, como as emendas pós-guerra civil que aboliram a escravidão, eliminaram a cidadania de segunda classe a garantiram aos ex-escravos os direitos políticos plenos (As Emendas de número XIII, XIV e XV, respectivamente). Sunstein afirma que, se *R. A. V.* está certa, então a festejada lei dos direitos civis é inconstitucional, já que proíbe a demissão de um empregado devido a sua etnia (embora seja permitido demiti-lo por um sem-número de razões). De acordo a racionalidade estabelecida em *R. A. V.*, esse tipo de proibição não poderia ser considerada neutra, já que é capaz de “penalizar” alguém por suas convicções políticas. Não é perfeitamente possível imaginar um empregador branco que demite um empregado negro por ter convicções racistas e segregacionistas, por acreditar que negros e brancos não devem conviver ou compartilhar o espaço de trabalho? Algumas ações desse tipo têm certamente alguma dimensão expressiva (SUNSTEIN, 1995: 197). Entretanto, a

mesma racionalidade que proíbe de demissões discriminatórias de mulheres e de negros pode ser invocada para proteger esses grupos, bem como homossexuais, de insultos e de intimidações, e pode fazê-lo em bases aceitavelmente neutras, porque compatível com a pluralidade social e política. Talvez seja por essas razões que a Corte parece estar num momento de inflexão quanto a este ponto, nos Estados Unidos, uma vez que em 2003, em *Virginia v. Black*¹⁰⁸, a maioria da Corte indicou que uma lei criminalizando a queima de cruzes poderia ser apoiada, desde que feita com adequação e precisão em sua técnica legislativa, de modo que ficasse claro que ela tinha como alvos a intimidação e a ameaça, preservando a mera expressão política. (O'BRIEN, 2005: 484).

A clareza que caracteriza o caso da queima de cruzes abandona-nos em outros tipos de expressão. Que tipo de efeitos uma expressão pode causar na assembléia e em terceiros? Um dos efeitos certos que uma expressão racista é capaz de provocar na audiência, principalmente –mas não exclusivamente-- nos grupos atingidos por ela, é um intenso e doloroso sofrimento emocional. A lei de Saint Paul penalizava a expressão justamente com base nesse estado subjetivo, falando em “ressentimento” e em “raiva”. Contudo, se aceitamos a proposição de que a expressão capaz de causar algum tipo de incômodo na audiência dá causa à proibição, teríamos que grande parte da dissensão política poderia ser censurada, o que faz dessa asserção, pelo menos nesse nível de generalidade, um critério inaceitável para a regulação da liberdade de expressão. Mas podemos sofisticar essa proposição, requalificando-a do seguinte modo: será que o tipo de raiva e de ressentimento que expressões racistas causam não é um tipo muito especial de ressentimento que poderia ser capaz de justificar a censura? Será que atos de expressão que causam ressentimento ou raiva em virtude de, digamos, raça, credo ou sexo não poderiam sujeitar-se a um controle mais forte do que o ressentimento provocado por outros tipos de divisão? Sunstein parece endossar essa tese, reivindicado a especificidade e a legitimidade da censura de expressões que ecoam exclusões com certo lastro histórico, quando afirma que “só a obtusidade permitiria a alguém afirmar que a palavra ‘fascista’ ou ‘porco’ ou mesmo ‘branquelo’ [*honky*] produz os mesmos sentimentos que a a palavra ‘*nigger*’.” (SUNSTEIN, 1995: 186). A teoria constitucional estadunidense, tal como entendida hoje, não reconhece, contudo, nenhuma diferença qualitativa entre as expressões acima.

¹⁰⁸ *Virginia v. Black*, 538 U. S. 343 (2003), disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/supct/html/01-1107.ZS.html>>.

Que base teórica podemos mobilizar para justificar essa diferença? Não poderia ser, a nosso ver, a de que essa forma de ressentimento é mais intensa do que outras formas de ressentimento, causados, por exemplo, por antagonismos esportivos, porque isso seria o mesmo que aprofundar o caráter psicologizante do argumento, o que constitui um de seus pontos débeis. Recorrendo à própria história da sociedade em que a problema ocorre, agressões verbais contra minorias étnicas e expressões racistas em geral podem ser entendidas como meros prelúdios de coisas mais graves, como violência física, por exemplo, ou “exclusão, ou subordinação que não podem ser plausivelmente reduzidos a uma simples ofensa” (SUNSTEIN, 1995: 186). **O problema, então, não é o ressentimento ou a raiva que a expressão produz nos ouvintes, mas o fato de que para além do sofrimento emocional, o que está em jogo é toda uma rede de direitos e oportunidades dos membros de minorias com um histórico de exclusão**, direitos esses que podem ser ameaçados se os membros da maioria perpetradora da exclusão encontram livre curso para expressar seu ódio. Neste caso, a sensação de raiva que a expressão cause nas vítimas do ódio não chega a ser irrelevante, mas não é central. Outra vez, a relevância penal da questão advém de seus efeitos sobre o conjunto de direitos e de oportunidades das vítimas, e não exclusivamente de um estado psicológico determinado. Insultos racistas proferidos numa universidade, por exemplo, podem ter o objetivo e o efeito de intimidar membros de minoria e lograr de fato sua exclusão do ambiente universitário, o que constitui uma privação séria de oportunidades e de direitos. Isso não pode ser de modo algum comparado ao ressentimento sentido por um cidadão que é insultado por sua calvície, ou ao ressentimento que um economista neoliberal pode sentir diante da defesa do keynesianismo em meio ao debate político. Uma vez mais recorrendo a Sunstein, a diferença é que minorias historicamente discriminadas podem sentir-se mais do que ofendidas diante de expressões desse tipo. “Pessoas confrontadas com expressões de ódio podem experimentar uma forma de ‘silenciamento’ no sentido de que se tornam relutantes em expressar-se e não são ouvidos quando o fazem” (SUNSTEIN, 1995: 186).

Uma contra-razão forte a este argumento é que mesmo que nos limitemos a essa forma limitada e historicamente justificada, por assim dizer, de ressentimento, poderíamos autorizar, com esse critério, a censura de parte importante do debate público contemporâneo. A discussão sobre política externa, por exemplo, ou sobre aborto, serviço

militar obrigatório, política criminal e previdenciária, e muitos outros temas candentes pode facilmente tocar em questões raciais e “provocar raiva ou ressentimento com base na raça”. Thomas Streeter (STREETER, 1995: 32-3) propõe uma questão –cuja formulação ele credita ao crítico literário afro-estadunidense Henry Louis Gates—capaz de nos ajudar neste ponto, além de nos fornecer uma razão adicional pela qual a pura e simples ofensividade não pode ser a base da censura. Imaginemos que as expressões de ódio abaixo sejam dirigidas a membros de minorias étnicas beneficiários de uma política de cotas para a entrada na universidade pública, num país ou região com um forte histórico de exclusão e de racismo:

Expressão A:

“Sai da minha frente, animal selvagem!”

Expressão B:

“Fulano: se você está tendo dificuldades para acompanhar as aulas aqui, deveria perceber que a culpa não é sua. Isso corre simplesmente por você ser beneficiário de uma política equivocada e prejudicial de ação afirmativa que coloca estudantes negros pouco qualificados, pouco preparados e frequentemente pouco talentosos em ambientes educacionais exigentes como este. Os objetivos da política igualitária podem ser bem-intencionados, mas dado o fato de que testes de aptidão revelam que afro-americanos estão quase um degrau inteiro abaixo da média, mesmo descontadas as disparidades sócio-econômicas, os objetivos estão profundamente mal conduzidos. A verdade é que provavelmente você não pertence a este lugar, e sua experiência na faculdade será uma longa descida ladeira abaixo”.

Diante de ambas as expressões, e reconhecendo de antemão que ambas são extremamente racistas, pergunta-se: qual delas é mais ofensiva e mais dolorosa para a vítima? Acreditamos que não haveria muito controvérsia quanto ao reconhecimento de que o segundo discurso agride mais, fere mais, é capaz de causar mais dano psicológico a um aluno membro de uma minoria que entrou na universidade através das portas abertas pelo sistema de ação afirmativa. Esse gênero de expressão é mais ofensivo e causa mais dano porque enquanto no exemplo em que o insulto é mais direto, o que se revela é um indivíduo doentiamente racista, no primeiro exemplo é “a instituição universitária que parece olhar o aluno de cima, dizendo-lhe que ele não se encaixa ali” (STREETER, 1995: 34). Entretanto, a despeito dessa diferença entre as expressões, diferença essa que favorece o insulto direto em relação à segunda fala, se o critério é a ofensividade da expressão, os Códigos de expressão das universidades estadunidenses alcançariam apenas a primeira fala. Isso porque

o que os separa não é o conteúdo, que em ambos é racista ao extremo, mas o estilo. O segundo tipo de expressão apela a razões e a argumentos que, por mais que os consideremos falsos, inválidos e equivocados, ainda são argumentos, no final das contas. E aqui não estamos a falar apenas das universidades, mas de regras de validade mais geral.

Acreditamos que chegamos, portanto, a dois critérios gerais para regulação de expressões de ódio. O primeiro é a de modo geral, a “raiva” ou a “mágoa” que uma expressão cause não pode fornecer, sozinha, base alguma para a regulação. Isso não significa, contudo, que não se possa regular expressões de ódio. Significa apenas que eles não podem ser regulados por essa razão.

A segunda é que expressões que apelem a algum tipo de habilidade deliberativa podem gozar ao menos de certa presunção de boa-fé, por assim dizer, capaz de fazê-la passar pelos filtros que estamos discutindo. Isso porque nosso objetivo, mais do que reprimir as convicções racistas *per se*, é preservar os direitos constitucionais e as oportunidades das minorias visadas pelos racistas. Considerando a importância que o debate político tem e deve ter num regime democrático e pluralista, é razoável afirmar que expressões racistas que se resumem a gritos e a insultos têm menos valor do que expressões racistas que apelam a argumentos, o que justifica um tratamento diferente. Isso a despeito do desprazer que eventualmente possamos ter ao escutar argumentos racistas, misóginos ou homofóbicos --se é que o leitor nos permite este ligeiro escorregão num certo tom testemunhal. O debate --que ganhou força no Brasil nos últimos anos -- sobre a conveniência ou não de adotarmos ações afirmativas no acesso à universidade pública ilustra bastante bem este ponto. Nesse debate, defensores e detratores de cotas raciais acusam-se mutuamente de racismo, e, se alguma dessas acusações for aceita como razão suficiente para calar o interlocutor, o prejuízo será do próprio debate sobre a questão racial no Brasil, que por conta dessa mesma polêmica tem ganhado em franqueza. As expressões que de alguma forma apelam à razão deliberativa podem ser respondidas com base em argumentos, enquanto o insulto e os epítetos lançados aos gritos só pode ser o prelúdio da retirada humilde e calada, da fuga ou da violência física. Ao menos parcela dos críticos da excessiva liberalidade com que expressões desse tipo são tratadas nos Estados Unidos parece concordar com este critério.

Falando de um incidente racial ocorrido em Stanford há alguns anos¹⁰⁹, um grupo de acadêmicos bastante críticos da forma como as expressões raciais são tratadas na teoria contemporânea de liberdade de expressão deu a entender que os racistas deveriam ser punidos pelo fato de que sua manifestação não tinha características deliberativas. Seu único objetivo era “acabar com a discussão, em vez de dar-lhe continuidade. Não se tratava de uma refutação do argumento dos estudantes negros, mas um ataque à postura dos negros de dedicar-se a um diálogo intelectual”. (MATSUDA *et al.*, 1993: 7-8).

Ficariam de fora da proteção constitucional à liberdade de expressão, desta forma, apenas uma categoria bastante estreita de expressões de ódio. Evidentemente haveria casos pouco claros, situações-limite de difícil classificação. Mas essas são inevitáveis, e mesmo a mais clara definição da liberdade de expressão tem de confrontar-se com problemas difíceis que parecem escapar a toda tentativa de estabelecer um critério.

A questão de que nosso problema não se baseia numa restrição ao conteúdo ideológico da mensagem, mas nas consequências que a expressão tem no mundo real (SUNSTEIN, 1995: 192), é completamente ignorada por Dworkin, quem, ao posicionar-se contra qualquer forma de controle de expressões de ódio apelando a um argumento que, em última instância é uma defesa da autonomia individual, no sentido de que qualquer controle sobre a expressão de ódio seria paternalista. Segundo ele, a liberdade de expressão possui um “valor intrínseco” que está acima de seu eventual “valor instrumental”: essa liberdade não deve ser protegida apenas porque nos proporciona algo que consideramos valioso (por que sem ela o autogoverno coletivo é impossível, porque com ela poderemos conhecer mais e melhor o mundo, etc.). A liberdade de expressão adequadamente compreendida, para ele, tem seu valor se estendida a todos, sem distinção, inclusive àqueles que queimam cruzes e que ameaçam seus concidadãos, pois é assim que “o governo trata todos os seus membros adultos, exceto aqueles que são incapazes, com agentes morais responsáveis”. Pessoas nessa condição caracterizam-se por

¹⁰⁹ Alunos negros da universidade disseram que Beethoven tinha ancestrais africanos. Em resposta, alguns alunos brancos fizeram uma caricatura de Beethoven na qual este era representado com a pele escura, os lábios grossos e o cabelo crespo. Sob o desenho, podia-se ler: “Isto é o que vocês são. Vocês e todos os seus irmãos e irmãs afro-americanos. É uma piada pensar que vocês poderiam algum dia ser um Beethoven. Vocês só podem ser uma caricatura do verdadeiro gênio.”

“formar suas próprias opiniões sobre o que é bom ou ruim em política, ou o que é verdadeiro ou falso em matéria de justiça ou fé. O governo insulta seus cidadãos, e nega-lhes sua responsabilidade moral, quando determina que não é confiável que eles ouçam opiniões que os possam persuadir a converter-se a convicções perigosas ou ofensivas. Mantemos nossa dignidade como indivíduos apenas se insistirmos que ninguém —nenhum agente público ou maioria—tem o direito de privar-nos de uma opinião com base em que não temos as condições de ouvi-la e considerá-la.” (DWORKIN, 1996a: 200).

A questão, então, é que qualquer que seja a ofensividade de um discurso, da quantidade de indivíduos atingidos por ele, sua supressão representaria uma forma de paternalismo incompatível com a idéia de que somos sujeitos morais plenos. Em suma, a questão é que as pessoas devem poder falar livremente porque têm um direito moral a fazê-lo, qualquer que seja o conteúdo de sua mensagem. Não que a justificativa moral torne a liberdade de expressão absoluta, mas torna-a mais robusta do que a justificativa meramente instrumental, por motivos óbvios: se a liberdade de expressão só tem valor na medida em que promove outro bem (este sim com valor intrínseco), podemos deparar-nos com situações em que esse bem estaria melhor protegido na medida em que o discurso fosse suprimido. O problema desse argumento de Dworkin é que ele ignora a possibilidade de que algumas expressões de ódio podem causar danos às suas vítimas. No caso dessas expressões que causem dano a minorias, tratar os responsáveis pela expressão como sujeitos morais responsáveis pode significar fazê-los responder pelo dano que causem.

Se isso pode representar a exclusão de certos discursos da esfera deliberativa e, nesse sentido, impor-lhes uma desigualdade política, também representa um impedimento a que esses mesmos racistas imponham uma exclusão forçada aos grupos discriminados. Se se trata de uma escolha entre uma concepção de igualdade política em que não haja lugar para racistas propensos à violência e a insultos e uma concepção de igualdade política em que não haja espaço para cidadãos que pertencem a alguma categoria étnica serem vistos como iguais, somos obrigados a tomar parte em favor das vítimas dos racistas, que, em última instância não escolheram sua condição étnica, enquanto os racistas fizeram uma escolha de suas convicções políticas.

E a conexão entre determinadas formas de expressão de ódio e a violência física efetiva não é apenas uma possibilidade hipotética. O último genocídio do século XX, ocorrido em Ruanda em 1994, no qual entre quinhentas mil e um milhão de pessoas, em sua imensa maioria tutsis e hutus moderados, foram assassinadas por extremistas hutus ao

longo de apenas 100 dias. Parte dessas mortes é creditada ao ódio propagado, incitado e inflamado pelas ondas do rádio (SMITH, 2003; GOUREVITCH, 2006), principalmente através da *Radio Télévision Libre des Mille Collines* (RTLM). Alguns anos mais tarde, um governo liderado pelos tutsis proibiu partidos políticos de apelar à identidade racial (LEWIS, 2007: 166), uma restrição à expressão que, se não é considerado legítima nas condições estadunidenses, é perfeitamente compreensível nas circunstâncias trágicas desse pequeno país africano.¹¹⁰

E Ruanda não está só na restrição a expressões de ódio racial, e um pouquinho de direito comparado não nos faria mal, uma vez que chegamos a este ponto. A difamação em bases étnicas e raciais é proibida em muitas democracias exuberantes, aparentemente com poucos danos ao sistema de expressão livre (SUNSTEIN, 1995: 15). Além do caso canadense, que veremos logo mais, a Alemanha criminaliza seriamente a exibição da suástica ou qualquer outro símbolo nazista. Em outros onze países europeus, é crime negar o Holocausto. O *Race Relations Act*¹¹¹ do Reino Unido proíbe expressões de ódio racial, não apenas quando se trate de expressão que conduza à violência, mas de qualquer tipo, com o argumento de que minorias devem ser protegidas de insultos raciais. No Brasil, a Constituição de 1988 criminaliza seriamente o racismo (artigo 5º, inciso XLII), declarando-o crime inafiançável e imprescritível, no que foi seguida pela lei 7716, de 1989 (a Lei Afonso Arinos, de 1951, considerava o racismo uma contravenção penal). Dificilmente alguém poderia afirmar que nestes países o sistema democrático está desabando por conta de criminalização de expressões de ódio.

Ainda no Brasil, uma controvérsia que coloca a liberdade de expressão e a restrição ao preconceito em campos antitéticos está em andamento, com respeito aos Projetos de Lei PLC 122/06 (no Senado) e PL 5003/01¹¹² (na Câmara dos Deputados), que propõem uma alteração na lei 7716/1989¹¹³, aumentando-lhe o escopo e criminalizando a discriminação ou o preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, permitindo que

¹¹⁰ Analogamente, perguntamo-nos se não é possível supor alguma relação causal entre a pregação de ódio contra os direitos humanos facilmente escutáveis em estações de rádio no Brasil e as amplas e costumeiras violações de direitos humanos cometidas pelas forças policiais brasileiras.

¹¹¹ Disponível em: <<http://www.statutelaw.gov.uk/content.aspx?ActiveTextDocId=2059995>>

¹¹² Disponível em:

<http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=31842>

¹¹³ <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L7716.htm>>

a motivação homofóbica nos crimes discriminatórios passe a ser considerada no processo penal e impedindo que estabelecimentos e empresas que adotem posturas discriminatórias possam receber incentivos fiscais, créditos públicos e participar em licitações. Alguns grupos religiosos acusam o projeto de lei de discriminatório e autoritário, no sentido de que poderá comprometer-lhes a liberdade de pregar contra a homossexualidade. As implicações do projeto para a liberdade de expressão, contudo, são mínimas, se interpretamos a lei sob a ótica dos argumentos que vimos desenvolvendo. Os tipos penais criados pela lei 7716 são ostensivamente focados em ações de privação ou tentativa de privação de direitos e liberdades das categorias protegidas. Verbos como “impedir” e “obstar” repetem-se uma e outra vez no texto da lei: “Impedir ou obstar o acesso de alguém (...) a qualquer cargo da Administração”, “Negar ou obstar emprego em empresa privada”, “Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador”, “recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau”, “Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos “comerciais”, “de ensino”, a “entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores”, ou ainda a “transportes públicos”, e, finalmente, “Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social”. O escopo da lei e do projeto que propõe a criminalização de condutas discriminatórias de fundo homofóbico é claramente o de fazer com que homossexuais não precisem mais, por exemplo, temer a demissão sumária no caso de sua inclinação sexual se tornar pública.

As implicações diretamente vinculadas à liberdade de expressão estão no final do documento. Se bem o artigo 20 tenha uma redação mais aberta e ampla, penalizando a conduta de “induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, acreditamos, de acordo com a argumentação que vimos desenvolvendo, que o tipo deve ser interpretado em consonância com o restante do documento legal. A expressão deve ser suprimida caso se resuma a insultos dirigidos contra grupos historicamente privados de direitos. No caso de a expressão apelar para habilidades deliberativas, a punição deve executar-se apenas na medida em que se a expressão esteja relacionada de forma mais ou menos direta com a privação concreta de direitos. É uma distinção desse tipo que nos permitiria punir a incitação à demissão de um homossexual,

por exemplo, preservando o direito de crença religiosa em que a homossexualidade é “pecado”, desde que essa crença sirva apenas como guia de conduta dos indivíduos que a abraçam voluntariamente. Isso se torna mais evidente diante do fato de que a lei autoriza o juiz a tomar medidas duras, no caso de a incitação ao racismo ser feita “por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza”. Nesse caso, o juiz poderá determinar “o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo” e/ou “a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.” No nosso entender, a única forma de expressão punível *per se* no documento é a da fabricação, comercialização, distribuição e veiculação da suástica “para fins de divulgação do nazismo”. Mas a suástica, convenhamos, não faz nenhuma falta a nossa deliberação pública.

Finalmente, não poderíamos dar por encerrado o tópico das expressões de ódio sem considerar o caso das imagens sexualmente explícitas, que muitas feministas consideram moralmente equiparáveis às demais expressões intolerantes. De acordo com esse ponto de vista, a pornografia que retrata a submissão feminina nega a igualdade humana fundamental e viola direitos fundamentais das mulheres. A especificidade desse tipo de expressão, no entanto, levou-nos a tratar desse tema em tópico separado. Vamos a ele.

4.3 A posição da Suprema Corte sobre pornografia e obscenidade.

Até bem entrado o século XX, era bastante comum tribunais apoiarem a censura a obras literárias de mérito insuspeitável, como “O amante de Lady Chatterly”, “Ulisses” e obras de Balzac. “Ulisses” foi proibido em 1920, a pedido da Sociedade de Nova Iorque pela Supressão do Vício (*New York Society for the Supression of Vice*), indignada por um ponto da narrativa na qual o principal personagem do romance, Leopold Bloom, se masturba. O critério que ensejou esta censura (e que ensejava censura por obscenidade então), chamado teste *Hicklin* e forjado no âmbito do direito comum britânico, determinava a censura “se a tendência do material acusado de obscenidade é corromper aqueles cujas mentes estão abertas a tais influências imorais e em cujas mãos uma publicação deste tipo pode cair” (O’BRIEN, 2005: 431). Por “mentes abertas” a “influências imorais” entenda-se a mente de crianças ou de pessoas com deficiências mentais graves. (LEWIS, 2007: 133).

Como comentou numa decisão judicial (*Butler v. Michigan*)¹¹⁴ com seu habitual sarcasmo o juiz Felix Frankfurter, “o efeito deste critério é a redução das possibilidades de leitura de toda a população adulta [do país] ao que é feito para crianças”. A retenção da versão francesa de Ulisses na alfândega acabou por desencadear um processo judicial, decidido por um juiz federal (John Woolsey) cujo resultado foi a ampliação do critério, pois o julgamento passou a ser feito com base no efeito de seu “tema dominante” (e não mais pela existência de um trecho qualquer) sobre o “leitor médio”(e não mais sobre os mais vulneráveis). Apesar de não ter sido decidido pela Suprema Corte, este caso tornou-se amplamente adotado como critério, ou foi tão amplamente adotado como pode ser uma decisão que não foi testada pela Corte Constitucional. Depois de, por empate, a Corte Suprema ter permitido nos anos de 1940 a censura de um romance de autoria de um dos maiores críticos literários dos EE. UU., Edmund Wilson, deu-se continuidade ao abrandamento dos termos de moralidade sexual como causa de censura. Mas a derrogação explícita do critério *Hicklin* só viria em em 1957, com a decisão de *Roth v. United States*¹¹⁵, de 1957. A decisão da Corte manteve a condenação de Samuel Roth, com base numa lei federal, por postagem de material obsceno. Apesar da condenação e de a decisão reafirmar que material obsceno não gozava da proteção constitucional conferida pela Primeira Emenda, tentava-se oferecer uma definição mais restrita (e portanto mais permissiva) de obscenidade. De acordo com o juiz William Brennan, que falou pela maioria da Corte, para ser considerado obsceno, “o tema dominante do material tomado em seu conjunto” deveria “apelar para interesses lascivos”, isso de acordo com o julgamento do “homem médio”, o qual, por sua vez, deveria julgar de acordo com os “padrões comunitários contemporâneos”. Mas Brennan fazia uma ressalva: a de que a censura só podia aplicar-se a expressões que carecessem de “mínima relevância social”. “Idéias pouco ortodoxas, controversas, ou mesmo idéias que pareçam odiosas ao clima predominante de opinião” não poderiam ser classificadas como obscenas. Para ser considerada fora do alcance da proteção constitucional, era preciso que o material não tivesse qualquer “importância social” capaz de o “redimir” [*redeeming social importance*]. Assim, distingue-se sexo de obscenidade. Retratar o sexo na arte, na literatura e em trabalhos científicos não é razão

¹¹⁴ *Butler v. Michigan*, 352 U. S. 380 (1957), disponível em: <http://supreme.justia.com/us/352/380/>

¹¹⁵ *Roth v. United States* 354 U.S. 476 (1957), disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/histories/USSC_CR_0354_0476_ZS.html

suficiente para negar ao material o direito à proteção constitucional da expressão e de imprensa, afirmou o juiz Brennan. “Sexo é uma importante e misteriosa motivação humana, e tem sido o objeto de atração do interesse da humanidade através dos tempos; é um dos temas vitais de interesse humano e de atenção pública”. Mas com a garantia de que materiais com algum “valor social redentor” não seriam censurados, passou-se a verificar um fenômeno curioso: os escritores de pornografia e diretores de filmes e outros materiais pornográficos passaram a inserir em suas obras relatórios médicos ou diálogos de Shakespeare para proteger sua criação (WOODWARD, 1985: 255).

A decisão contudo, colocou diante da Corte uma tarefa não apenas difícil, mas desagradável: a de definir “obscenidade”, isso num contexto de pluralidade social no qual não há qualquer chance de se chegar a um consenso sobre o que isso significa. O aturdimento com este fardo levou o juiz Stewart a entregar os pontos em 1964, renunciando às tentativas de conceituação, no caso *Jacobellis v. Ohio*¹¹⁶: afirmando que leis anti-obscenidade só podiam ser aplicadas a pornografia “*hard-core*”, afirmou que, apesar de ser incapaz de definir o que isso significava, sabia reconhecê-la quando a via. É sintomático que esta seja a decisão mais citada quando se trata de pornografia, como notou Dworkin (DWORKIN, 1996a: 207). Ilustra a radical instabilidade desse conceito uma bela frase do juiz Harlan em *Cohen v. California*¹¹⁷: “A vulgaridade de um homem é o lirismo de outro”. O juiz Hugo Black mantinha-se sempre irredutível em sua postura absolutista, com base na idéia segundo a qual negar proteção constitucional a um gênero que não pode ser definido com precisão seria o mesmo que colocar em risco todo o sistema de proteção constitucional (O’BRIEN, 1995: 431).

Se o juiz Stewart desistiu da ingrata tarefa da definição da pornografia, a Corte decidiu levá-la adiante. Ao longo dos anos sessenta e com a ajuda de três casos concretos, o Tribunal tentou reelaborar o critério de Roth, sem alterá-lo profundamente. Desta forma, para ser colocados para fora do círculo de proteção constitucional, um material teria de preencher simultaneamente três requisitos: 1) a existência de um “interesse lascivo” 2) apelar a esse interesse de um “modo patentemente ofensivo” e 3) carecer de qualquer “valor

¹¹⁶ *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964), Disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0378_0184_ZS.html

¹¹⁷ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971), disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0403_0015_ZS.html

social” capaz de o “redimir” (O’BRIEN, 1995: 432). Dois elementos da nova definição chamam a atenção de modo imediato: por um lado, podemos notar que se tornou mais difícil qualificar algo como obsceno, pois o critério se tornou mais exigente. Mas também podemos notar que continuava sendo pouco objetivo e problemático. Afinal, como decidir se um filme, por exemplo, apela a “interesses lascivos” de forma “patentemente ofensiva”, ou se tem algum “valor social”? Essa falta de objetividade impediu que se pusesse um fim ao problema da instabilidade do conceito de “obsceno”. Mas o resultado prático desse entendimento foi a concentração da censura em obras de caráter mais pesado, digamos assim, o que levou a uma proliferação de literatura erótica e pornográfica nos anos 60. Isso não poderia deixar de refletir-se no ambiente político: a pornografia tornou-se parte da agenda política nacional estadunidense (O’BRIEN, 1995: 432). Os três juízes apontados por Nixon (incluindo aí o Presidente da Corte, Warren Burger) finalmente conseguiram uma maioria apertada para alterar o entendimento da Corte sobre pornografia no caso *Miller v. California*¹¹⁸, de 1973. O critério do interesse lascivo foi redefinido como “o material que mostra ou descreve de um modo patentemente ofensivo conduta sexual tal como definida em lei estadual”. Além disso, o trabalho como um todo devia “carecer de valor literário, artístico, político ou científico”. E, por último, os “padrões comunitários contemporâneos” foram reinterpretados de modo a significar o padrão local, não o nacional. (O’BRIEN, 1995: 433). Como consequência, estados foram convidados a definir obscenidade e as “comunidades locais” teriam mais poder para controlar material de conteúdo sexual.

Portanto, ainda hoje se considera que algo definido como obsceno não goza de proteção constitucional. Mas as peças todas do critério estabelecido por ele tornam-no altamente protetivo de expressão com caráter sexual, e isso provavelmente contra a vontade daqueles que o elaboraram. O que lhe dá um caráter protetivo é a exigência de que manifeste um “interesse lascivo” de forma “patentemente ofensiva”. Como se trata de estados psicológicos raramente confessados, é difícil que júrís e juízes consigam prová-lo. Cass Sunstein afirma que é muito difícil vencer um processo por obscenidade a menos que o material em questão seja *apenas* uma incitação à masturbação, e acrescenta: “apesar de alguns processos frívolos e de grande publicidade (...), falando de modo realista, pessoas

¹¹⁸ *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973), disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0413_0015_ZS.html

envolvidas na produção de trabalhos sexualmente explícitos têm pouco a temer do critério *Miller*” (SUNSTEIN, 1995: 210-1).

Se o critério Miller raramente se traduz em censura a pessoas responsáveis por material de conteúdo sexual explícito, muitos o consideram altamente questionável do ponto de vista teórico e constitucional, menos por suas conseqüências (que são pequenas, como afirmamos acima) do que por sua base teórica. O critério é questionado, em primeiro lugar, por abrir as portas para a censura de determinadas expressões simplesmente porque algumas pessoas, devido a suas concepções puritanas do mundo, são ofendidas por ela. A ofensividade em questão diz respeito à possível influência de material sexualmente explícito sobre o caráter de toda a sociedade. Se permite que puritanos tomem a iniciativa da censura, tratar-se-ia de uma censura “baseada no ponto de vista”, para nos valermos do jargão constitucional estadunidense (ver final do capítulo II), e portanto incompatível com a Primeira Emenda. Para esta posição, a que chamaremos de *libertária*, o controle da obscenidade previsto pelo critério Miller seria incompatível com a moralidade política liberal por abraçar critérios explicitamente comunitaristas de controle, deixando à comunidade local o poder de definir o que o que é permitido e o que é proibido em matéria de expressão sexual. Grosso modo, esta é a posição sustentada por Ronald Dworkin.

Um defensor do critério Miller poderia objetar que não se trata de censura de idéias, mas sim de controle sobre a forma de expressar essa ideia, o que, moralmente, tornaria a censura à pornografia semelhante à censura de um caminhão de som ligado a todo volume em hora e local inadequados. Assim, a censura à pornografia estabelecida pelo critério Miller seria uma censura “neutra quanto ao conteúdo”, e, portanto, passível de ser defendida em bases moralmente neutras e aceitáveis de um ponto de vista liberal. O critério não seria *partisan* porque se apoiaria em algo de sentido muito incerto e lato, os tais “padrões contemporâneos da comunidade”. Para seus defensores, é um critério neutro no sentido de que não abraça uma visão de bem particular (pode ser preenchido por diversas concepções do bem, dependendo da comunidade que o aplique). Seria neutro porque aqui o Estado não dita a concepção do bem que desaprova, deixando que a comunidade o faça. Sunstein apresenta esse argumento (SUNSTEIN: 1995: 211-2), sem endossá-lo, claro, uma vez que se trata de um argumento profundamente equivocado em sua leitura do que seja a neutralidade liberal em face das concepções do bem dos indivíduos. De qualquer forma, a

posição doutrinária encarnada hoje pelo critério Miller¹¹⁹ –e no passado por versões bastante mais restritivas dele-- será chamada por nós aqui de *anti-obscenidade*.

Uma terceira posição, mais recente, é de grande interesse para nossos propósitos aqui. Tendo sido formulada pela primeira vez pelas feministas Catharine MacKinnon e Andrea Dworkin (MacKinnon continua a ser sua mais célebre defensora), advoga a censura de certos materiais pornográficos, mas em bases teóricas bastante distintas daqueles mobilizadas pela anti-obscenidade. A diferença desta posição --que chamaremos de antipornográfica-- em relação à posição antiobscena está em que o motivo pelo qual certas formas de censura são defendidas não reside no fato de que o material mostre nudez ou pessoas engajadas no ato sexual e isso ofenda a concepção de sexualidade dominante. Para estas feministas, o problema é o suposto dano (real ou em potência) que a mistura de sexo com violência e coerção causa às mulheres, seja na própria produção, seja posteriormente, no uso e divulgação do material (SUNSTEIN, 1995: 211-2). Outras formas de pornografia (nas quais não há violência), contudo, também poderiam ser legitimamente suprimidas, de acordo com esta perspectiva, desde que se demonstrasse que causam, representam e são fruto de desumanização das mulheres e de sua subordinação aos homens.

Vejamos este ponto de vista com mais detalhamento, primeiro, juntamente com as críticas que lhe são feitas, discutindo o tipo de moralidade política que justifica de cada um desses pontos.

4.3.1 A perspectiva antipornografia

O feminismo, como sabemos, parte da constatação de uma grande e persistente desigualdade entre os gêneros masculino e feminino, e, compreendendo que tais desigualdades são socialmente construídas, apresenta-se como um movimento “dirigido à ação social” para modificar esse cenário. Nesse sentido, expressa-se a si mesmo como “um movimento político pela igualdade civil” (MACKINNON, 1987: 206).

Alguns se perguntam a razão pela qual parte do movimento dedica tanta energia política à supressão da pornografia¹²⁰, uma vez que outros temas --tais como o aborto e a

¹¹⁹ O fato de que o critério Miller não seja restritivo na prática não significa que em tese não o seja. No plano filosófico, Miller baseia-se numa concepção de sexualidade sadia (heterossexual, dentro do casamento e voltada para procriação) para a qual mesmo a exibição consensual de imagens “obscenas” de adultos a outros adultos no espaço privado pode ser proibida restringida.

defesa de mecanismos de promoção equitativa de mulheres no ambiente de trabalho e no mundo político -- parecem bastante mais candentes no que toca à igualdade de gênero. Mas a questão é que, para as feministas que defendem a censura, estes problemas que consideramos maiores e mais visíveis estão intimamente relacionados à pornografia.

Expliquemos melhor este ponto: sabemos que as desigualdades sociais entre os gêneros manifestam-se na vida política, na vida social e econômica e também na vida íntima e privada. Entretanto, parte do movimento feminista considera que a sexualidade ocupa a cúpula da arquitetura dessa desigualdade. Na perspectiva de Catherine MacKinnon e Andrea Dworkin, a alienação da sexualidade feminina representa a desigualdade-mãe, o elemento cuja importância advém do fato de que ela mesma é intrinsecamente ignóbil, mas também pelas suas conseqüências, origem de todas as outras inúmeras formas de desigualdade entre os gêneros. Como diz Catharine MacKinnon logo na abertura de uma de suas obras,

“A sexualidade é para o feminismo o que o trabalho é para o marxismo: aquilo que mais nos pertence, e o que mais nos é tomado (...). Assim como a expropriação organizada do trabalho de alguns para o benefício de outros define classe e trabalhadores, a expropriação organizada da sexualidade de algumas para o uso de outros define sexo e mulheres.” (MACKINNON, 1991: 3).

Se a sexualidade tem a primazia na configuração da identidade pessoal e social, a apropriação da sexualidade alheia, ou seja, sua instrumentalização para o prazer alheio representa uma desumanização: “Uma vez que você é usada para o sexo, você é sexualizada. Você perde seu *status* humano” (MACKINNON, 1993: 67). Pela pornografia, as mulheres são transformadas em artefatos sexuais e se reproduz a ideia de que elas existem apenas para prover prazer sexual aos homens. Mas os malefícios atribuídos à pornografia transcendem o mero desgosto que a pornografia causaria nas mulheres ao apresentá-las como objetos, ofendê-las e desumanizá-las: ela é entendida como um veículo --e a se julgar pela importância que essa parte do movimento feminista lhe dedica, o veículo mais importante-- na reprodução do sistema de desigualdade de gênero. De que forma? Esse tipo de expressão é acusada ainda de influenciar decisivamente a forma como a mulher é percebida socialmente, respondendo por esta razão em grande medida pela

¹²⁰ Ronald Dworkin é um dos que colocam a questão (ver DWORKIN, 2006c: 227).

desigualdade social entre os gêneros, pela menor liberdade disponível às mulheres (se comparada à que têm os homens) e, finalmente, pelo “silenciamento” das mulheres, fazendo decrescer sua voz e seu papel na política democrática. Por estas razões, de acordo com os defensores dessa perspectiva antipornografia, a censura aos pornógrafos representaria uma melhora qualitativa da democracia e deveria ser promovida por um ordenamento político que tivesse consideração igual por homens e mulheres.

Dworkin chama a atenção para uma aliança política algo insólita que a causa antipornográfica forjou entre feministas e a direita fundamentalista cristã (DWORKIN, 1996c: 228) nos Estados Unidos, unidos no objetivo comum de banir a pornografia da esfera pública. Mas pedimos licença ao leitor para abrir breve parêntese aqui. Num texto no qual chama a atenção para as semelhanças entre certas concepções sexuais dos estóicos e a nova moral dos cristãos na Roma antiga, Paul Veyne afirma que

“Uma moral não se resume ao que manda fazer: mesmo que as regras conjugais de uma parte do paganismo e de uma parte do cristianismo sejam textualmente as mesmas, o jogo não se realizou. Em certa época, pagãos e cristãos igualmente dizem: ‘Não façais amor a não ser para ter filhos’. Tal proclamação no entanto não tem as mesmas conseqüências se é feita por uma doutrina de sabedoria que dá a indivíduos livres, para sua autonomia neste mundo, conselhos que seguirão como pessoas autônomas, caso os achem convincentes; e se a mesma proclamação é feita por uma Igreja todo-poderosa que entende governar as consciências para sua salvação no além e deseja legislar sobre todos os homens, sem exceção, estejam eles convencidos ou não.” (VEYNE, 2009: 56)

Estamos de acordo com Veyne quanto a que a teleologia de uma ação pode requalificar essa mesma ação de um modo distinto da forma como ela seria entendida ou julgada caso sua motivação fosse outra. Por isso é que acreditamos que não seria justo apontar essa rara coincidência política entre a direita religiosa cristã e parte do movimento feminista sem ressaltar as diferenças de motivo que movem ambos os campos, coisa que Dworkin não faz: se para os fundamentalistas cristãos a censura da pornografia se justifica pelo propósito de criar um ambiente moralmente “limpo” e puritano, no qual a vivência da sexualidade se aproxime daquela recomendada por sua versão extremada do cristianismo, para as feministas o problema é todo outro, e pode ser resumido na busca de igualdade de direitos e oportunidades sociais e políticas entre homens e mulheres. A diferença é entre um argumento baseado numa doutrina abrangente do bem (o cristianismo fundamentalista) e outro baseado numa concepção de justiça (a igualdade social e política entre os gêneros).

Enquanto os evangélicos propõem a restrição de uma liberdade em nome de valores perfeccionistas, as feministas desejam restringi-la em nome de outras liberdades, de forma consistente com o critério rawlsiano segundo o qual a “uma liberdade fundamental só pode ser limitada ou negada em nome de outra ou de outras liberdades fundamentais” (RAWLS, 2000: 349). Se há algumas coincidências, também há diferenças profundas em termos de justificativa moral, o que, é razoável supor, se traduziria em políticas públicas também distintas. Se o objetivo é o de preservar a “pureza” da moral sexual da comunidade, qualquer coisa que contenha nudez e sexo deve ser proibida. Se o objetivo é preservar e promover a mulher como dona de sua própria sexualidade, apenas as representações da mulher como objeto é que são problemáticas. Se a visão é evitar algum dano específico às mulheres, como um maior risco de que sejam estupradas, em tese apenas a pornografia capaz de aumentar esse risco deveria ser banida, como aquela que apresenta mulheres desfrutando de uma relação sexual forçada. Em suma, enquanto a perspectiva religiosa parece demandar uma regulação genérica da expressão de conteúdo sexual, o ponto de vista feminista tiraria a proteção apenas da subcategorias que promovem o dano que se deseja evitar à igualdade entre os gêneros, e, em tese, não pretenderia instalar um mecanismo perversivo de controle. Por essa razão é que a perspectiva feminista antipornografia não pode ser confundida como simples continuidade da concepção da sexualidade que levou à censura de obras de grande valor literário nos séculos XIX e XX (a perspectiva anti-obscuridade): a justificativa da censura que a perspectiva anti-obscuridade oferecia era a de que as obras censuradas destoavam da concepção comunitária ou dominante de sexualidade. Mas também é verdade, contudo, (e lamentavelmente) que os resultados das políticas de intervenção que MacKinnon inspirou (e que veremos abaixo) conduziram a intervenções muito mais amplas do que sua teleologia recomendava.

A perspectiva antipornografia foi capaz de produzir ressonâncias tanto no âmbito da sociedade civil (desencadeando uma divisiva e dura controvérsia no seio do movimento feminista) quanto no âmbito legislativo (influenciando decisivamente a produção legislativa de duas cidades, Mineápolis e Indianápolis) e judicial (fazendo valer sua ascendência principalmente sobre a Suprema Corte do Canadá). Vejamos com mais detalhes o que significa a perspectiva antipornografia traduzida legislativa e judicialmente, antes de voltarmos nossa atenção aos argumentos pró e contra a censura.

4.3.2 As Ordenações antipornografia de Mineápolis e Indianápolis.

Em 1983, Catherine MacKinnon e Andrea Dworkin rascunharam um anteprojeto de lei destinado a disciplinar a pornografia proibindo esse tipo de manifestação, que, de acordo com o projeto, se tornava passível ser punida de penas civis. Esse substantivo, “pornografia”, significava, em termos legais, a “subordinação sexual explícita de mulheres em forma gráfica, através de imagens ou de palavras”. No ano seguinte, sob os auspícios e a inspiração de ambas, os poderes legislativos das cidades de Mineápolis e Indianápolis aprovaram versões bastante similares entre si e ligeiramente modificadas do anteprojeto elaborado por elas, e que dispunha, entre outras coisas, a proibição de: mulheres serem apresentadas como “objetos sexuais, coisas ou mercadorias”; “partes do corpo feminino – inclusive mas não limitados a vaginas, seios e nádegas—serem exibidos de tal forma que as mulheres são reduzidas àquelas partes;” apresentação de mulheres “desfrutando de dor ou humilhação”, ou “experimentando prazer sexual em serem estupradas”, ou “em posturas de submissão sexual” (incluindo aí a mulher convidando à penetração) “em cenários de degradação, ferimento, tortura, mostradas sujas ou como inferiores, com hematomas, ou sangrando, num contexto que apresente essas condições como sexuais.” (*Apud JAKER, et. al., 1992: 88*).

Entendamos que a lei restringia não apenas a *exibição* de pornografia, ou sua venda ou distribuição em determinadas áreas, ou sua exibição a crianças. Proibia-se a “produção, venda , exibição ou distribuição” de qualquer material que ela definia como pornográfico. Outro ponto que nos chama a atenção é que a lei não abria exceção para obras de valor artístico. Fosse aplicada literalmente, não escapariam romances de D. H. Lawrence, “*Ulysses*” ou, como disse Dworkin, o poema “*Leda e o Cisne*”, de Yeats (DWORKIN, 1996b: 217), ou ainda “*As Mil e uma noites*”.

Em Mineápolis, o projeto foi aprovado pelo Legislativo e vetado pelo prefeito, que viu ali a violação da Primeira Emenda (EMERSON, 1984: 130-1). Em Indianápolis, contudo, o projeto tornou-se lei e sua constitucionalidade teve de ser decidida nos tribunais. Em 1985, essa lei foi considerada inconstitucional pelo Sétimo Circuito de Apelações, o qual, através do juiz Frank Easterbrook, rejeitou os argumentos da cidade. O argumento do

juiz foi o de que a censura em questão representava uma censura com base no ponto de vista, coisa praticamente impossível de se justificar no sistema de expressão que vige nos Estados Unidos, de acordo com o qual um dos principais objetivos da Primeira Emenda é evitar censura desse tipo. Tratava-se, segundo o juiz, de censura de ponto de vista porque se dirigia contra apenas um dos lados de um debate: ao invés de censurar todas as formas de pornografia, todos os materiais “obscenos” e “indecentes”, voltava-se apenas contra aqueles que expressavam misoginia, como a idéia de que as mulheres gostam de ser dominadas, ou a de que são submissas, ou que deveriam ser tratadas como se disso desfrutassem (DWORKIN, 1996b: 218). Além disso, o juiz não deu maior importância à relação causal apontada pelas feministas entre pornografia e violência contra a mulher. Sem a questionar, Easterbrook afirmou que o ponto importante do sistema de liberdade de expressão é permitir idéias independentemente das conseqüências que elas venham a ter, porque “Sob a Primeira Emenda, o governo deve deixar ao povo a avaliação das idéias” (DWORKIN, 1996b: 221)¹²¹. A Suprema Corte recusou-se a analisar o caso, mantendo-se assim a sentença do Sétimo Circuito de Apelações, que derrubou a lei por inconstitucionalidade.

4.3.3 A Suprema Corte Canadense e a pornografia

Desde 1982, quando foi promulgada a Carta Canadense de Direitos e Liberdades, a Suprema Corte daquele país tem interpretado alguns de seus artigos de forma bastante audaciosa, muitas vezes encampando uma teoria igualitária bastante forte, que podemos qualificar como “equitativa”, particularmente no que se refere ao tratamento que dispensa a expressões de ódio e à pornografia misógina. Embora declare, na Seção 2 (b) que todos têm as “liberdades fundamentais” de “pensamento, crença, opinião e expressão” incluindo “liberdade de imprensa e de outros meios de comunicação”, essas liberdades são qualificadas e condicionadas por provisões de equidade inexistentes no sistema estadunidense. O documento diz o seguinte, em sua seção 15:

¹²¹ American Booksellers Association, Inc., et al., Plaintiffs-appellees, v. William H. Hudnut, Iii, Mayor, City of Indianapolis, et al., defendants-appellants, 771 F. 2d 323 (U. S. Court of Appeals, Seventh Circuit), disponível em: <http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F2/771/323/379919/>

“(1) Todo indivíduo é igual perante e sob a lei e tem direito à proteção e ao proveito iguais da lei sem discriminação e, em particular, sem discriminação baseada em raça, origem étnica ou nacional, cor, religião, sexo, idade ou deficiência física ou mental. (2) A Subseção (1) não exclui nenhuma lei, programa ou atividade que tem como objetivo a melhora das condições dos indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que são desfavorecidos em função de raça, origem étnica ou nacional, cor, religião, sexo, idade ou deficiência física ou mental.”¹²²

A Carta de Direitos contém ainda uma provisão explicitamente endereçada à igualdade de gênero: sua seção 28 estipula que as liberdades e direitos a que a Carta se refere devem “ser garantidos igualmente a homens e mulheres”.

Numa decisão da Suprema Corte que condenava criminalmente um professor secundário que propagava suas convicções antissemitas aos alunos, (*Regina v. Keegstra*)¹²³ o presidente da Corte afirmou: “Não devemos hesitar em sair do caminho traçado nos EE. UU. Longe de exigir uma proteção menos solícita de direitos e liberdades, esta independência de visão protege-os de uma forma diferente [da que prevalece no país vizinho]”. Diferentemente da forma como a liberdade de expressão é entendida nos Estados Unidos, onde “a supressão de propaganda de ódio é incompatível com a liberdade de expressão”, a Suprema Corte canadense entende que “a hostilidade e o abuso encorajados pela propaganda de ódio têm um severo impacto negativo no senso individual de auto-respeito e aceitação”. Mais adiante, o juiz afirma que certas expressões “podem contribuir para minar nosso compromisso com a democracia quando utilizadas para propagar idéias que são anátemas para valores democráticos”.

Algum tempo mais tarde, e aqui chegamos ao ponto específico da pornografia, a Corte canadense foi confrontada com o questionamento da constitucionalidade de um artigo do Código Penal que penalizava a posse e a distribuição de “obscenidade”, definida como qualquer publicação cuja característica dominante seja a “exploração indevida de sexo” ou que mescle sexo com “crime, crueldade, horror e violência”. Após ser condenado pela venda de vídeos sexuais, um indivíduo questionou a constitucionalidade dessa provisão penal. Em *Regina v. Butler*¹²⁴, a Suprema Corte canadense afirmou a constitucionalidade da medida penal (mantendo a condenação), em nome de um “padrão da comunidade” que se

¹²² *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, disponível em: <http://laws.justice.gc.ca/en/charter/index.html>

¹²³ *Regina v. Keegstra*, 3SCR 697 (1990), disponível em: <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1990/1990canlii24/1990canlii24.html>.

¹²⁴ *Regina v. Butler* 1 SCR 452 (1992), disponível em: <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1992/1992canlii124/1992canlii124.html>

ocupa “não com aquilo a que os canadenses tolerariam ser expostos, mas com aquilo que eles considerariam inaceitável que outros canadenses se expusessem”. Esse critério, supostamente, impediria que materiais “humilhantes e degradantes” circulassem. São “degradantes e humilhantes” materiais que colocam mulheres em posição de “subordinação, submissão servil ou humilhação”, por atentarem contra “os princípios de igualdade e dignidade de todos os seres humanos”. Mais adiante: “O tipo de material em questão é reprovado no teste da comunidade “não por ofender a moral”, mas por ser percebido como “ofensivo às mulheres”, apesar de isso não ser “passível de ser submetido à prova exata”. O dano que isso pode causar às mulheres “significa que ele predispõe as pessoas a agir de um modo antissocial na forma de, por exemplo, maus-tratos físicos e mentais de mulheres pelos homens”. O juiz, contudo, tratou de afirmar que “sexo explícito que não é violento, nem degradante nem desumanizante” não poderia ser qualificado “como exploração indevida do sexo, a menos que use crianças em sua produção”. Uma informação que não é de forma alguma irrelevante é que Catherine MacKinnon atuou como consultora (“amiga da Corte”) nos principais casos envolvendo pornografia decididos pela Suprema Corte canadense (O’BRIEN, 2005: 522).

Na seção 4.2, tentamos delinear alguns critérios de supressão legítima de expressões de ódio. Dissemos que expressões que se reduzem a epítetos e insultos dirigidos contra minorias historicamente discriminadas, homossexuais e mulheres devem ser puníveis. Dissemos ainda que expressões discriminadoras que apelem a habilidades deliberativas do interlocutor devem ser poupadas de punição, a menos que haja alguma relação mais ou menos direta entre elas e uma violação concreta de direitos. No caso do professor antissemita canadense, acreditamos que a punição pode ser perfeitamente justificada, principalmente se levamos em conta a especificidade do ambiente escolar. A justificativa da Corte, no entanto, parece um pouco fora do tom, ao exigir o compromisso individual dos cidadãos com os “valores democráticos”. Afinal, cada um dos leitores dessa tese pode ter uma compreensão diferente do que sejam os valores democráticos. O caso envolvendo o pornógrafo, contudo, e, em maior grau, a lei de Indianápolis/Mineápolis, são bastante mais preocupantes: em nome da promoção de uma maior igualdade entre os gêneros —objetivo que se dá por sentado que será atingido através da censura à pornografia—terminam apelando a uma moralidade política que, se levada às últimas consequências, poderá

colocar em risco valores sociais importantes. A primeira das razões pelas quais a lei de Indianápolis parece pouco atrativa é a forma indistinta e pouco criterioso como sua lâmina atinge expressões de sexualidade humana, não se limitando àquelas expressões claramente misóginas (cuja censura já seria discutível). Como diz Michael Walzer (2003: XIV), se a igualdade é um objetivo valioso para muitos de nós, poucos estariam dispostos a endossar um Estado procustiano cujo objetivo fosse executar esse ideal de forma literal, atropelando outras dimensões importantes da vida. Mas examinemos mais de perto, a partir de agora, o debate em torno da conveniência da censura da pornografia.

4.3.4 O debate sobre a pornografia

Temos algumas coincidências com a análise feminista, enquanto discordamos de alguns de seus pressupostos e estamos incertos com relação a outros. Antes de mais nada, estamos de acordo com as feministas em que as questões de gênero constituem uma dimensão privilegiada da manifestação da desigualdade (como poderíamos discordar?), e vemos essa desigualdade como resultado de construções e práticas sociais, e não de diferenças biológicas. Coincidimos também no entendimento de que a sexualidade é uma dimensão privilegiada de manifestação da desigualdade. Não estamos certos, por outro lado, de que o epicentro da personalidade esteja *sempre* na sexualidade e essa dúvida se estende para o passo seguinte do argumento, relativo ao ponto que separa Eros da desumanização, como disse Thomas Emerson (EMERSON, 1984: 130). Não estamos certos também de que a sexualidade masculina seja inerente e intrinsecamente agressiva. Reconhecemos que parte da pornografia circulante reproduz, como idéia e como prática, a desigualdade de gênero, mas temos sérias dúvidas quanto a que a pornografia seja o instrumento mais importante pela qual a desigualdade é socialmente reproduzida e desacreditamos da tese segundo a qual esta é a *única* mensagem trazida pela pornografia. A visão da sexualidade de que ela está imbuída pode significar muitas outras coisas, entre as quais liberação sexual feminina dos padrões e grilhões reservados a ela pelo patriarcalismo. Estamos acompanhando em nossas dúvidas e em nosso ceticismo por parcela do movimento feminista. Em outubro de 1984, algumas acadêmicas e ativistas feministas formaram um grupo com o propósito de opor-se às leis anti-pornografia defendidas por

Andrea Dworkin e Catherine MacKinnon, grupo ao que deram o nome de *The Feministe Anti-Censorship Taskforce*, conhecido pelo acrônimo de *FACT*. Ann Snitow, por exemplo, feminista ligada ao grupo, afirma que o movimento antipornografia erra ao “reunir uma larga gama de imagens sexualmente explícitas numa única coisa: violência contra a mulher”. (SNITOW, 1992: 14). Numa publicação do coletivo, algumas de suas integrantes afirmam que “a pornografia tem algumas funções sociais que beneficiam as mulheres”, e isso a despeito de por vezes “exagerar a fantasia do poder masculino”:

“A existência da pornografia serviu ao questionamento dos costumes sexuais, para colocar em ridículo a hipocrisia sexual e para destacar a importância das necessidades sexuais. A pornografia porta outras mensagens que não o ódio às mulheres: ela promove a aventura sexual, o sexo fora do casamento, o sexo motivado unicamente por prazer, o sexo casual, o sexo anônimo, o sexo grupal, o sexo voyeurístico, o sexo ilegal, o sexo público.” (DUGGAN *et al.*, 1992: 82)

Não obstante nossas incertezas, ceticismos e objeções quanto a algumas das premissas fundamentais da cadeia argumentativa que conduz à defesa da censura da pornografia, não podemos utilizar tais incertezas como pretexto para desconsiderar o restante da argumentação. A magnitude e a persistência de desigualdades de gênero é tal, tantas são necessidade e urgência de que entendamos melhor o problema, que todos os argumentos feministas merecem ser analisados com detimento e com cuidado analítico.

O primeiro argumento pró-censura da pornografia que concentra nossa atenção é aquele que justifica o controle com a ofensividade de um discurso. “Ofensividade” significa, neste caso, aquilo capaz de causar grande desgosto e sofrimento emocional a alguém. Já discutimos esse critério na seção 4.2, tratando das questões de ódio, e o descartamos, mas podemos repetir o argumento aqui. Um católico fervoroso pode experimentar intenso sofrimento emocional ao ver um programa de televisão no qual um calvinista zomba do processo romano de canonização. Uma pessoa com forte militância pela igualdade social pode sentir-se profundamente ofendida ao ouvir um economista ultraliberal afirmando que a única função do Estado deve ser o de zelar pelo cumprimento rigoroso dos contratos. Uma feminista pode sentir-se tomada por sensações semelhantes de ultraje ao confrontar-se com um filme pornográfico que apresente mulheres como nada além de instrumentos de deleite sexual masculino. Entretanto, acreditamos que o fato de que uma expressão cause intenso sofrimento emocional e desgosto a uma parte da

população, ou ainda que dane seriamente o amor-próprio de uma pessoa ou de um grupo social inteiro, não oferece justificativa para o banimento daquele material da esfera pública nem para o encarceramento dos envolvidos na produção e distribuição do material, se levamos a liberdade de expressão a sério. Do contrário, teríamos que as únicas expressões aceitáveis seriam aquelas que não ferem suscetibilidade alguma, o que convenhamos, não é uma base muito atrativa para a regulação do debate público, o qual, por sua própria natureza, fere suscetibilidades. É por esta razão que temos o direito de desconsiderar, a nosso critério, preocupações com o auto-respeito dos demais quando compartilhamos nossas idéias e mensagens com o público ou com outros indivíduos, ao mesmo tempo em que também expomos nossa própria auto-estima ao fazê-lo. Se alguém pensa e declara que as idéias políticas que defendemos (ou às quais dedicamos boa parte de nossas vidas) são *naïves*, irrealizáveis ou mesmo tolas, isto poderá afetar profundamente nossa auto-estima, mas dificilmente alguém dirá que essa pessoa deverá ser levada a um tribunal e encerrada numa cela por causa disso. Se alguém defende a tese de que a Terra é plana ou se se é um adepto do Criacionismo, deve preparar-se para ouvir coisas que, no mínimo, poderão abalar seu amor-próprio.

Os defensores da censura poderão retrucar que a razão pela qual a pornografia misógina deve ser censurada não se encontra *apenas* no fato de que a expressão desagrade as mulheres ou lhes compromete o amor-próprio, mas também no fato adicional de que é completamente irrelevante para o “significado central da Primeira Emenda”: o debate de idéias, principalmente (mas não exclusivamente) de idéias políticas. Afirma-se que o mercado de idéias perderia muito pouco ou nada se pornógrafos fossem silenciados, já que a pornografia não torna o eleitorado mais sábio nem o coloca numa posição melhor para a escolha de seus representantes ou líderes. No entanto, esta nos parece uma visão demasiado estreita do que seja o debate público. Aliás, a reivindicação de politização da sexualidade é a bandeira histórica do movimento feminista¹²⁵. Duvidamos de que a pornografia seja tão irrelevante para a discussão da identidade coletiva e dos assuntos públicos quanto querem os defensores da censura. Inúmeros reformadores sexuais do século já percebiam a relação íntima, se o leitor nos permite o trocadilho, entre sexualidade e sociedade. Foi o caso de um dos muitos perseguidos pela Lei Comstock (ver capítulo II), Ezra Heywood, fundador de

¹²⁵ A conhecida consigna feminista “O pessoal é político” expressa essa reivindicação.

um periódico (*Cupid's Yokes*) em defesa do “amor livre”, defendia “reformas trabalhistas e sexuais” como “temas relacionados” (RABBAN, 1997: 32-8). Mas é só um dentre inúmeros exemplos possíveis. Há uma tradição de crítica social vinculada à crítica sexual que pode ser remontada pelo menos até Diderot, com seu “*Suplemento à Viagem de Bougainville*” (1951: 963-1002).

É claro que nem sempre a relação entre práticas sexuais e práticas sociais é percebida pelos agentes, que pode nem chegar a ter consciência disso. Mas mesmo que acreditemos que todos os pornógrafos fossem e sejam movidos apenas pela própria lascívia e jamais tivessem e tenham a menor intenção de interferir na discussão pública sobre coisa alguma (nem mesmo na discussão sobre a sexualidade), cabem poucas dúvidas de que o fato de a compreensão contemporânea da sexualidade ser diferente da que prevalecia em tempos vitorianos deve algo à circulação da pornografia. A pornografia possui uma capacidade evidente de mover para diversos lados o que se entende como socialmente aceitável no que se refere à sexualidade.

Mas os defensores da censura têm à sua disposição uma justificativa bastante mais sólida para o banimento dos pornógrafos. Como não existe liberdade absoluta de expressão, admite-se que se determinado interesse expressivo pode ser sacrificado se houver grande probabilidade de que ele cause dano físico às pessoas ou lhes comprometa direitos básicos. E é precisamente este o argumento levantado pelos defensores da censura da pornografia: mais do que ofender, causar desgosto e não ter valor algum, certas formas de pornografia misógina são acusadas de causar danos físicos às mulheres, além de diminuir-lhes as oportunidades, liberdades e direitos. Em todos os casos, são exibidos argumentos consequencialistas baseados nos supostos efeitos da pornografia sobre os homens, influenciando-lhes o comportamento sexual, e sobre a percepção social que se tem das mulheres.

Tratemos primeiramente das liberdades e direitos. Afirma-se que a circulação de material pornográfico atinge as mulheres em três frentes distintas: causando *desigualdade social* entre os gêneros (em favor dos homens), diminuindo a *liberdade positiva* das mulheres e minorando ainda sua *liberdade negativa*. Tudo isso seria o efeito da forma como a mulher é apresentada em filmes e imagens pornográficos: como a parcela da humanidade que encontra prazer na subordinação, na humilhação e na obediência. Ao fixar

e difundir essa imagem feminina, a pornografia causaria corrosão da aceitação social da idéia de igualdade entre os gêneros, atingindo, nesse processo, não só a igualdade como idéia abstrata: a pornografia teria o efeito de aprofundar as desigualdades materiais entre os gêneros, já que, reproduzindo socialmente a submissão feminina, afastaria as mulheres dos cargos e funções melhor remunerados, prejudicando inclusive a demanda de remuneração igual para funções iguais. A pornografia, em suma, engendraria desigualdade substantiva: Nas palavras de MacKinnon, “Desigualdade social é substantivamente criada e reproduzida –isto é, é feita—através de imagens e palavras” (MACKINNON, 1993: 13).

Há uma versão mais técnica deste argumento, no sentido de que os termos apresentados têm um significado mais preciso e mais ancorado no debate constitucional estadunidense, e que foi apresentada pela própria MacKinnon. Em 1993, em parte para responder à sentença de Easterbrook e para defender a legitimidade, a importância política e fundamentalmente a constitucionalidade da legislação de Indianápolis, Catharine MacKinnon publicou um pequeno e inflamado livro chamado *Only Words*. Nesta obra ela apresenta novos argumentos, no campo do direito constitucional, em favor de sua causa. Além de reivindicar uma interpretação da Primeira Emenda diferente daquela oferecida pela Suprema Corte e demais tribunais estadunidenses, MacKinnon aponta a suposta contradição entre a Primeira e a Décima Quarta Emendas. Esta última é a que estipula o princípio da igualdade perante a lei (“Nenhum estado pode privar pessoa alguma da igual proteção das leis...”). De acordo com o argumento, mesmo que consideremos que a Primeira emenda protege a publicação de literatura degradante de mulheres, esse material viola outra emenda, e portanto outro valor (a igualdade, aqui entendida como um preceito constitucional) que disputa com a liberdade de expressão a primazia constitucional. Portanto, e de acordo com MacKinnon, se a Suprema Corte ponderasse o valor relativo de ambos os valores constitucionais, não teria mais remédio que apoiar o banimento da pornografia, uma vez que esta não contribuiria em nada de importante para o debate político, e possuiria, neste caso, valor muito mais baixo que a igualdade, seu concorrente.

Mas sigamos: ao engendrar desigualdade, terminaria por atingir também a liberdade das mulheres, em ambos os sentidos berlinianos, positivo e negativo. Não que a pornografia prive as mulheres do direito de voto ou o faça valer menos, claro, mas a imagem da mulher que a pornografia ajuda a disseminar –que mencionamos acima-- prejudica a aceitação

social de que mulheres ocupem posições de poder e de alta hierarquia na estrutura estatal, afetando sua *liberdade positiva*. É razoável supor que a ampla circulação de material que afirma –através de imagens, com a força demonstrativa que as imagens possuem—que as mulheres têm prazer na subordinação prejudique o exercício de cargos de alta responsabilidade política por parte dessa mesma parcela da humanidade que, segundo as imagens, nasceu para a subordinação. A pornografia, então, reforçaria a crença social que alija as mulheres das “magistraturas” por fazê-las ser percebidas de forma diferente daquilo que realmente são, recriando-as à imagem e semelhança da fantasia masculina. Na medida em que as mulheres são participantes mais efetivas do processo político quando não são insultadas por material ofensivo, o objetivo instrumental de proteção à democracia seria melhor servido pela censura do material que torna mais difícil contribuir para o processo democrático que a Primeira Emenda supostamente se destina a proteger.

Finalmente, com o retraimento das mulheres à esfera privada, onde são desproporcionalmente confinadas em razão da corrosão de sua liberdade positiva, sua voz seria evidentemente menos ouvida na esfera pública. Por essa razão é que se atribui à pornografia um efeito silenciador sobre o gênero feminino, afetando assim sua *liberdade negativa* de falar. A permissão de que pornógrafos exerçam sua liberdade negativa, portanto, acaba tornando-se, na prática, e de forma indireta, uma violação da liberdade negativa das mulheres de expressar-se. Este argumento é apresentado por Frank Michelman (1989) que expande a ideia de liberdade negativa de uma forma “inusitada”, como diz Dworkin (1996b: 222): ele afirma que algumas formas de expressão, como a pornografia, podem ser elas mesmas “silenciadoras”, na medida em que seu efeito é impedir outras pessoas de exercer sua liberdade negativa de falar, não porque seu ruído abafa as expressões que vão noutro sentido, mas porque as controvérsias e imagens que ela suscita mudam a percepção da audiência sobre o caráter, as necessidades, os desejos e o prestígio das mulheres, e talvez sejam capazes até mesmo de mudar nas próprias mulheres o sentido de quem são e do que desejam. Com base nesse entendimento, Michelman afirma que, se nosso comprometimento é com uma sociedade na qual nenhuma idéia tenha sua entrada barrada, então devemos censurar algumas idéias para que outras possam circular. Neste caso, contudo, podemos perguntar-nos se tudo, no limite, não pode mudar nosso próprio senso de quem somos e do que desejamos? Numa sociedade em que a identidade coletiva e

as identidades individuais que juntas a conformam permanecem em aberto, é justamente este o papel da deliberação pública. Além do mais, o argumento de Michelman segundo o qual a liberdade dos pornógrafos traz danos à liberdade negativa das mulheres tem a fraqueza de apelar para algo que não é o que se entende por liberdade negativa, de fato, porque fundado nas *consequências* de uma expressão para a liberdade negativa das mulheres. Mas liberdade negativa, no sentido que Isaiah Berlin deu ao termo, só pode ser restringida de forma direta. O conceito de liberdade negativa de Michelman, portanto, representa uma expansão da idéia berliniana, mas cujo efeito acabaria sendo o de obscurecer o conceito original e tirar-lhe força. No dizer de Dworkin,

“É compreensível por que Michelman e outros queiram expandir a liberdade negativa do modo como tentam fazê-lo. Só através da caracterização de algumas idéias como idéias silenciadoras em si mesmas, só através da idéia de que censurar pornografia é a mesma coisa que impedir pessoas de berrar para impedir que outras sejam ouvidas permitenos censurar a expressão num esquema constitucional que atribui lugar privilegiado à liberdade de expressão, exatamente o mesmo tipo de confusão que Berlin queria evitar, porque ela torna obscura a escolha política que temos que fazer.” (DWORKIN, 1996b: 222-3)

Os três argumentos consequentialistas que vimos acima sugerem que a imagem da mulher que a pornografia difunde acaba por causar desigualdade em favor dos homens, além de restringir liberdades femininas. Rebatendo-os, Dworkin afirma a implausibilidade da alegação de que a pornografia, circulando em âmbitos bastante restritos, tenha tantos, tão poderosos e generalizados efeitos sobre a imagem da mulher na sociedade. A pornografia que traz uma mensagem mais propensa a produzir tais afeitos, por ser mais claramente misógina (como o sado-masoquismo destinado à divulgação que reserva à mulher o lugar da vítima, por exemplo) é vista apenas por uma pequena parcela da população e circula em âmbitos sociais bastante restritos, o que torna questionáveis os efeitos que seus detratores lhe adjudicam.

Não temos números para averiguar que parcela da população é espectadora desse tipo de pornografia. *Provavelmente* o número de pessoas que tomam parte em encontros dessa natureza é bastante exíguo em termos numéricos, mas talvez não possamos afirmar a mesma coisa das pessoas que têm acesso a algum tipo de pornografia dessa espécie. Mas Dworkin levanta uma questão que faz o problema do número dos que têm acesso ao sado-masoquismo passar a um segundo plano: se a questão é o efeito de uma expressão qualquer

(pornográfica ou não) sobre a percepção social de que os gêneros são iguais, por que a concentração na pornografia? Afinal, diz ele, certos materiais de circulação muito mais ampla da cultura de massas provavelmente exercem um efeito bastante mais devastador para a igualdade dos gêneros e a liberdade feminina do que a pornografia: é o caso de telenovelas (DWORKIN, 1996c: 227-8) e de comerciais de cerveja e de automóveis, para não mencionar as de desodorante masculino. Na televisão, é ubíqua a imagem de mulheres como especialistas em detalhes domésticos ou em intuição irracional, e nem por isso se pensa em censurar telenovelas. Claro que, ao mencionar este argumento Dworkin não sugere a censura de telenovelas e comerciais, mas tenta demonstrar o quão arbitrário é o foco na pornografia, a qual provavelmente é ultrapassada por outros elementos em força causal do efeito que lhe atribuem. Ann Snitow, outra vez, coloca a questão de modo bastante claro: “Se a misoginia está em todo lugar, por que alvejar [apenas] sua manifestação sexual?” (SNITOW, 1992: 16).

No caso específico dos efeitos sobre a igualdade de gênero, Dworkin afirma que se se provasse um vínculo direto entre pornografia misógina e o afastamento das mulheres dos empregos no topo de hierarquias profissionais ou de equidade no pagamento de salários iguais para cargos iguais, ainda assim não poderíamos aceitar a censura, porque teríamos aí um conflito entre liberdade e igualdade substantivamente compreendida, e nesse caso, poderíamos encontrar outras formas de combater a desigualdade de gênero sem abrir mão de princípios constitucionais fundamentais. Se seria inconstitucional --diz ele-- censurar a expressão que defendesse abertamente que as mulheres devem ganhar menos do que os homens ou que devem ocupar cargos de nível hierárquico inferior, ou mesmo que não deveriam exercer tarefa alguma além das domésticas, porque razão censuraríamos uma expressão que *contribui* subliminarmente para essa percepção? Discordamos de Dworkin nesse ponto. Em nosso entender, a mesma moralidade política que nos permitisse censurar certos tipos de expressões racistas poderia servir-nos para reprimir expressões misóginas. Em contextos em que as palavras (ou imagens, ou atos expressivos) de ódio têm um vínculo direto com a coação e com a supressão de direitos, a censura poderia ser justificável. De acordo com esse critério, a afirmação de um velho senhor que acredite que a entrada maciça de mulheres no mercado de trabalho piorou o mundo deve ser vista de forma distinta de uma ameaça de um homem a sua companheira para impedi-la de procurar

trabalho: esta última é passível de ser punida e silenciada. A exigência para a punibilidade do discurso, portanto, é o estabelecimento do vínculo com a privação de direitos das mulheres (nesse caso). No âmbito preciso da pornografia, contudo, o vínculo de causa e efeito entre circulação de pornografia e desigualdade feminina é extremamente difícil de ser estabelecido.

Dworkin reconhece que os argumentos apoiados num conflito entre a liberdade dos pornógrafos e a liberdade das mulheres (ou seja, num conflito da liberdade consigo mesma), por sua vez, têm mais densidade constitucional do que aqueles apoiados na exploração de um conflito entre liberdade e igualdade (DWORKIN, 1996c: 230) (que pode ser respondido dando-se a soberania à liberdade). Ainda assim, muitos rejeitam a base que eles oferecem para a censura. Os argumentos costumam ser rebatidos questionando-se, uma vez mais, o vínculo causal entre a pornografia e o refazimento da identidade feminina. Contra os defensores da censura, podemos apontar o problema de que o argumento que apresentam se esgota em si mesmo, no sentido de que fornece uma razão para aos que desejam acreditar no vínculo entre pornografia e desigualdade entre os gêneros ou falta de liberdade feminina, mas fornece poucas evidências para convencer um cético, que acredita que a pornografia é um sintoma, símbolo ou consequência do refazimento da identidade das mulheres, mais do que sua causa.

Dworkin concorda que as “consequências” de certas expressões podem ser “péssimas”, e que “devem ser resistidas com todos os meios que a Constituição permite”, mas “atos que têm consequências não privam outros de sua liberdade negativa de falar”, já que se apóiam numa cadeia causal que está longe de ser clara. Uma expressão não pode (nem deve poder) ser suprimida simplesmente porque fará com que outras idéias sejam mal-entendidas, ou que não sejam sequer ditas por outrem. “A liberdade de expressão, concebida e protegida como uma liberdade negativa fundamental, é o núcleo da escolha que as modernas democracias fizeram, uma escolha que agora devemos honrar” (DWORKIN, 1996b: 221-2). Não estamos tão certos quanto ele, no entanto, de que uma questão clara foi obscurecida com a demanda feminista por equidade. O próprio problema é obscuro e de difícil resolução, um dos mais difíceis dos assim chamados *hard cases*. Marta Suplicy aborda o problema num artigo jornalístico na década de 1980 e, a despeito de uma inclinação em direção à censura da pornografia misógina, e depois de visitar as mais

variadas possibilidades argumentativas, parece desnorteada: “Começo a pensar na impossibilidade de regular o que deve ser proibido” (SUPLICY, 1986: 212). A afirmação segundo a qual as “modernas democracias” fizeram uma escolha inequívoca pela liberdade negativa de expressão também é incorreta, ou no mínimo imprecisa, como já foi argumentado.

Finalmente, há um último argumento consequencialista levantado pelas feministas pró-censura que ainda não foi discutido. É o que estabelece uma ligação causal entre a circulação disseminada de pornografia e um nível alto de crimes sexuais contra as mulheres, tais como estupros, assédio sexual no trabalho e nas escolas/universidades, para não mencionar seu efeito sobre comportamentos masculinos sexualmente “inconvenientes” no transporte público, por exemplo. Os indícios desse vínculo são frágeis e contraditórios, no entanto. Por um lado, comissão apontada pelo Ministro da Justiça de Reagan, Edwin L. Meese em 1986 considerou que material pornográfico violento pode causar conduta antissocial, além de poder “aumentar a aceitação da proposição segundo a qual mulheres gostam de ser forçadas a práticas sexuais”. (*apud* LEWIS, 2007: 138; SUNSTEIN, 1995: 519). Um dos céticos quanto ao vínculo causal pretendido pelo argumento --o próprio Dworkin-- admite relutantemente que a exposição a algumas formas de pornografia enfraquece as atitudes críticas que se tende a ter em face de violência sexual (DWORKIN, 2006b: 219). Sunstein afirma que as evidências da relação positiva entre pornografia e violência de gênero vêm tanto de estudos de laboratório, quanto de estudos longitudinais e da análise de depoimentos de vítimas e criminosos à polícia (SUNSTEIN, 1995: 217). Por outro lado, cada uma dessas evidências apresenta problemas metodológicos que tornam seu efeito demonstrativo questionável, como reconhece o próprio Sunstein. Além do mais, o relatório da Comissão sobre a Obscenidade e a Censura de Filmes¹²⁶ (O chamado Relatório Williams)¹²⁷, realizado na Grã-Bretanha, não encontrou provas de que violência contra as mulheres advém da pornografia (GARGARELLA, 1999:90n48; DWORKIN, 2005: 502).

Acreditamos que se (e somente se) essa relação causal for provada de modo mais claro poderia ser admissível reprimir um conjunto estreito e bem-delimitado de manifestações pornográficas, como a simulação de estupros, por exemplo, mesmo no sistema atual de liberdade de expressão. Isso porque, ao contrário do que disse o juiz

¹²⁶ Não conseguimos acessar diretamente os relatórios aqui citados.

¹²⁷ Assim chamado por ter sido dirigido pelo filósofo Bernard Williams.

Easterbrook na decisão que considerou inconstitucional a lei de Mineápolis --que as idéias devem circular “independentemente das conseqüências que elas venham a ter”— a regra do perigo claro e presente (o mesmo que, nas palavras do juiz Oliver Wendell Holmes, em *Schenk v. United States*, permite que se puna quem gritar falsamente “Fogo!” num teatro lotado), permite o silenciamento de uma expressão com o intuito de evitar um dano a direitos de outrem, desde que outras formas de controle não se mostrem “viáveis, apropriadas e efetivas” (DWORKIN, 1996b: 219).

Porém, além dos incertos (embora possíveis) danos *indiretos* que a *circulação* da pornografia causa às mulheres, MacKinnon aponta ainda a existência de danos de caráter mais direto, resultantes da produção pornográfica, e sofrido, via de regra, pelas atrizes dessa indústria. Ela argumenta que na própria produção do material pornográfico as atrizes são maltratadas, e, a despeito de muitas vezes serem extremamente jovens, são coagidas a participar do filme ou das fotos em questão. Para as atrizes que participam dos filmes, “pornografia é ação, não um pensamento ou um argumento” (MACKINNON, 1993: 17). Devemos suprimir a pornografia, então, “não pelo que ela diz”, mas “pelo que ela faz” (MACKINNON, 1993: 23). Em outras palavras, o que os pornógrafos “dizem”, eles o dizem por meio da ação de outras pessoas, mulheres, muitas vezes em situações fronteiriças com a coação¹²⁸. Esse argumento tem duas dimensões, que devemos considerar separadamente. A primeira é a reivindicação de que ação e expressão são coisas completamente distintas, e que a Primeira Emenda só diz respeito a palavras. Quando tratamos da queima de cruzes, no entanto, consideramos que a Primeira Emenda não protege apenas discurso, mas protege também atos expressivos. Outra dimensão do argumento de MacKinnon diz respeito à coação. Mas essa é uma conduta que pode ser punida (e é punível) de forma completamente independente da criminalização da expressão enquanto tal, sem qualquer mudança na forma como consideramos a liberdade de expressão.

Em resumo, a inexistência de prova cabal do vínculo entre circulação de pornografia violenta e ameaças à integridade física da mulher parece desautorizar mesmo a expressão de certa pornografia que erotiza a violência. Uma vez provado o vínculo, contudo, a censura de uma categoria estreitamente definida de expressões sexuais (a que mistura sexo

¹²⁸ Evidentemente, este raciocínio vale apenas para a pornografia imagética, não se aplicando à pornografia textual.

e violência) estaria mais do que justificada. É razoável supor que um padrão de censura desses seria menos repressor do que o padrão anti-obscuridade que hoje prevalece nos Estados Unidos. Além do mais, sendo aplicado de forma coerente com seus propósitos deixaria de fora todo e qualquer tipo de material escrito (que não dispõe de força que as imagens emprestam a uma expressão) e de pornografia homossexual, já que, naturalmente, não teríamos aí o problema da violência de gênero contra gênero.

A despeito dos imensos problemas em que sua defesa se baseia e dos excessos a que deu oportunidade, talvez a perspectiva antipornografia não seja completamente inválida. De um modo mais geral, as feministas pró-censura têm o mérito de abrir as portas para as considerações de que desigualdades se reproduzam pela liberdade de expressão, uma possibilidade que as teorias tradicionais sobre a liberdade de expressão dedicam pouca atenção, se tanto. Mas, de qualquer forma, talvez não faça sentido colocar no mesmo cesto pornografia e expressões de intolerância: enquanto as expressões de ódio racial não são nada além de ódio e seu sentido social parece determinado de antemão (o que as torna destituídas de valor numa sociedade democrática que aspire a tratar seus membros como iguais), a pornografia e a visão da sexualidade de que ela está imbuída podem significar muitas outras coisas, como já dissemos, entre elas até mesmo a emancipação feminina. A questão, portanto, é que o sentido da pornografia é socialmente indeterminado e aberto.

4.4 Dinheiro fala? Financiamento de campanhas políticas, igualdade e liberdade de expressão

A racionalidade por trás do argumento da centralidade do discurso político no sistema contemporâneo de expressão livre nos Estados Unidos teve desdobramentos numa área que, em outras democracias não costuma ser tratada no âmbito da expressão: o financiamento das cada vez mais caras campanhas políticas. Nos Estados Unidos, há tempos que candidatos presidenciais dos dois principais partidos gastam mais de 100 milhões de dólares apenas com as primárias (LEWIS, 2007: 177). Se a atividade financeira das convenções e das candidaturas presidenciais mobilizou a quantia de 478 milhões de dólares estadunidenses em 1996, em 2000 a quantia chegou a 649,5 milhões de dólares, e em 2004 ultrapassou-se a barreira do bilhão de dólares, de acordo com o próprio órgão

regulador das eleições naquele país, a *Federal Elections Commission*¹²⁹. E se não temos em mãos os números relativos a 2008, podemos afirmar sem hesitação que são confortavelmente maiores do que os de 2004.

Se nos dispuséssemos a fazer uma história da legislação reguladora do financiamento de campanhas nos Estados Unidos, poderíamos remontar a 1907, quando foi aprovada a Lei Tillman (*Tillman Act*), a primeira lei federal tratando de doações e de gastos de campanha, que proibia corporações de doar dinheiro diretamente a campanhas políticas. (DIONNE Jr., 2009; SMITH, 2001: 24). Para nossos propósitos aqui, contudo, não precisamos recuar tanto. Basta que retornemos à década de 1970. Foi em 1971 que, buscando pôr limites na corrida de políticos por dinheiro privado para pagar suas já preocupantemente caras campanhas, o Congresso estadunidense aprovou normas restringindo as doações individuais a candidatos e limitando os gastos dos mesmos (*Federal Election Campaign Act*), normas que foram reforçadas em 1974, na esteira do *Watergate*, com o *Election Act Amendment*. As restrições aplicavam-se a doações a candidatos individuais a cargos públicos, a gastos feitos pelos candidatos com os seus próprios fundos e aos gastos totais no curso de uma campanha. O problema foi levado à Suprema Corte, que chegou a uma decisão em 1976, no caso *Buckley v. Valeo*¹³⁰, segundo o qual proibir um político de gastar a quantidade de dinheiro que lhe apraza no curso de uma campanha política é restringir a sua liberdade de expressão. Atentemos, no entanto, que a Suprema Corte determinou que embora os *tetos aos gastos* de campanha violavam a Primeira Emenda, entendeu também que os *limites às doações* eram constitucionais. Se o leitor se interroga sobre a diferença entre gastos e doações, esclarecemos que

“se você simplesmente preenche um cheque de mil dólares e o dá ao tesoureiro de campanha de um candidato, você está fazendo uma contribuição; se você publica um anúncio no jornal em favor do candidato sem consultar sua equipe de campanha, você está fazendo um gasto”. (HOLMES, 1990: 38)

Contribuições não são expressão política; gastos de campanha, por sua vez, ao menos para a Suprema Corte, representam uma forma de expressão política, e como tal estão no centro da proteção oferecida pela Primeira Emenda. Na opinião da Corte, a referida

¹²⁹ Dados disponíveis em: <<http://www.fec.gov/press/press2005/20050203pressum/20050203pressum.html>>

¹³⁰ *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976), disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0424_0001_ZS.html

Emenda “nega ao governo o poder de determinar quais gastos para promover as visões políticas de alguém são desperdício, excessivos ou pouco sábios”. O tribunal invalidou ainda o dispositivo da lei que estabelecia um limite a quanto um candidato podia gastar de seu próprio bolso numa campanha política.

A *Buckley* seguiu-se *First National Bank v. Belotti*¹³¹. Desta vez, a Suprema Corte, por cinco votos a quatro, invalidou uma lei penal de Massachusetts que proibia gastos de bancos e empresas com o objetivo de influenciar os resultados dos votos em proposições submetidas a referendos, a menos que essas proposições afetassem materialmente a propriedade, os negócios ou ativos da empresa. O estatuto especificava que nenhuma questão de referendo que estivesse relacionada exclusivamente à tributação de indivíduos se encaixava nessa exceção.

Em 2002, o Congresso tenta, uma vez mais, instituir limites ao fluxo de dinheiro em direção às campanhas¹³², estatuinto limites de doações a partidos políticos e proibindo propagandas televisivas pagas por pessoas jurídicas --quer se tratasse de empresas, sindicatos ou de associações-- durante o período de campanha. Surpreendentemente, a Corte aprovou a constitucionalidade da medida, embora o tenha feito com uma margem estreitíssima, por cinco votos a quatro, e sem um argumento unificado (circunstância que torna a decisão vulnerável do ponto de vista normativo e lhe retira capacidade de se impor como precedente). Em 2007, contudo, já com dois dos juízes ultraconservadores nomeados por George W. Bush (Samuel Alito e John Roberts, este na condição de presidente do tribunal), a Suprema Corte reexaminou a questão e a reforma do financiamento de campanhas naufragou: a Corte decidiu que limites aos gastos políticos por entidades independentes no período imediatamente anterior a eleições viola a Primeira Emenda.

Se as implicações que a questão tem nas campanhas para os cargos executivos e legislativos são frequentemente lembradas, uma dimensão da questão permanece relativamente pouco mencionada: na maioria dos estados dos EE. UU. os juízes estaduais são eleitos, e as campanhas muitas vezes são caras (aproximando-se do milhão de dólares, nos casos de campanha para algumas Supremas Cortes estaduais) (LEWIS, 2007: 180). Isso

¹³¹ *First National Bank of Boston v. Belotti*, 435 U. S. 765 (1978), disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=435&invol=765>

¹³² Através da *Bipartisan Campaign Reform Act*, também conhecida como *McCain-Feingold Act*, disponível em: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ155/content-detail.html>.

não ocorre no judiciário federal, que funciona por indicação política¹³³. Mas em alguns estados os juízes têm mandatos fixos, precisando submeter-se a reeleições periódicas. Sem citar dados precisos, Lewis afirma que tem havido um aumento da influência de determinados grupos de pressão sobre as eleições de juízes estaduais (LEWIS, 2007: 179-80); uma vez contrariados, grupos contra o aborto, por exemplo, ou mesmo grandes companhias que, digamos, por uma razão qualquer tenham recebido uma multa do juiz local, podem mobilizar recursos e energia para desafiar o magistrado que os desagrada, “colonizando” o processo eleitoral que decidirá sobre sua continuidade ou não (do juiz). Para limitar a politização (nesse sentido) do Judiciário, alguns Estados, como Minnesota, por exemplo, aprovaram leis proibindo candidatos a juízes de declarar suas visões sobre temas controversos. Mas a lei de Minnesota foi contestada na Suprema Corte por iniciativa do Partido Republicano, que viu ali uma limitação da liberdade de expressão. Em 2002, e por cinco votos a quatro, a Suprema Corte decidiu que a lei violava a Primeira Emenda e afirmou que a politização do Judiciário é um preço a se pagar pelo sistema de liberdade de expressão.¹³⁴

A questão dos limites ao dinheiro privado em campanha está no centro do sistema contemporâneo de liberdade de expressão nos Estados Unidos, e, tal como a questão está posta, não há como tocar nela sem tocar no edifício todo. As críticas à decisão são dirigidas não ao princípio mais genérico que a guia --a centralidade do discurso político-- mas pela indiferença da Corte a outra dimensão dos direitos políticos, a da equidade. A decisão é acusada de maximizar as vantagens dos candidatos com grande riqueza pessoal e daqueles com maior capacidade ou estrutura para atrair contribuições privadas.

Paul Freund, um constitucionalista em bastante evidência acadêmica no tempo em que *Buckley v. Valeo* foi anunciada, afirmou: “Eles [os juízes da Suprema Corte] dizem que dinheiro fala. Eu pensava que esse era o problema, não a solução” (*Apud* LEWIS, 2007: 178). Freund não foi o único a se mostrar profundamente perturbado por estas decisões. Rawls afirmou que, se o caso *Brandenburg* parecia auspicioso para as liberdades políticas e parecia indicar que tudo caminhava para um “final feliz”, *Buckley* e sua “seqüela” (o caso

¹³³ O sistema federal baseou-se na Constituição de Massachusetts de 1780, cujo rascunho foi feito por John Adams, e que continua vigente.

¹³⁴ *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U.S. 765 (2002), disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/01-521.ZS.html>>

First National Bank), “ao contrário, são profundamente desanimadores.” (2000: 417). Ronald Dworkin não podia ser mais claro e direto: “Nossa política é uma desgraça, e dinheiro é a raiz do problema (...). Políticos começam a coletar dinheiro para a eleição seguinte no dia posterior ao da última eleição, e frequentemente põem mais tempo e energia nisso do que nas tarefas para as quais foram eleitos” (2000: 351). Dworkin menciona ainda que as poucas regras aceitas pela Suprema Corte (relativas às doações por parte de indivíduos e grupos a candidatos individuais) não têm qualquer efetividade, pois são facilmente burláveis: pode-se doar para partidos políticos e comitês, por exemplo, e estes repassam o dinheiro aos candidatos e às campanhas específicas. Os doadores desse tipo de dinheiro (chamado de “*soft money*”) são, na maioria das vezes, instituições como grandes empresas e sindicatos. Pode-se ainda pagar anúncios midiáticos que, sem pedir voto *diretamente* a este ou àquele candidato, atacam e defendem candidatos com o mesmo entusiasmo (DWORKIN, 2000, 351-2)¹³⁵.

Essa busca desenfreada por dinheiro hipertrofia a importância e a influência políticas dos doadores privados no sistema político na medida de sua capacidade contributiva, e, por conseguinte, tende a diminuir a importância da participação daqueles que não podem contribuir com muita coisa além de seu voto e de seus argumentos. Que razões teve a Corte para decidir um caso com tamanha indiferença pelos efeitos deletérios do dinheiro privado na política?

Antes de mais nada, vejamos como a Corte entendeu os propósitos das restrições legais às quantidades ilimitadas de dinheiro privado no processo político. O primeiro e mais importante deles --sempre na leitura da Suprema Corte-- era o de evitar a corrupção e a “aparência de corrupção” no processo político. Além disso, havia dois objetivos suplementares: o de limitar os custos das campanhas e o de equalizar a capacidades dos cidadãos de influenciar a formação da vontade coletiva (RAWLS, 2000: 417-8). Essa concepção e hierarquização dos objetivos da lei estão na origem do que parece –a nós e a

¹³⁵ Não poderíamos deixar de registrar o que nos parece certa incoerência de Dworkin em sua interpretação da Primeira Emenda. Dworkin rejeita a censura de expressões de ódio com o argumento de que a liberdade de expressão é uma forma de manifestação da autonomia individual e de que a referida censura seria uma medida de caráter paternalista. Mas por que razão um argumento semelhante não pode ser brandido contra as regulações de dinheiro privado em campanhas políticas (regulações que ele apóia, como pudemos perceber)? Entenda-se que nossa crítica a Dworkin não se baseia no fato de que ele apóia regulação de dinheiro e rejeita regulação de expressões de ódio. Não é necessariamente incoerente sustentar essas duas posições particulares simultaneamente. Nossa crítica dirige-se ao fato de que a racionalidade que ele usa para se posicionar num caso parece recomendar um posicionamento diferente do que ele tem no outro caso.

muitos observadores— certa incoerência interna da decisão que considera gastos de campanha como expressão política (não regulável) e doações a campanhas como outra coisa (e portanto reguláveis). Stephen Holmes afirma que a Corte estava polarizada pelas posições dos juízes Burger e White, que discordavam sobre tudo no que dizia respeito à lei, exceto sobre um ponto: ambos estavam enfaticamente de acordo quanto a que a distinção entre contribuições e gastos é insustentável, e que contribuições e gastos são dois lados da mesma moeda. Mas para Burger, o principal problema da lei dizia respeito à liberdade de expressão. Para ele, embora dinheiro não seja expressão, ajuda a comunicar idéias, e no tipo de democracia de grande escala em que vivemos, a comunicação pode ser extremamente cara. *Ergo*, restringir dinheiro é, de fato, para Burger, restringir a liberdade de expressão, tanto mais por se tratar de uma restrição operante no curso do processo eleitoral, e capaz de atingir, de quebra, o direito de associação. Burger acreditava então que as limitações da lei representavam ameaças sérias à democracia, razão pela qual tanto os limites aos gastos quanto aqueles interpostos às doações deveriam ser derrubados. White por sua vez, defendia a manutenção de ambos os limites, já que, para ele a liberdade de expressão e demais garantias da Primeira Emenda não estavam em jogo no caso. Para White, o efeito do dinheiro na política é a compra de influência, não a comunicação de ideias. Portanto, a verdadeira questão em jogo para ele era a corrupção, no sentido de uso da estrutura do Estado para a satisfação de fins e interesses privados.

O que aparentemente ocorreu foi que a Corte procurou chegar a uma solução de compromisso entre duas posições principistas, tentando passar uma mensagem dupla: a de que o sistema político não dá oportunidade para a compra de favores nem permite a regulação da expressão política por agentes governamentais. Como disse Stephen Holmes, o trabalho da Corte teria sido bem mais fácil se houvesse dois tipos de dinheiro: um, de cor azul, para comprar influência, e outro, esverdeado, que permitisse aos cidadãos divulgar seus pontos de vista (HOLMES, 1990: 40-1). Infelizmente, para a Corte e para os cidadãos estadunidenses, as notas de dólar têm todas a mesma cor.

Em meio a essa polarização entre considerações sobre o papel corruptor e o papel comunicativo do dinheiro, o segundo objetivo suplementar das regulações (o de “equalizar a capacidades dos cidadãos de influenciar a formação da vontade coletiva”) parece negligenciado, para dizer o mínimo. Na verdade, o juiz White toca no tema: White

dissentiu, juntando-se a ele Brennan e Marshall, afirmando que o erro fundamental da decisão majoritária era sua incapacidade de reconhecer que o interesse do Estado ao proibir esses gastos por parte de bancos e empresas deriva *justamente* da Primeira Emenda e é o de articular do valor da livre discussão política impedindo o domínio dessa por grandes empresas. Mas essa racionalidade é meramente subsidiária na articulação do voto vencido dentro da Corte. Já Burger (o então presidente da Corte, apontado por Nixon) demonstrou uma insensibilidade espantosa para com esse valor. Mesmo que o dinheiro usado para a comunicação tivesse uma cor diferente daquele usado para a compra de influência, seria justo deixar que o dinheiro fosse a medida do acesso dos cidadãos à esfera pública de deliberação? Rawls registra o relativo abandono da equidade pela Corte, já que não é ela o valor que mobiliza a oposição ao ultraliberalismo de Burger:

“a opinião da Corte concentra-se demasiado no interesse primário de eliminar a corrupção e a aparência de corrupção. A Corte não consegue reconhecer a questão essencial, a de que o valor equitativo das liberdades políticas é necessário para um procedimento político justo, e que assegurar o seu valor equitativo é imprescindível para evitar que os que dispõem de mais propriedades e riqueza, e de maior capacidade de organização que está associada à posse desses recursos, controlem o processo eleitoral em vantagem própria. Para que isso ocorra, não é necessário haver suborno e desonestidade, nem a concessão de favores especiais, por mais comuns que esses vícios possam ser”. (RAWLS, 2000: 417)

O que levou a maioria da Suprema Corte a uma decisão tão indiferente ou hostil às considerações igualitárias? Como pôde o tribunal sustentar que, numa pretensa democracia, a oportunidade de um cidadão apresentar seus argumentos na esfera deliberativa pode ser uma função de seu poder econômico? Este é o questionamento mais comumente levantado contra a polêmica decisão. Mas um dos críticos de *Buckley*, Ronald Dworkin, afirma que raramente as razões da Corte são levadas em conta pelos que, como ele, a desaprovam. Os desacordos quanto a este ponto são tão profundos e irreconciliáveis pelo fato de encamparem visões distintas sobre o que seja democracia e igualdade e sobre o que seja uma sociedade justa.

Nosso interesse aqui é o de analisar a questão justamente sob a ótica colocada em segundo plano pela Corte, a do efeito do dinheiro sobre no interior do *demos*, principalmente (mas não só) no curso do processo político. Quanto a esse aspecto, *Buckley* parece pressupor que as únicas diferenças entre os cidadãos que concernem ao sistema

político são aquelas ativamente estabelecidas pelo próprio aparato estatal. De acordo com essa concepção, uma vez que se vede ao Estado o estabelecimento de diferenças *a priori* entre os indivíduos, o problema da igualdade está resolvido. Trata-se de uma concepção de igualdade política extremamente limitada e, em certo sentido arbitrária, uma vez que fecha os olhos a todas as diferenças cuja origem não seja imediatamente política (no sentido de estabelecida pelo Estado), como é o caso das diferenças de cunho sócio-econômico. Mais do que considerar irrelevantes as diferenças sociais, essa concepção de igualdade considera ilegítimo que instituições estatais tomem esse problema para si. Nesse sentido, podemos falar que, com *Buckley* a Corte “privatizou” as diferenças sócio-econômicas, como se tais diferenças não guardassem (ou não devessem guardar) nenhuma relação com a vida pública, política e estatal. As diferenças entre os cidadãos cuja origem seja a própria “sociedade civil” ou o mercado são diferenças legítimas, e apenas um sistema político paternalista as consideraria um motivo de consideração governamental, segundo a racionalidade da Corte.

Buckley procura ancorar-se ainda num prestigiado precedente da Corte: aquele estabelecido pelo voto dissidente do juiz Brandeis¹³⁶ no caso *Whitney v. Califórnia*, em que o juiz afirmou que o fato de se expor uma idéia que se considera equivocada, falsa ou que de algum modo nos desagrada não deve ensejar a censura, mas deve dar causa justamente à liberdade, uma vez que “o remédio a ser aplicado é mais discussão, não silêncio forçado”. *Buckley* não vê dificuldade alguma de aplicar essa regra ao problema do financiamento de campanha. Mas como disse David Allen, o que *Buckley* revela é que “o argumento de ‘mais-discurso-é-melhor-que-silêncio-forçado’ entrou em falência intelectual, e há muito foi separado de suas raízes filosóficas e pragmáticas”. (ALLEN, 1995: 4). Enquanto em *Whitney* a sentença de Louis Brandeis tinha o escopo de conter a mão punitiva do Estado

¹³⁶ No caso *Whitney v. California*, Brandeis redigiu um voto separado, ao qual aderiu Holmes, que concordava com o argumento da maioria de que o argumento relativo à Primeira Emenda não foi corretamente apresentado nos tribunais inferiores, mas discordava quanto à interpretação do que significava a Primeira Emenda. A rigor, no sistema de *Common Law* apenas os votos vencedores são capazes de estabelecer os precedentes judiciais e tornar-se padrão de julgamentos para casos semelhantes. Entretanto, no que diz respeito à liberdade de expressão ocorre o fenômeno curioso pelo qual são os votos vencidos de Holmes e Brandeis de Abrams até o começo da década de 1930 que são tratados como precedentes judiciais. Davis Strauss afirma: “Nem um único dos votos [de Holmes e Brandeis] foi encampado pela maioria da Suprema Corte. Em todos eles [Holmes e Brandeis] dissenteram do modo como a Corte entendia a Primeira Emenda. A maioria da Suprema Corte afirmava, uma vez após outra, que a lei não era o que Holmes e Brandeis diziam que ela fosse. Mas eles persistiram, recusando-se a aceitar a perspectiva da maioria da Corte, e foi a visão de Holmes e Brandeis, não a da maioria, que se tornou a lei” (STRAUSS, 2003: 49).

para permitir à pluralidade social comparecer à esfera pública em toda a sua exuberância, em *Buckley* prevalece a lógica do dinheiro, da propriedade privada e do mercado, a qual, como sabemos, quase sempre está em conflito com a pluralidade social (ARATO; COHEN 2000: 12). Mas a analogia é bastante reveladora do que argumentamos acima. Para a Corte, desigualdades econômicas não parecem ser dignas de serem consideradas desigualdades.

Proibir dinheiro privado em campanha seria uma intervenção governamental na discussão pública, algo capaz de alterar o que e qual tipo de informação está disponível para o público, e é por isso que o desacordo em *Buckley* é um desacordo sobre o que se entende por democracia. Essa rejeição plana de qualquer tipo de intervenção estatal está baseada numa idéia sobre que tipo de papel governamental melhor serve aos propósitos de uma democracia. Em *Buckley*, Burger e os juízes que o acompanharam apoiaram-se no que Dworkin chama de “aposta democrática”: “a crença em que a democracia está melhor protegida pelo princípio que proíbe o governo de limitar ou controlar a expressão política, qualquer que seja a forma, com o intuito de proteger a democracia”. Supõe-se que restrições à expressão política --trate-se de gastos de campanhas, de regulações de acesso aos meios de comunicação ou até mesmo de regulações triviais do processo eleitoral-- são capazes de fazer dano à democracia, “mesmo quando são produzidos com a intenção, real ou fingida, de melhorá-la” (DWORKIN, 2000: 353). De que forma? Se os ricos são impedidos de doar, os candidatos não poderão pagar tantas inserções nos meios de comunicação, e o público será menos informado. Além disso, as doações privadas tornam os candidatos aos cargos públicos mais independentes da máquina pública oficial e dos agentes públicos que ora ocupam o poder (DWORKIN, 2000: 374). O que se rejeita aqui é a regulação da esfera pública pelo governo, em suma.

Não poderíamos deixar de abrir um parêntese aqui para explorar uma pequena mas importante questão de índole léxica e conceitual, relativa ao sentido e à carga semântica da palavra “*government*” em boa parte da discussão constitucional estadunidense, e especialmente na discussão contemporânea sobre o significado da Primeira Emenda. No inglês estadunidense, “*government*” é um termo estranhamente genérico e impreciso: aplicando-se a toda e qualquer espécie de agentes públicos, trate-se do Estado como instituição, do Poder Executivo, da maioria congressual, do Poder Judiciário em qualquer de suas instâncias ou mesmo de um funcionário público de qualquer escalão. Ao mesmo

tempo em que *government* se aplica a todas as manifestações particulares do Estado, contudo, não se aplica especificamente a nenhuma. Daniel Lazare chamou nossa atenção para esse ponto ao escrever:

“Com seus múltiplos centros de poder, os Estados Unidos carecem de um governo [*government*] como outros países entendem o termo. Enquanto frases como ‘o governo anunciou hoje’, ou ‘o governo declarou à noite’ são comuns na imprensa britânica, um leitor estadunidense ficaria confuso ao deparar com frase semelhante nos Estados Unidos. (...) Assim, usa-se ‘a Casa Branca anunciou hoje’ ou ‘o Departamento de Estado declarou à noite’. No lugar de ‘governo’, estadunidenses aplicam o termo britânico do século dezoito e referem-se a cada presidência como uma ‘administração’”. (LAZARE, 2001: 100).

Se a palavra “governo se justapõe a qualquer substantivo que indique de ação (regulação, interferência, gestão, etc.), adquire imediatamente carga semântica negativa: parece sempre traduzir alguma ameaça tirânica, mesmo que apenas no estágio de potência. Tem-se a impressão de que faz falta uma ferramenta conceitual capaz de dar nomes diferentes, por exemplo, ao silenciamento de um jornal da oposição pelo poder Executivo ou pela maioria congressual auto-interessada e uma política de Estado que permita a determinada organização minoritária ter espaço na televisão para apresentar sua versão numa controvérsia pública qualquer. Precisamos de um vocabulário capaz de dar conta de matizes conceituais como o que existe entre restrição e regulação. Como diz Rawls referindo justamente à liberdade de expressão e fazendo menção explícita a Meiklejohn (ao capítulo I de “*Free Speech and its Relation...*”),

“a prioridade dessas liberdades [fundamentais] não é infringida quando elas são meramente reguladas, como devem ser, para se combinarem num sistema, bem como para se adaptarem a certas condições sociais necessárias para seu exercício duradouro (...) regras de ordem são essenciais para regular a discussão livre. Sem a aceitação geral de procedimentos razoáveis de investigação e preceitos de debate, a liberdade de expressão não pode atender seu propósito. As pessoas não podem falar todas ao mesmo tempo, ou usar o mesmo foro público ao mesmo tempo para diferentes finalidades. Instituir as liberdades fundamentais, assim como satisfazer desejos diversos, requer programação e organização social” (RAWLS, 2000: 350).

Como o leitor já terá percebido, essa questão de ordem conceitual e semântica não é uma questão menor, uma vez que boa parte da defesa de *Buckley* se faz em nome da necessidade de afastar a “regulação governamental”, expressão codificada que iguala o uso

da polícia para calar dissidentes e o financiamento público de campanhas. O problema para o qual chamamos a atenção neste momento é apenas a necessidade de incorporar certa sutileza semântica mínima ao debate a fim de que podamos sair do *cul-de-sac* representado pela rejeição plana e lisa de todo e qualquer papel estatal sobre a deliberação pública. Em outras palavras, *Buckley* encampa a idéia segundo a qual a “Sociedade Civil” é o reino da liberdade, contrapondo-se ao Estado repressor. O problema desse tipo de perspectiva é que, ao mesmo tempo em que se demonstra uma preocupação legítima e diligente com a possibilidade de uma estrutura estatal hipertrofiada e constritora do debate público, fecha-se os olhos para o fato de que às vezes está no poder privado --pelo dinheiro e por controlar acesso a recursos— a origem da constrição de direitos.

Em suma, a defesa de *Buckley* está apoiada numa concepção minimalista de igualdade política, na consideração de que o mercado é uma instância justa e “natural” de distribuição e numa concepção esvaziada, rigidamente formalista e por isso mesmo pouco plausível de autonomia individual. A fonte teórica que alimenta essa decisão é a de um ultraliberalismo antediluviano mais identificado com o que podemos os padrões vitorianos de legitimidade política do que com o presente. Esse tipo de estadofobia e de compromisso com doutrinas econômicas do tipo *laissez faire* costuma ser chamada de “lochnerismo” no debate político estadunidense. Trata-se de uma referência a uma decisão da Suprema Corte do início do século XX, relativa ao caso *Lochner v. New York*¹³⁷, hoje anatemizada, que declarou inconstitucional uma lei estadual de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos padeiros a dez horas diárias e a sessenta semanais, sob o pretexto de que a lei violava a liberdade contratual¹³⁸. Rawls percebeu o vínculo que une *Lochner* a *Buckley* e fez questão de explicitar a comparação, ao afirmar que *Buckley* repetiu na esfera política o mesmo erro que *Lochner* cometeu na esfera econômica:

“A Primeira Emenda não impõe um sistema de representação de acordo com a influência efetivamente exercida na livre competição política entre desiguais, assim como a Décima Quarta Emenda tampouco impõe um sistema de liberdade de contrato e de livre competição entre desiguais na economia, como a Corte pensava na era *Lochner*. Em ambos os casos, as conseqüências do livre jogo do processo eleitoral e da competição econômica

¹³⁷ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0198_0045_ZS.html>

¹³⁸ Para maiores informações sobre o caso, recomenda-se, além da leitura da decisão da Suprema Corte, IRONS, 2006: 254-8.

só são aceitáveis se as exigências da justiça básica forem satisfeitas. Além disso, num regime democrático, é importante que a satisfação dessas exigências seja publicamente reconhecida” (RAWLS, 2000: 420-1).

A perspectiva que alimenta *Buckley* e *Lochner* costuma ver-se a si mesma como tributária de autores associados à defesa da limitação da soberania e da dispersão do poder, como Locke e Montesquieu, por exemplo. Mas parece-nos que nem em Locke nem em Montesquieu podemos encontrar qualquer tipo de indiferença e desconsideração lochnerista para com o exercício privado de poder. Stephen Holmes procura desmentir rasgos anti-estatistas em ambos os autores. Para ambos, a anarquia é tão ameaçadora para a liberdade quanto a tirania. Não é só em Hobbes que a sociedade civil, é “civilizada” pelo Estado. A marca da filosofia política moderna, ousamos dizer, e a consciência de que um Estado fraco expõe seus súditos a toda sorte de gangsterismo, o que faz com que tanto o Estado moderno quanto a teoria política que o justifica, explica e delimita nascem contra o exercício privado do Poder. Como diz Stephen Holmes,

“Candidatos à supressão pública justificada incluem exércitos *privados*, tribunais *privados*, impostos *privados*, tanto quando o direito *privado* de declarar guerra e o direito *privado* de punir criminosos”. A liberdade só é viável se as autoridades públicas detêm um monopólio sobre estas funções delicadas e cruciais”. (HOLMES, 1990: 22, grifos do autor)

Quem se opunha a tais medidas não eram Locke nem Montesquieu, mas o Papado e o baronato. Holmes ilustra isso com a afirmação de que “privilégio” significa, etimologicamente, leis privadas. (HOLMES, 1990: 23-4). O leitor poderá retrucar afirmando que em nenhum momento se questiona o monopólio estatal sobre esse tipo de atividade. E tem toda a razão, claro, mas o que queremos demonstrar é a proposição mais geral de que é simplesmente falso atribuir a Locke, por exemplo, o anti-estatismo e a indiferença ao poder privado tão pouco qualificados e genéricos como os parecem servir de substrato teórico a *Buckley*. Não existe em Locke uma oposição à autoridade enquanto tal, e sim uma oposição à autoridade arbitrária, exercida sem a referência a uma idéia de bem público. É isso que justifica a vigilância sobre o Poder, mas é isso que justifica a própria soberania, cuja ausência pode conduzir ao caos e à anarquia, termos que não significam apenas a ausência de alguém capaz de impor a ordem, mas que são “eufemismos para a opressão privada, para o dano infligido pelos fortes aos fracos(...)”. Uma comunidade sem

governo é uma comunidade à mercê de opressores privados” (HOLMES, 1990: 22). A estrita não-interferência estatal tem como resultado não apenas livre competição, mas a incapacidade dos indivíduos de defenderem-se a si mesmos. É por isso que não podemos atribuir a Locke nem a Montesquieu, sem o risco de cometer uma grande distorção, uma estrita e exclusiva defesa da liberdade como não-interferência estatal, pois ela entitula os indivíduos do direito de procurar proteção do Estado –vinda através de ação, portanto “positiva”--contra danos causados por terceiros. No mesmo sentido, Frank Michelman afirma que a distinção familiar ao direito constitucional estadunidense entre poder estatal e poder privado é arbitrária (MICHELMAN, 1989, 303-4).

A indiferença para com essa dimensão da opressão está na origem de boa parte da crítica feita por socialistas e democratas radicais ao que identificam como o “formalismo” dos assim chamados direitos civis e políticos, ou seja, ao fato de que, a despeito de serem declarados em Constituições e documentos legais, a realidade social não é capaz de efetivá-los ou de dar-lhes consequência prática. A desigualdade real operante na sociedade termina por delimitar e restringir o significado prático dos direitos humanos, degradando-os a afirmações constitucionais um tanto fúteis, por assim dizer. Esse gênero de crítica está presente já no jovem Marx:

“O Estado anula, a seu modo, as diferenças de nascimento, o *status* social, a cultura e a ocupação, ao declarar o nascimento, o *status* social, a cultura e a ocupação do homem como diferenças não-políticas, ao proclamar todo membro do povo, sem atender a estas diferenças, como co-participantes da soberania popular em base de igualdade, ao abordar todos os elementos da vida real do povo do ponto de vista do Estado. Contudo, o Estado deixa que a propriedade privada, a cultura e a ocupação atuem a seu modo, isto é, como propriedade privada, como cultura e como ocupação, e façam valer sua natureza especial”(MARX, 1991: 25).

Tentando levar em consideração esse tipo de crítica e o tipo de poder privado a que o entendimento da liberdade subjacente a *Buckley* dá espaço é que o liberalismo igualitário de John Rawls elabora a defesa de mecanismos destinados a dar proteção ao “valor equitativo das liberdades políticas”. Vale a pena determo-nos neste ponto, então.

4.4.1 O “valor equitativo das liberdades políticas”

Rawls toma o que ele chama de “o velho problema de que as liberdades fundamentais podem revelar-se mera formalidade” com a devida consideração: “embora possa parecer que os cidadãos são efetivamente iguais, são demasiado grandes as desigualdades sociais e econômicas”. Dentre o conjunto das assim chamadas liberdades fundamentais, ou para usar outra linguagem, os direitos civis e políticos, são estes últimos, os direitos políticos, os de maior relevância, pela razão de simples de que o processo político tem implicações sobre todo o espectro de direitos, permitindo àqueles “com maior responsabilidade e riqueza” “controlar a elaboração legislativa em benefício próprio” (RAWLS, 2000: 381). Não é difícil entender, dessa forma, porque “a proteção adequada de outros direitos fundamentais” depende da existência de direitos políticos equitativos (RAWLS, 2000: 419).

Apesar de em grande medida corroborar a crítica socialista à insuficiência dos direitos civis e políticos como direitos meramente declarativos e de inação estatal, a crítica não é aos direitos em si mesmos, mas a sua ineficácia ou insuficiência. Rawls distingue, assim, os próprios direitos do valor que eles podem ter para determinados estratos sociais: “a ignorância, a pobreza e a falta de meios materiais em geral” “esses e outros obstáculos semelhantes” não são “restrições à liberdade”, mas fatores que afetam o proveito que as pessoas podem tirar de seus direitos constitucionais. Numa sociedade justa o problema não existe. Mas numa sociedade injusta, as liberdades políticas devem ser tratadas de forma especial, de forma a proteger-lhes o “valor equitativo” (RAWLS, 2000: 383). Embora esteja “além do alcance de uma doutrina filosófica considerar em detalhes os tipos de arranjos necessários para assegurar o valor equitativo das liberdades políticas iguais”, pode-se afirmar que o objetivo desse arranjo, em suas linhas gerais, significa o estabelecimento de mecanismos institucionais destinados a assegurar “que o valor das liberdades políticas para todos os cidadãos, seja qual for sua posição social e econômica”, seja “aproximadamente igual, ou pelo menos suficientemente igual, no sentido de que todos tenham uma oportunidade equitativa de assumir um cargo público e influenciar o resultado de decisões políticas”. Não existe uma forma padrão nem uma fórmula para lidar com um

problema “difícil e complexo”, como esse: faltam-nos “compreensão teórica e experiência histórica”. Os avanços nessa área têm de ser feitos na base da tentativa e do erro.

Quando parece hesitar, Rawls dá um passo adiante numa formulação mais concreta: Uma “diretriz” —diz ele-- “parece ser” a de estabelecer mecanismos para conservar os partidos políticos imunes a

“grandes concentrações de poder privado, tanto econômico quanto social, numa democracia de propriedade privada; e do controle estatal e burocrático, num regime socialista liberal. Em qualquer desses casos, a sociedade deve arcar pelo menos com uma grande parte do custo de organizar e realizar o processo político, e deve regular a condução das eleições” (RAWLS, 2000: 384).

Fica claro, assim, para seus leitores, que Rawls parece considerar com especial preocupação o poder do dinheiro e outras formas de poder privado no processo político. E por essa razão que “Igualdade formal não basta” (RAWLS, 2000: 419). Isso é especialmente verdadeiro para o caso da liberdade de expressão, já que essa liberdade permite-nos comunicar-nos com nossos concidadãos e fazê-los ouvir nosso ponto de vista e nossos interesses. Se a capacidade de fazer com que nossa voz chegue aos ouvidos dos demais cidadãos não é uma função de nossa disposição geral para a política, mas da quantidade de dinheiro de que dispomos, ou a nossa posição na esfera social, o valor equitativo dessa liberdade política ficará seriamente comprometido. Rawls desenvolve grande parte de seu raciocínio sobre o valor equitativo das liberdades políticas em torno das disparidades sancionadas pelos casos *Buckley* e *First National Bank*.

Se a tarefa de traduzir esse princípio geral de equidade política em políticas públicas no campo da liberdade de expressão é um problema difícil, Rawls oferece-nos alguns critérios para elaborar e julgar tais medidas. Em primeiro lugar, o objetivo de qualquer medida é fazer com que “cidadãos igualmente dotados e motivados tenham uma oportunidade aproximadamente igual de influenciar a política do governo e de chegar a postos de autoridade independentemente de sua classe social ou econômica. É precisamente essa igualdade que define o valor equitativo das liberdades políticas”. (RAWLS, 2000: 416). Mas não é qualquer meio que pode ser justificado sob o pretexto de proteger a equidade. Mecanismos compatíveis com um sistema de liberdades fundamentais não podem, em primeiro lugar, comportar restrições ao conteúdo do discurso. Do contrário, as

medidas seriam vistas como o favorecimento de uma doutrina política em desfavor de outras; em segundo lugar, as medidas não devem impor um ônus excessivo aos vários grupos políticos da sociedade. Se podemos discutir o que “ônus excessivo” signifique em determinados casos, está claro que “a proibição de grandes doações de pessoas ou empresas privadas a candidatos políticos não é um ônus excessivo a pessoas e a grupos abastados”. Finalmente, o último requisito é o de que as várias regulações da expressão política devem ser adequadas ao fim que perseguem e dotadas de proporcionalidade em relação a esse fim: “Elas deixam de ser razoáveis assim que alternativas consideravelmente menos restritivas e igualmente efetivas sejam conhecidas e estejam disponíveis”, diz Rawls. Uma regulação que respeite estes três critérios pode ser perfeitamente coerente com o papel central da Primeira Emenda: a deliberação política (RAWLS, 2000: 415-6).

O problema de uma decisão como *Buckley* não diz respeito apenas ao problema específico de as campanhas serem pagas com dinheiro privado. O elemento desanimador da decisão reside no fato de que com ela a Suprema Corte parece ter fechado as portas para o Congresso tentar estabelecer o valor equitativo das liberdades políticas: uma frase de *Buckley* que se tornou famosa atesta isso: “A idéia segundo a qual o governo pode restringir a expressão de alguns em nossa sociedade, visando a aumentar a voz relativa de outros é inteiramente alheia à Primeira Emenda”. Os juízes disseram ainda na decisão que “o objetivo da Primeira Emenda é assegurar a disseminação mais ampla possível de informações de fontes diversas e opostas, e para assegurar a troca irrestrita de idéias, com o objetivo de promover as mudanças políticas e sociais desejadas pelo povo.” Podemos perguntar-nos: será que uma regulação como a que estava em jogo é incompatível com esse objetivo?

Passemos agora à análise de outro problema frequentemente polemizado no debate contemporâneo sobre a liberdade de expressão: o da regulação de acesso aos meios de comunicação. Embora à primeira vista se trate de uma questão de ordem completamente diversa (e bastante mais controversa) da que foi discutida no caso *Buckley* e com o tema das regulações sobre dinheiro privado em campanhas políticas, há questões de fundo comuns a ambos os temas, já que em ambos se coloca o problema da regulação de poder privado pelo Estado em nome da equidade política. Não é por outra razão que as regras de acesso aos

meios de comunicação desenvolvidas nos Estados Unidos se chamava “Doutrina da Equidade”.

4.5 A regulação de acesso aos meios de comunicação

4.5.1 A Doutrina da Equidade (*Fairness Doctrine*)

Em 1934, o governo federal estadunidense criou um órgão com a função de regular as telecomunicações com o nome do “interesse, conveniência e necessidades públicas”. A Comissão Federal de Comunicações (*Federal Communications Commission*, ou simplesmente FCC), desde então, é a autoridade responsável pelo licenciamento de rádios e televisões país afora. A cada três anos a licença deve ser renovada, mas pode não o ser, ou pode ser cassada antes do prazo se a Comissão entender que houve violação das regras da própria FCC (O'BRIEN, 2005: 607). Nas últimas décadas, contudo, regulação foi progressivamente sendo levantada, na onda desreguladora que teve início no governo Carter e que culminou nos governos Reagan, continuando com seus sucessores. Entre as regras que um concessionário devia respeitar e que foram relaxadas pela FCC estavam medidas antitruste, como a restrição à co-propriedade de jornais e emissoras de rádio e televisão, além de regras que estipulavam tempo máximo dedicados a comerciais. Isso apesar de, em 1978, a Corte haver apoiado uma dessas normas antitruste, que proibiam jornais de adquirir estações de rádio e de televisão, em *FCC v. National Citizens Comitee*.¹³⁹ Outras regras, como a que instituiu uma “hora familiar” (durante a qual os programas exibidos deveriam conter pouca violência ou poucas referências à sexualidade) e a proibição de transmissão de material obsceno e com linguagem indecente não só não foram abandonadas, mas foram reforçadas, seguramente devido à mudança de composição política do FCC, causada pelos apontamentos feitos por Ronald Reagan (O'BRIEN, 2005: 608). Por isso é que talvez não seja totalmente apropriado falar em desregulação, mas em regulação noutro sentido, oposto ao que as regras de equidade estabeleciam. Mas vamos ao que mais nos interessa aqui, à assim chamada “Doutrina da Equidade”.

A Doutrina da Equidade foi estabelecida pela FCC em 1949, consistindo num polêmico conjunto de requisitos, condições e obrigações que concessionários de

¹³⁹ *FCC v. National Citizens Comitee*, 436 U.S. 775

transmissão de ondas de rádio e de televisão deviam observar. As regras mais importantes tinham a seguinte natureza: em primeiro lugar, exigia-se que rádios e televisões dedicassem certa parte mínima do tempo de transmissão à discussão de assuntos públicos e ao jornalismo noticioso. Em segundo lugar, exigia-se que as redes dedicassem “tempo igual” para competidores políticos e para os dois ou mais lados de um tema polêmico. Com base nessa regra, indivíduos pessoalmente atacados ou tornados objeto de comentário editorial poderiam requerer direito de resposta. A Doutrina impunha a emissoras que decidissem editorializar a cobertura jornalística de temas controversos a obrigação de apresentar também pontos de vista opostos. Caberia esclarecer, contudo, que raras foram as vezes em que a FCC forçou a aplicação do mecanismo (SUNSTEIN, 1995: 48). Em 1969, tais regras tiveram sua constitucionalidade questionada (por suposta violação à Primeira Emenda) perante a Suprema Corte no caso *Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. Federal Communication Commission*¹⁴⁰. Embora a decisão da Corte em *Red Lion* tenha sido tomada apenas sete anos antes de *Buckley*, seu espírito é completamente diferente do desta última. Na decisão, a Corte afirmou que o “objetivo da Primeira Emenda de um público informado capaz de cuidar de seus próprios problemas”, afirmando que o governo exigir uma programação mais equilibrada [*balanced*] era perfeitamente compatível com esse objetivo.¹⁴¹

Red Lion pode ser considerada a única decisão da Corte explicitamente baseada na teoria coletivista da liberdade de expressão (POST, 1995: 280). Desde então, contudo, sem que *Red Lion* tenha sido explicitamente revogada pela Corte, a racionalidade que a guiou não só não voltou a ser aplicada como foi erodida. Estranhamente, contudo, a decisão jamais foi explicitamente revogada. No caso *Tornillo*¹⁴², por exemplo, de 1974, a Corte derrubou lei estadual da Flórida que estipulava direito de resposta na imprensa escrita. A lei exigia que os jornais abrissem suas páginas a políticos atingido por uma matéria negativa, dando-lhes direito de resposta em espaço igual ao que tivera a matéria que os atacara, e isso sem fazer uma única referência a *Red Lion*. Na decisão, o juiz White afirmou que obrigar

¹⁴⁰ *Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969), disponível em: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/printer_friendly.pl?page=us/395/367.html

¹⁴¹ Apesar da decisão da Corte, em 1987, a própria FCC revogou a doutrina da equidade alegando que a considerava inconstitucional.

¹⁴² *Miami Herald Publishing Company v. Tornillo* 418 U.S. 241 (1974), disponível em http://cfr.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0418_0241_ZS.html

um jornal a publicar o que ele não quer constitui uma violação da Primeira Emenda tanto quando proibi-lo de publicar o que seu editor deseja. Como *Red Lion* não foi revogada com a decisão, o intérprete da decisão da Corte só podia concluir que, para o tribunal, a mídia impressa devia ser tratada de forma diferente das emissoras de rádio e televisão. Justificando sua decisão, a Corte levantou um argumento frequentemente usado pelos críticos da Doutrina da Equidade e de *Red Lion*: o que diz que a obrigação de conceder direito de resposta a pessoas atingidas inibiria a iniciativa do meio de comunicação de cobrir temas controversos. A contradição entre as decisões causou muita perplexidade, no entanto. Por que razão, afinal de contas, a autonomia editorial de jornais merecia ser protegida, mas não a rádios e televisões?

Tornillo não foi o único passo de afastamento desse solitário precedente de 1969. Em outras decisões se percebe o mesmo espírito de distração, como se *Red Lion* jamais houvesse existido, ou não tivesse passado de um surto ou um espasmo. Em *Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee*¹⁴³, por exemplo, a Corte entendeu que o FCC não tinha a obrigação de assegurar o “direito privado de acesso à mídia eletrônica”, apoiando a política decisão da CBS de rejeitar um anúncio (no que a CBS foi apoiada pela FCC) pago pelo DNC com críticas ao envolvimento dos Estádios Unidos no Vietnã. Mais tarde, em 1986, no caso *Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Commission*¹⁴⁴, a Corte entendeu que a determinação de ente regulador de serviço público de que a empresa de gás e energia fizesse constar na fatura que envia aos clientes a discriminação dos valores cobrados violava a Primeira Emenda. A importância desse caso na erosão de *Red Lion* e da Doutrina da Equidade foi que a Corte afirmou que o ente regulador não podia obrigara empresa a veicular uma mensagem a que ela se opunha. A Doutrina da Equidade consistia justamente na obrigação de que empresas veiculassem determinadas mensagens, mesmo que a elas se opusessem.

Na década de 1990, contudo, essa lógica de retirada foi contida por duas decisões com o mesmo nome. A questão teve início quando o Congresso tentou aumentar a regulação das emissoras que operam pelo sistema de cabo, aprovando uma lei que tinha tal

¹⁴³ *CBS V. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94 (1973), disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/412/94/case.html>>.

¹⁴⁴ *Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Commission*, 475 U. S. 1 (1986), disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/475/1/>>

fim em 1992. Apesar de ter sido vetada pelo Presidente, o Congresso derrubou-lhe o veto, submetendo desta forma a indústria do cabo às regulações da FCC proibindo municípios de atribuir exclusividade a operadores. Neste contexto, a *Turner Broadcasting System* questionou duas normas que exigiam que as operadoras transmitissem determinados canais de menor apelo comercial¹⁴⁵, entendendo que essa imposição violava a Primeira Emenda. Em *Tuner I*¹⁴⁶ o juiz Kennedy afirmou, com a apertada maioria de cinco votos, que as obrigações de transmissão eram constitucionais, recusando-se assim a derrubar as exigências. Os quatro juízes que dissentiram parcialmente afirmando que as provisões *must-carry* eram restrições baseadas no conteúdo, portanto incompatíveis com a Primeira Emenda, por ameaçarem a “discrecionabilidade editorial dos operadores de televisão a cabo, tanto quanto da liberdade de expressão dos responsáveis pela programação de televisão a cabo”. Subsequentemente, em *Turner II*¹⁴⁷, outra vez Kennedy comandou uma estreita maioria para manter as regras *must-carry*. De acordo com ele, as exigências eram neutras quanto ao conteúdo, e portanto não precisavam ser submetidas a um escrutínio muito rigoroso do Judiciário. Bastava um nível intermediário de escrutínio: isso significa que uma regulação destinada a proteger um importante interesse governamental sem representar um fardo muito grande sobre a expressão é aceitável. Kennedy afirmou que era razoável o Congresso concluir que estações de transmissão locais precisam de proteção especial. Nas palavras do juiz: “O Congresso tem um interesse independente na preservação de uma multiplicidade de emissoras para garantir que todos os lares tenham acesso a informação e entretenimento em pé de igualdade com aqueles que assinam o cabo” (O’BRIEN, 2005: 606-10). Num voto em separado junto com a maioria, o juiz Breyer citou explicitamente *Red Lion*, naquela que, até onde temos conhecimento, pelo menos, é a única referência da Suprema Corte a esse precedente (DWORKIN, 2000: 377).

¹⁴⁵ As normas que exigem de emissoras de rádio e de televisão a obrigação de transmitir algo (como é o caso do nosso horário eleitoral gratuito), seja um canal, seja um programa, recebem em língua inglesa o sintético nome de normas *must-carry*. Devido a nossa incapacidade de encontrar uma expressão em português com o mesmo poder de síntese, optamos por utilizar o termo inglês neste trabalho. No caso em questão, a Seção 4 da lei exigia que as empresas de cabo transmitissem “estações de televisão comercial local”, e a seção 5 exigia que se transmitissem estações “educacionais e não-comerciais” que operam dentro do mesmo mercado televisivo que o sistema de cabo.

¹⁴⁶ *Turner Broadcasting System, Inc. v. Federal Communications Commission*, 512 U.S. 622 (1994), disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/93-44.ZS.html>>.

¹⁴⁷ *Turner Broadcasting System, Inc. v. Federal Communications Commissions*, 520 U.S. 180 (1997), disponível em:<<http://www.law.cornell.edu/supct/html/95-992.ZS.html>>

O que estas decisões revelam é uma Corte Suprema que avança de modo incerto e inseguro, é verdade, mas que ainda assim avança na direção da desregulamentação e da transformação do sistema de telecomunicações num sistema regulado unicamente pelos mecanismos de livre mercado, ou seja, aos imperativos colocados pela acumulação de capital e pela concorrência em busca de maior audiência (quando ela existe, uma vez que a tendência à concentração midiática também é visível). Isso indica certa esquizofrenia no padrão de justificativa para a desregulamentação: ao mesmo tempo em que este se apega a uma justificativa de promoção dos instrumentos de mercado, levanta as barreiras que existem à concentração de meios de comunicação. Como sabemos, a concentração mercadológica e a concorrência são objetivos incompatíveis, e parece muito improvável perseguir simultaneamente a ambos.

Considerando que *Red Lion* destoa desse padrão e faz-lhe um contraponto, vejamos mais de perto que tipo de justificativa foi apresentada pela Corte naquela decisão, bem como as críticas que lhe foram feitas. Na defesa de e na crítica a *Red Lion* podemos perceber a presença imediata do problema da regulação dos meios de comunicação de massa. Mas mediada por esta questão estão também questões como as que vimos discutindo aqui ao longo de todo este capítulo, tais como o real significado da igualdade política, o papel do Estado na sua promoção e o problema de como tratar os focos privados de poder social e político, além da questão rawlsiana da promoção do valor equitativo das liberdades políticas.

4.5.2 A discussão sobre *Red Lion*

Antes de mais nada, seria oportuno esclarecer que *Red Lion* enseja três gêneros distintos de discussão: uma mais específica sobre as próprias regras da Doutrina da Equidade, outra sobre formas de regulação dos meios de comunicação de massa alternativas às regras da FCC e uma terceira de cunho teórico sobre a justificativa para a regulação, entendida como questão de moralidade política. Escolhemos aqui começar pela discussão mais específica, com a intenção de posteriormente ampliar a discussão para questões de ordem mais geral.

Red Lion concluiu –e essa foi uma de suas principais justificativas-- que alguma regra de acesso às ondas do rádio e da televisão era aceitável pelo fato de que o espectro das ondas era um espectro *limitado e escasso*, comportando apenas um pequeno número de emissoras. Se apenas um pequeno número de estações pode operar numa determinada área geográfica, o “governo” possui um forte interesse no estímulo a que os poucos espaços disponíveis transmitam opiniões que contradigam a linha editorial das poucas emissoras agraciadas com um lugar no espectro. Esse argumento costuma ser dado como ultrapassado pelos críticos de *Red Lion*. Robert Post, por exemplo, critica a decisão dizendo que “mesmo no tempo de *Red Lion*, na maioria dos mercados de mídia havia muitos mais espaços disponíveis do que aqueles que a FCC já alocara para uso” (POST, 1995: 281). Em certo sentido, somos forçados a reconhecer que os críticos têm razão, neste ponto. Se a escassez a que a Corte se referia ao tamanho do espectro, não há razão para manter a regra na era da televisão a cabo, dos satélites, da televisão digital e das rádios *web*. As novas tecnologias comprometeram o argumento da escassez ao multiplicaram as possibilidades de comunicação e o tamanho do espectro¹⁴⁸. Uma vez superada a escassez, as regras de mercado passam a ser capazes de prover a diversidade desejada pelos ouvintes/telespectadores. Essa foi inclusive a justificativa oficial da FCC para revogar unilateralmente a Doutrina da Equidade (SUNSTEIN, 1995: 54).

Outra crítica frequentemente levantada contra a Doutrina da Equidade e contra *Red Lion* é o argumento do efeito contraproducente, apresentado pela própria Corte em *Tornillo*: a Doutrina da Equidade seria derrotada por sua própria racionalidade: sua manutenção faria com que editorialistas fossem dissuadidos de abordar questões polêmicas, já que isso daria ensejo a que se exigisse a contrapartida da opinião contrária, e que seria caro ou desagradável para eles ceder esse espaço. Como diz Ronald Dworkin (2000: 376), esse argumento não leva em conta o fato de que questões polêmicas raramente são uma parte importante do conteúdo dos rádios e televisões. Dworkin faz a ressalva, no entanto, de que na hipótese de regra semelhante ser aplicada à imprensa escrita, o argumento seria persuasivo (manifestando assim sua aprovação a *Tornillo*): como a cobertura de temas políticos ocupa uma parcela considerável do espaço disponível em jornais e revistas, uma

¹⁴⁸ Há um outro sentido, no entanto, em que a escassez não pertence ao passado. Mas pedimos paciência ao leitor, neste ponto, para que possamos seguir nosso curso em meio aos argumentos empíricos contra a regulação. Voltaremos a este ponto logo adiante.

regra como essa, se fosse aplicada a eles, poderia ter o efeito indesejado de desestimular a abordagem de temas controversos. Mas voltemos à Doutrina da Equidade, que dizia respeito apenas ao rádio e à televisão abertos. O leitor certamente se lembra da breve apresentação da Doutrina que fizemos acima, e pode facilmente perceber que ela está dividida em duas partes. A primeira impunha a obrigação de cobertura de temas públicos. A segunda dizia que essa cobertura tinha de ser equilibrada. Se a doutrina da equidade é aplicada em sua inteireza, não se admite que emissoras deixem de cobrir temas controversos tentando evitar demandas de cobertura equilibrada (BOLLINGER, 1990: 357-8).

Finalmente, a terceira objeção afirma que a doutrina é inaplicável por nos faltar um critério minimamente objetivo sobre o que é um “tema controverso de importância pública”. Mais difícil ainda seria definir se uma emissora qualquer deu espaço suficiente aos diversos lados de uma discussão. Ou, como diria um crítico do coletivismo, Robert Post, não há um padrão compartilhado pelas diversas forças políticas para medir a qualidade do debate público: “Diferentes concepções da identidade coletiva apresentarão diferentes padrões de medição da qualidade do debate público” (POST, 1995: 277).

Essa parece ser a mais séria das objeções que se podem levantar contra *Red Lion* e contra as regras equitativas da FCC, e de certa forma, foi corroborada por algumas questões que surgiram nos Estados Unidos em torno da aplicação da regra aos casos concretos. Lee Bollinger afirma que no final da década de 1960, a FCC resolveu exigir das emissoras que transmitiam comerciais de cigarro que transmitissem também mensagens antitabagistas, até admitir, em 1974, que errara neste ponto, e que a Doutrina da Equidade não se aplicava à expressão comercial. Mas houve outro caso ainda mais rumoroso a expor as fraquezas da Doutrina da Equidade. Ocorreu nos anos de 1970, quando a emissora NBC exibiu uma matéria sobre abusos e fraudes nos programas da Previdência Social. O Tribunal Federal de Apelações em Washington dividiu-se quanto à questão de o programa ser sobre “alguns abusos em alguns programas” (o que não faria dele um tema controverso) ou se toda a matéria fora governado pela proposição implícita de que todo o sistema previdenciário estava comprometido pela corrupção e por desvios, devendo haver intervenção parlamentar no sistema (o que era uma proposição controversa). “Após páginas e mais páginas de discussão jurídica e de discussão sobre o significado do texto do programa, o caso foi

descartado como incerto”, diz Lee Bollinger. (1990: 359). As dificuldades trazidas por esse caso alimentaram boa parte das críticas à Doutrina. Se o programa exigia cobertura equilibrada de temas controversos de interesse público, qual era(m) o(s) “tema(s)” de uma matéria jornalística qualquer? Sabemos, por exemplo, que uma única e curta matéria sobre, digamos, o trânsito, pode abordar uma série complexa de temas, como o individualismo que caracteriza a cultura do automóvel, questões ambientais, questões urbanísticas, questões envolvendo o custo e a qualidade do transporte coletivo, e por aí vai. Qual é o tema dominante? Aplicar a doutrina apenas à mensagem ‘explícita’ de um programa pode dar precisão à doutrina, mas ao preço de torná-la inútil: seria muito fácil ao editor burlar a aplicação da regra explicitando um tema de importância menor e deixando implícitos (mas claros) temas mais importantes. Por outro lado, considerar os pontos de vista subjacentes ou subliminares como igualmente relevantes para a doutrina pode dar tanto espaço para avaliações subjetivas que se terminaria por precisar de uma agência com atributos divinos, como a onisciência, para gerenciar a confusão que se tornaria o debate público. E como identificar os temas de “interesse público”? É possível fazer isso evitando julgamentos de valor sobre quais temas são mais importantes? (BOLLINGER, 1990: 360).

Está longe de ser fácil ou trivial oferecer uma resposta tranquilizadora a uma objeção como essa. Lee Bollinger rebate-a com o seguinte argumento: esse problema e as indefinições geradas por ele não fazem a Doutrina da Equidade “mais indeterminada, ou aberta a decisões discricionárias e ‘subjetivas’, não é mais dependente do desenvolvimento e da aplicação de uma hierarquia de valores no âmbito dos assuntos públicos, do que outras áreas bem estabelecidas da jurisprudência da Primeira Emenda” (BOLLINGER, 1990: 360). O que Bollinger parece ter querido dizer é que o sistema atual de liberdade de expressão não é um sistema cristalino e preciso, mas o resultado de dezenas de anos de enfrentamento de questões obscuras, envolvendo a ponderação muitas vezes difícil entre valores concorrentes. Foram justamente os casos e as questões difíceis que levaram à Corte a necessidade de desenvolver e elaborar regras mais claras, as quais não estiveram sempre lá, nem nasceram prontas: são o resultado de um processo de construção lenta e da interação entre princípios e a realidade dos casos concretos. Bollinger cita como exemplo o difícil (e ainda não completamente resolvido) problema da definição de “figuras públicas”, cuja difamação não pode ser restringida, de acordo com *New York Times v. Sullivan*. O fato

de que não temos critérios claros para aplicar um determinado princípio deve ser um convite ao desenvolvimento desses critérios, e não uma escusa para descartarmos o princípio.

De qualquer forma, esses princípios não foram desenvolvidos, e essa dificuldade de passar da crítica do existente ao desenvolvimento de critérios novos explica o ostracismo imposto a padrões reguladores como a Doutrina da Equidade, que deve assim ser atribuído a suas próprias debilidades tanto quanto à oposição de seus críticos. Mesmo seus potenciais defensores não têm muito ânimo para defendê-la, sendo raros os que, como Bollinger, ainda o fazem. Até mesmo Cass Sunstein reconhece que “a Doutrina ficou muito aquém de ser um sucesso, mesmo em seus próprios termos” (1995: 54). Stephen Holmes --outro autor bastante simpático às políticas públicas regulatórias-- vai por caminho muito semelhante ao firmar que “felizmente o governo tem à sua disposição mecanismos menos intrusivos para atingir o mesmo e desejável fim”, mecanismos que “não o envolvem em funções editoriais”. Holmes sugere mecanismos como regras que evitem a propriedade cruzada de meios de comunicação e a cobrança de algum tipo de tarifa às emissoras comerciais com o propósito de financiar emissoras públicas (não-comerciais) (HOLMES, 1990: 54-5). Esse tipo de medida tem a vantagem adicional de ser aceito até mesmo por tradicionais opositores da regulação da esfera pública. Robert Post afirma que não é razoável “descartar a ação governamental destinada a suplementar ou aumentar a comunicação dentro do discurso público (...) fornecendo apoio estatal a foros para promover o debate público” (POST, 1995: 277).

A paisagem política tampouco parece muito promissora aos defensores incondicionais dessa regulação específica, ao menos na forma como ela existia. Em 1987, no mesmo ano em que a FCC descartou as regras, ambas as Casas do Congresso dos EE. UU. aprovaram um projeto de lei reinstituindo a Doutrina, mas prevaleceu o veto do Presidente Reagan (BINENBOJM, 2006: 280). Uma matéria publicada na revista *The New Republic* em fins do último ano relata que os deputados estadunidenses aprovaram em 2007 uma resolução (com três quartos dos votos e com o apoio de 113 Democratas) *proibindo* a FCC de ressuscitar as normas de equidade. Diante da insistência dos republicanos --na campanha presidencial de 2008 e depois dela-- em afirmar que Barack Obama voltaria a aplicar a política, o Democrata (já na condição de Presidente eleito) teve de vir a público

dizer que "não apóia a reimposição da Doutrina da Equidade às emissoras". (*Apud* COGAN, 2008).

Em suma, a Doutrina da equidade foi acusada de anacrônica (já que não há mais escassez de canais), liberticida (por abrir a guarda para interferência governamental na linha editorial dos meios de comunicação e fútil (uma vez que pode ter o efeito contrário ao que pretende: o de estimular a diversidade de pontos de vista). Mas detratores dos princípios regulatórios muitas vezes parecem acreditar que se temos razão para descartar a defunta Doutrina da Equidade, temos razões para rejeitar toda e qualquer regulação, bem como os princípios políticos que a regem. Em nenhum momento, no entanto, as inconveniências do tipo de regulação contido na Doutrina da Equidade parecem desautorizar o princípio mais amplo segundo o qual uma esfera pública bem regulada não é uma esfera pública regida unicamente pelas regras do mercado.

O leitor estará a se perguntar se a razão alegada pela FCC para pôr fim ao programa de equidade, o fim da escassez de canais e de estações, não tornou anacrônico *qualquer* tipo de mecanismo de regulação de acesso, mesmo com um desenho institucional diferente do das regras estipuladas pela Doutrina da Equidade. O fato de que novas tecnologias multiplicaram a disponibilidade de canais é inegável, e os defensores de mecanismos de diversificação de pontos de vista não podemos brigar com os fatos a ponto de negar essa evidência. Há certo sentido da escassez, no entanto, que permanece perfeitamente válido: o acesso aos meios de comunicação permanece sendo escasso no sentido de que o acesso a ele depende da aprovação de atores privados, e costuma custar bastante dinheiro, independentemente da quantidade de espaço disponível no espectro das ondas de rádio e televisão (DWORKIN, 2000: 375). É claro que os falantes a quem se nega o uso da televisão ou do rádio podem procurar outros meios mais baratos para se comunicar: podem imprimir panfletos e distribuí-los numa esquina movimentada, podem tentar organizar-se junto com outros cidadãos e promover uma manifestação (atraindo assim a atenção dos meios de comunicação e colocando suas demandas na esfera pública) e pode, em última instância, subir num caixote vazio numa esquina qualquer, munidos apenas de um megafone (ou de uma voz potente) e tentar fazer-se ouvir dessa forma, digamos, despojada e singela. Diante disso, reconhecemos que o orador de caixote pode ser importante em determinados contextos de bairro ou de cidades pequenas, ou que os panfletos são uma

forma valiosa de comunicação política. Mas seu impacto em discussões de âmbito nacional numa democracia de massas contemporânea é muito pequeno. Apesar de os panfletos e os oradores poderem exercer certa influência marginal nesse tipo de discussão, não nos parece intuitivamente injusto que a um dos lados se reservem as ondas de rádio e de televisão e a outros se concedam caixotes e esquinas com passantes desdenhosos e entediados? Em outras palavras, este argumento desconhece o fato de que os meios de comunicação se tornaram o espaço relevante da discussão pública nas democracias de massa em que vivemos que, no mínimo, têm uma capacidade de influenciar na determinação da agenda pública. Se apenas um lado de uma discussão tem acesso a eles, é possível que o valor equitativo da liberdade política de expressão seja seriamente comprometido. A decisão da Suprema Corte em *Red Lion* considera essa dimensão da escassez, pois repousa sobre o pressuposto, quase explícito na sentença, de que é injusto e não-democrático que o acesso a um meio tão dominante na política como são as telecomunicações se torne algo tão restrito —seja pela conquista de licença, seja através do poder econômico— apenas para poucas pessoas, muito poderosas, e o governo tem o direito de intervir com o objetivo de tornar o processo político mais igualitário. (DWORKIN, 2000; 375).

Esse comentário de Dworkin não é uma crítica baseada na constatação de uma imperfeição nas regras de mercado, como seria a crítica ao “oligopólio” formado por meios de comunicação. Sua racionalidade parece ser ao fato de que os meios de comunicação cumpram uma função pública (a de abrigar a deliberação política) mas são administrados privadamente: o juízo de admissão a eles é privado¹⁴⁹. É nesse sentido que Fiss afirma que “a CBS [rede de televisão estadunidense] desempenha uma função pública” (FISS, 1996a: 14 *et seq.*), e não —como nos quer fazer crer Robert Post (1995: 281-2)— no sentido da defesa do estabelecimento de uma relação hierárquica entre a maioria política (representada pelo governo) e os meios de comunicação, como se estes fossem funcionários do governo, a quem devessem lealdade.

¹⁴⁹ Correndo grande risco de extrapolar as licenças para identificar paralelismos a que temos direito, ousamos dizer que esse tipo de crítica guarda certa similitude com o julgamento que Rousseau faz ao teatro moderno, criticado por ser realizado no espaço privado e por a entrada nesse espaço ser regulada pelo dinheiro, diferentemente dos espetáculos cívicos da antiguidade. O paralelo foi-me sugerido por um artigo do Professor Cícero Araújo (1996: 254-6). Para um dos textos de Rousseau em que a questão aparece (e que está nas referências de Cícero), ver 1982: 25-9.

Além de representarem um foco de poder privado numa área crucial para a vida política, temos o agravante de que esse poder é atribuído ao particular justamente pelo Poder Público, pelo Estado, através de uma concessão pública, no caso do rádio e da televisão, e muitas vezes por meio de mecanismos pouco equitativos e nada transparentes. Como diz Owen Fiss, talvez o Estado não tenha de fornecer megafones a ninguém, mas uma vez que decida fazê-lo, não pode distribuí-los sem uma justificativa suficientemente neutra e igualitária (FISS, 1996b: 47).

Essa objeção ao controle privado dos meios de comunicação parece-nos bastante contundente e persuasiva. Acreditamos, contudo, que o problema da existência de espaços e vozes privadas de deliberação é em grande medida mitigado se esses espaços midiáticos não são os únicos existentes. Outra vez voltamos à sugestão de Stephen Holmes acima: a questão parece ser a da existência de um espaço público de deliberação que seja simultaneamente independente do controle dos que ocupam o governo e dos mecanismos de mercado. Um sistema de mídia inteiramente privado, concentrado e regulado pelo mercado nada mais é do que uma “autorização legal para que determinados atores privados falem e sejam ouvidos e outros não” (SUNSTEIN, 1995: 50). A não-regulação dos meios de comunicação, para Sunstein, é, sob certo prisma, uma forma de regulação, uma vez que ela é que permitem a proprietários dos meios de comunicação excluir não-proprietários (SUNSTEIN, 1995: 39).

Era esse tipo de poder privado que a Suprema Corte desejava enfrentar em *Red Lion*. Na sentença, a Corte afirmou que o sistema de liberdade de expressão não podia funcionar a contento admitindo “censura privada sem quaisquer limites num meio não aberto a todos”, e prosseguia:

“O licenciado não tem um direito constitucional (...) de monopolizar uma frequência de rádio excluindo dela seus concidadãos. Não há nada na Primeira Emenda que impeça o governo de exigir de um licenciado que compartilhe sua frequência com outros que conduza a si mesmo como um mandatário ou concessionário com obrigações de apresentar as visões e vozes representativas de sua comunidade e que seriam, de outra forma, barrados das emissões. (...) O povo como um todo retém interesse na liberdade de expressão através do rádio, com seu direito coletivo de ter a funcionamento desse meio de comunicação de modo consistente com os fins e propósitos da Primeira Emenda. É o direito de telespectadores e dos ouvintes, não o direito de emissoras, o que é primordial. O propósito da Primeira Emenda preservar um mercado de idéias desinibido no qual a verdade possa em última instância prevalecer, mais do que a constrição monopolística desse mercado, seja pelo próprio governo, seja por um licenciado privado.”

Essa análise depende então de um pressuposto: o de que os meios de comunicação se tornaram o espaço relevante da deliberação política. Sabemos que a medida em que isso é verdade está sujeito a discussão, mas poucos duvidam de que se trata de um espaço deliberativo muito importante, por isso não vamos discutir isso aqui. A teoria coletivista da liberdade de expressão toma a importância dos meios de comunicação para a deliberação política como um axioma. Mark Graber, por exemplo, parece acreditar que é nos gastos de campanha e no acesso aos meios de comunicação que se disputa hoje a relevância da liberdade de expressão, minimizando as outras controvérsias. Falando do “Ambíguo legado do libertarianismo civil” (porque retirou a mão repressora do Estado sobre a expressão mas deixou os falantes à mercê do poder econômico), reclama de que

“o debate sobre liberdade de expressão nos anos de 1980 e 1990 continua a enfatizar questões clássicas da Primeira Emenda como a questão de se o Partido Nazista pode marchar em Skokie ou, mais recentemente, se estadunidenses têm o direito constitucional de queimar a bandeira (...). Mas o desrespeito à bandeira parece particularmente trivial quando comparado a problemas tais como a constitucionalidade dos limites aos gastos dos candidatos em campanhas eleitorais” ou “a outras “ameaças” que “desigualdades materiais colocam para a liberdade de expressão” (GRABER, 1992: 2-3).

Se nosso interlocutor defensor do sistema atual retruca que considerações sobre esse tipo de escassez (ou sobre qualquer tipo de escassez) não devem fazer parte sequer de considerações governamentais, estamos outra vez no âmbito do “lochnerismo”. Robert Post, um crítico do coletivismo e dos que “tendem a validar entusiasticamente” teorias que prevêem “a extensão benévola do estado regulatório” reclama de ter de enfrentar frequentemente a acusação de “lochnerista” (POST, 1995: 288). Mas como qualificar tamanho desprezo pela liberdade substantiva e tanta satisfação com a liberdade formal? O paralelismo é reforçado pelo fato de que em ambos os casos a questão é a superação do paradigma segundo o qual contratos e acordos privados, bem como regras de mercados econômicos, enfim, o mundo da “sociedade civil” devem ser isolados da ação governamental, em nome da autonomia privada entendida de forma puramente teórica. Ao insistirem que a oposição binária entre Estado e Sociedade Civil é o espelho da oposição binária opressão e liberdade, os defensores do que Dworkin chama de “aposta democrática” desconsideram que a autonomia privada (entendida por Bobbio como a “capacidade do

particular de dar normas a si próprio) (1995: 40-1) pode precisar de determinados arranjos institucionais em que o Estado seja mais do que simples observador.

Post defende não apenas uma concepção de autonomia privada lochnerista como a vincula ao autogoverno coletivo. Nessa chave argumentativa, acusa coletivistas de sustentar a autonomia individual apenas na medida de sua instrumentalidade para a qualidade do debate público. Afirma ainda que o fato de coletivistas supostamente acreditarem que o ideal de autonomia privada é logicamente distinto da democracia pode comprometer justamente o autogoverno coletivo que pretendem valorizar, uma vez que não podemos falar nesse objetivo sem que haja cidadãos autônomos. (POST, 1995: 277 e *passim*). Embora a correlação entre autonomia individual e autogoverno coletivo seja complementar em certo sentido, o problema parece mal-colocado. Coletivistas não negam que uma sociedade em que as pessoas são tratadas como donas de si mesmas é mais propícia à realização de um sistema democrático do que uma sociedade em que se pressupõe que os cidadãos são incapazes e infantis. O que os coletivistas dizem é que a autonomia privada de determinados cidadãos (racistas, por exemplo, ou daqueles que têm muito poder privado) pode estar em contradição com a autonomia privada de cidadãos em situação de vulnerabilidade social, e que se o desenho institucional da liberdade de expressão entendida como ferramenta do autogoverno coletivo não levar isso em conta, corremos o risco de ter um processo político colonizado pelas diferenças sociais de dinheiro e poder privado. A discussão pública serve ao autogoverno coletivo quando temos trocas de argumentos entre pessoas livres e autônomas, mas a autonomia individual não é um atributo transcendental ou que possa ser simplesmente decretado por uma autoridade: precisa ser sustentada por políticas públicas que lhe dão plausibilidade. A diferença não está, como quer Post, na valorização ou não da liberdade individual: a diferença está na forma como a liberdade é institucionalmente apoiada.

A inação governamental, diz Sunstein, é um arranjo conveniente para a distribuição de riquezas e de oportunidades existentes: “A distribuição existente de recursos [é] vista como pré-política e pré-social. Como dadas, mais do que escolhidas.” (SUNSTEIN, 1995: 30). Hobbesianamente, é sempre de bom tom lembrar que os direitos de propriedade (inclusive dos meios de comunicação) são garantidos pelo Estado. Thomas Streeter traça um paralelismo entre a perda de prestígio da doutrina econômica lochnerista com o *New*

Deal, na década de 1930, e o desenvolvimento de uma concepção lochnerista aplicada à liberdade de expressão: “Talvez não seja uma coincidência o fato de que, à medida em que noções formalistas quanto à propriedade e aos contratos entravam em decadência, a noção formalista sobre a liberdade de expressão ascendia(...)” (STREETER, 1995: 45). Chamamos a atenção que Cass Sunstein reivindique justamente um *New Deal* para a expressão (SUNSTEIN, 1995: 17-52). Coletivistas entendem que apenas a igualdade de *status* entre os cidadãos e a ausência de punições estatais para defensores da subversão política são insuficientes para garantir a deliberação pública, como vimos repetindo aqui.

Como dizíamos, a questão é a da importância particular dos meios de comunicação para a deliberação pública. Continuamos com Streeter, para quem o lochnerismo aplicado à liberdade de expressão santificou o “orador de caixote” [*“soap-box speaker”*], tornando-o inviolável pela lei no exato momento em que esse tipo de expressão perdia efetividade:

“No século XIX, líderes sindicais, pacifistas, e outros ‘radicais’ faziam bom uso do caixote —ou de discussões face-a-face em locais públicos—como uma ferramenta comunicativa, e eram frequentemente presos por isso. Neste século, contudo, a chave para a comunicação popular passou a ser o acesso ao rádio, à televisão e a outros meios de comunicação de massa tecnologicamente avançados e caros que tornaram o caixote crescentemente irrelevante como instrumento de organização política”. (STREETER, 1995: 46).

Na mesma linha, Sunstein afirma que é muito difícil ser ouvido se não se tiver acesso a um jornal, a uma rede de televisão ou de rádio (SUNSTEIN, 1995: 17), talvez ecoando a famosa, irônica e bem-humorada frase do jornalista estadunidense Abbott Joseph Liebling, para quem “a liberdade de imprensa é garantida apenas para aqueles que têm uma [imprensa]” (*apud* LICHTENBERG, 1990: 102). E isso fere uma preciosa regra de igualdade política: aquela segundo a qual os argumentos devem fazer diferença., e não o poder, a autoridade ou a riqueza.

Não é nosso propósito fornecer desenhos legais para a regulação neste trabalho. Essa é uma tarefa para o legislador. Mencionamos acima o financiamento de meios de comunicação públicos e independentes dos mecanismos de mercado e a proibição de propriedade cruzada. Mas sabemos que alguns tipos de regulação, se contarem com um desenho institucional adequado, podem melhorar o sistema deliberativo e a qualidade da deliberação pública, bem como reduzir os efeitos distorsivos da riqueza. Cass Sunstein

também como exemplos a instituição de “mecanismos para impedir que anunciantes tenham algum controle sobre o conteúdo da programação” e “limitações à publicidade durante a exibição de programas infantis” (SUNSTEIN, 1995: 35). Mas isso implica aceitar a visão, explícita em *Red Lion*, mas hoje rejeitada pela FCC, de que os proprietários dos meios de comunicação não são empresários quaisquer, meros fornecedores de *commodities*. Precisamos rejeitar a idéia expressa por um dirigente da FCC no período reaganiano, para quem “Televisão é apenas mais um eletrodoméstico. É uma torradeira com imagens”. (*Apud* SUNSTEIN, 1995: 49).

Qual é o problema de um sistema de liberdade de expressão guiado pelas regras do mercado e por uma lógica de consumidor-fornecedor? Podemos reconhecer os méritos do sistema de mercado, que de qualquer forma é melhor e mais diversificado do ponto de vista da pluralidade política que enseja e a que dá espaço do que um sistema de centralização burocrática do tipo soviética. Na medida em que certa visão política encontra seu caminho e se estabelece como demanda, o mercado se mobilizará para satisfazê-la. Algum tipo de diversidade ele é capaz de produzir, portanto. Mas temos evidências de que o tipo de pluralismo aceito pelo mercado é limitado, e isso indica que o mercado discrimina com base no ponto de vista, usando o jargão do constitucionalismo estadunidense.

Para pensar no papel do mercado na determinação de nosso sistema de deliberação pública, Sunstein (1995: 57) convida-nos ao seguinte exercício: imaginemo-nos na condição de constituintes hipotéticos de uma nova e hipotética democracia, aos quais coubesse estabelecer um hipotético sistema institucional de proteção e de garantia da liberdade de expressão. Imaginemos que, nesse papel, fôssemos convidados a analisar uma proposta que atribuísse o direito de falar àquelas pessoas a quem outras pessoas mais desejam pagar para habilitá-los a ser ouvidos. Nesse sistema, a alocação dos direitos de expressão estaria sujeito, portanto, a uma regra de mercado, já que decidida através de um sistema de preços, como a alocação de qualquer outra mercadoria num sistema de mercado livre. Disso segue que pessoas seriam impedidas de falar ou de ter acesso suficiente a ouvintes se outras pessoas não estivessem dispostas a pagar para habilitá-los a tanto. Assim, fulano, que defende a causa X, ou que simplesmente conta piadas de portugueses, teria o direito de falar, uma vez que os ouvintes se dispõem a pagar 2000 dinheiros para ouvi-lo,

enquanto o beltrano, que defende a causa oposta, só conseguiu gente disposta a pagar 100 dinheiros para ouvi-lo.

Difícilmente algum de nós reconheceria nesse sistema algo compatível com o que acreditamos ser uma democracia no qual os mecanismos deliberativos atendem a um padrão de legitimidade, por menos ambicioso que seja. Se consideramos que a função da liberdade de expressão é fornecer uma oportunidade ao dissenso, podemos acreditar que o dissenso teria alguma chance de ser ouvido nesse sistema? As regras de mercado aplicadas à deliberação pública possuem a tendência de favorecer as opiniões e visões de mundo já estabelecidas na medida do apoio com que essas visões já contam. O problema é que uma das funções da deliberação pública é oferecer uma oportunidade aos participantes de revisar suas opiniões, visões de mundo e concepções de bem. Segundo Dworkin, numa “democracia madura” os cidadãos constituem a opinião pública, *i.e.*, exercem o papel de juízes das disputas políticas, cujas sentenças se expressam através de eleições e demais formas de consultas populares, como plebiscitos e referendos, ao mesmo tempo em que são participantes das disputas políticas que eles próprios julgam: são candidatos e apoiadores cujas ações contribuem, de formas distintas, para moldar essa mesma opinião pública e influenciar a forma como os outros cidadãos votam e como veem o mundo, influenciando na formação do clima dominante de opinião. O problema de uma esfera pública totalmente dependente do mercado, portanto, é que ela atenta apenas para o primeiro dos papéis. (DWORKIN, 2000: 358). Um sistema como o que descreveu Sunstein, de atribuição de direitos de fala com base em regras de mercado, além de violar todas as normas de igualdade política, colocaria em perigo a deliberação pública. Infelizmente essa “paródia de aspirações democráticas”, como disse Sunstein (1995: 58) não é muito distante do que temos. Se aceitamos a premissa de que o acesso às telecomunicações é o equivalente prático do direito de falar, temos que esse direito é em grande medida alocado em função do desejo de ouvintes/telespectadores de ouvi-lo. É verdade que o público não paga nos sistemas de rádio e teledifusão abertos, mas a renda dos concessionários desse serviço advém da programação que exibem, e é uma função da demanda da audiência por aquela programação. Está claro que o modelo de democracia que Dworkin chamou de “profilática”, para o qual “a força combinada de decisões individuais é a única força

legítima para influenciar que decisões e argumentos devem ter fluxo na esfera pública” (DWORKIN, 2000: 375) não nos serve.

Mais graves, no entanto, do que os mecanismos de mercado aplicados à deliberação pública, seriam as distorções do mercado aplicadas ao mesmo objeto. Nesse caso, não é o desejo da audiência que justifica o conteúdo da programação, e sim os interesses dos anunciantes. Como estes “compram” do concessionário público a atenção dos consumidores, novas distorções são introduzidas no sistema. E a influência dos anunciantes é “desconcertante”, no dizer de Sunstein, que identifica pelo menos duas formas de influência. A Primeira tem um caráter mais estrutural e de longo prazo, consistindo na capacidade que tem o mercado publicitário de induzir à concentração midiática, uma vez que o maior volume de recursos tende a ser canalizado para o órgão que possui mais leitores/audiência. A consequência “tem sido a emergência de um único jornal em cada cidade, frequentemente com uma posição centrista” (SUNSTEIN: 1995, 63). Um segundo tipo de influência é mais imediatamente sentido na própria programação. Não estamos afirmando que essa relação sempre direta: há graus variados de independência editorial entre meios de comunicação e anunciantes, variando em função do tamanho do veículo, de sua saúde financeira e da importância relativa do anunciante. Mas não é plausível (e compatível com o senso de autopreservação econômica da direção do veículo) pensarmos que muitas vezes haja certo cuidado editorial para não ferir os interesses das empresas anunciantes? Uma emissora de televisão que tem bancos entre seus mais importantes anunciantes teria autonomia editorial para exibir um programa tratando das isenções fiscais ao sistema bancário? Ou, de forma mais indireta, o meio pode evitar abordar certos temas mais polêmicos ou desagradáveis aos quais a imagem do patrocinador pode ficar negativamente vinculada. Às vezes, procura-se atrair determinado grupo de ouvintes/telespectadores precisamente porque é esse o grupo visado pelos anunciantes (como é o caso de boa parte da programação infantil). Sunstein dá um exemplo: a emissora NBC fez um programa para a televisão sobre o caso que levou a Suprema Corte a legalizar a prática do aborto no país, o caso *Roe v. Wade*. Como sabemos, o debate sobre o aborto é um dos mais divisivos e de mais alta temperatura política nos EE. UU. Segundo Sunstein, vários patrocinadores recusaram-se a participar do financiamento do programa por temerem boicotes de grupos religiosos (SUNSTEIN, 1995: 64-5). Um mecanismo semelhante pode

levar emissoras e evitar abordar questões como a legalização das drogas, ou ainda a discriminação aos homossexuais. Owen Fiss acompanha Sunstein ao afirmar que o mercado “é uma estrutura de constrição” do debate público e que a regulação pública é necessária para “contrabalançar a distorção [atribuída ao mercado]” (FISS, 1996a: 39-40). A gravidade desse tipo de constrição imposta à discussão pública é a grande o suficiente para merecer ser chamada de alarmante. A incompatibilidade entre o mercado e a deliberação pública parece ser estrutural, já que as lógicas que regem ambos os processos são muito distintas. O mercado é regido pela lógica estratégica, enquanto a deliberação pública precisa ser embebida de igualdade política, respeito aos fatos, informação adequada e argumentos razoáveis (SUNSTEIN, 1995: 73). O fato de que grupos privados frequentemente tentem usar a política para perseguir seus interesses particulares (no que são muitas vezes bem-sucedidos) e que disparidades de poder sejam tão freqüentes não nos deve fazer abrir mão das aspirações democráticas.

Post adverte que as estruturas de “gerenciamento” do debate público que os coletivistas defendem contra as constrições do poder privado e do mercado podem revelar-se autoritárias, ao cabo de um tempo: “estruturas de controle adquirem vida própria, voltam-se contra a mão progressista que as constituiu e mordem-na” (POST, 1995: 288). Este é um tipo de advertência freqüente nessa discussão, recebendo o nome de *slippery-slope*, e pode ser reduzida de forma aproximada ao seguinte enunciado: a menor e mais inócua exceção ao princípio de liberdade, uma vez admitida, tende a expandir-se e a assumir formas menos inofensivas. Como diz Dworkin, o problema com este argumento é que ele ignora a habilidade dos legisladores (e, diria eu, de juízes) de valer-se de técnicas legislativas relativamente sofisticadas capazes de impedir que uma norma extrapole seus propósitos dessa forma (DWORKIN, 1996a: 204).

E se recorremos a um pouco de direito comparado, veremos que não há tanta razão para barulho: certas formas de regulação não são de modo algum incompatíveis com democracias bastante sólidas.¹⁵⁰ Na Dinamarca, na Noruega e na Suécia, por exemplo, não há publicidade comercial na televisão. A Austrália proíbe toda sorte de anúncios políticos

¹⁵⁰ Uma pequena nota de prudência talvez seja necessária aqui: ao mencionarmos outros modelos de regulação de esfera pública, não é nossa intenção recomendar a adoção de medidas idênticas. Nossa intenção é apenas a de ilustrar a compatibilidade (ou talvez a conexão) mais geral de uma esfera pública regulada com a solidez e a durabilidade das instituições democráticas.

na televisão. Na Grã-Bretanha, há dois canais públicos de TV (SUNSTEIN, 1995: 79-80), um dos quais, como sabemos, é um exemplo de êxito de emissora pública, a BBC (*British Broadcasting Corporation*).

A Alemanha --país em que um sistema de mídia eletrônica desregulamentada foi considerado incompatível com a garantia alemã de liberdade de expressão, presente na Constituição-- também fornece um modelo interessante de regulação da esfera pública. A Suprema Corte daquele país já escreveu sentenças com este conteúdo:

“O artigo 5 da Lei Fundamental contém mais do que o direito fundamental individual do cidadão a uma esfera de liberdade dentro da qual ele pode expressar sua opinião sem a interferência do Estado. (...) O artigo 5 exige sempre que esse moderno instrumento da opinião pública não seja posto nem nas mãos do Estado nem de nenhum grupo social particular. As emissoras devem assim organizar-se de forma tal que todos os interesses relevantes tenham a oportunidade de exercer influência sobre as instituições governamentais e de expressar-se na esfera pública (*Apud* SUNSTEIN, 77-8)¹⁵¹.

Em decisões posteriores, nos anos 70 e 80, a Corte afirmou que a Constituição “exige que o Estado regule as emissões de rádio e televisão. Tal regulação é necessária para garantir a liberdade”, uma vez que apenas a regulação pode garantir a “livre formação de opiniões”. O governo deve tentar “garantir que a diversidade de opiniões existentes encontre caminho nas emissões”, a despeito de o problema da escassez não mais existir:

“Não haveria certeza alguma de que as leis não-escritas do mercado produziram uma seleção na programação capaz de cumprir o que se esperava dos padrões da liberdade de imprensa (...). Devemos considerar o risco de que emissoras privadas excluam do processo de formação da opinião pública opiniões que enriqueceriam a deliberação pública, ou que os proprietários das emissoras e de recursos financeiros exerçam possam exercer influência dominante no processo de formação da opinião pública” (*Apud* SUNSTEIN, 1995: 79).

A Constituição portuguesa, por sua vez, garante a todos, (em seu artigo 37) “o direito de exprimir e divulgar livremente seu pensamento”¹⁵². Entretanto, no artigo 38º.4, essa liberdade é qualificada como “a independência dos órgãos de comunicação

¹⁵¹ Somos obrigados a citar aqui os trechos das sentenças da Suprema Corte alemã sob a mediação de Cass Sunstein, já que, apesar de termos tentado acessar as decisões, fomos impedidos de fazê-lo por nosso conhecimento inseguro e precário do idioma alemão.

¹⁵² Todas as citações da Constituição Portuguesa foram retiradas de CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA, 1990: 70-9

social perante o poder político e o poder econômico”. Ao Estado cabe tratá-las de forma “não-discriminatória” e impedir “sua concentração, designadamente através de participações múltiplas ou cruzadas”. Outras provisões obrigam ao estabelecimento de um serviço público de rádio e televisão, cuja estrutura e funcionamento “devem salvaguardar a sua independência perante o governo, a Administração e os demais poderes públicos, bem como assegurar a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião”. Uma outra norma (Artigo 38º. 7), posteriormente reformada, determinava originalmente que “a televisão não pode ser objecto de propriedade privada”. A Carta lusitana tem ainda um explícito dispositivo de acesso: o artigo 39 assegura os “direitos de antena, de resposta e de réplica política”, concedido por uma “Alta Autoridade para a Comunicação Social”, composto por um juiz apontado pelo Conselho Superior da Magistratura, que preside o Conselho, cinco membros do Parlamento, escolhidos de acordo com o sistema proporcional, três membros designados pelo governo, e quatro membros “representativos, designadamente, da opinião pública, da comunicação social e da cultura”. Esse conselho tem ainda a função de nomear diretores da rádio e da televisão públicas, bem como decidir sobre “o licenciamento pelo Governo de canais privados de televisão”. Finalmente, destacamos ainda que o direito de antena “no serviço público de rádio e televisão” é assegurado “de acordo com a sua representatividade e segundo critérios objetivos a definir por lei” a “partidos políticos, organizações sindicais, profissionais e representativas das actividades económicas”. A oposição não deixa de ser contemplada com uma norma específica:

“Os Partidos Políticos representados na Assembléia da República, e que não façam parte do governo, têm direito, nos termos da lei, a tempos de antena no serviço público de rádio e televisão, a ratear de acordo com a sua representatividade, bem como o direito de resposta e de réplica política às declarações políticas do Governo, de duração e relevo iguais aos dos tempos de antena e das declarações do governo.” (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA, 1990: 79).

Regras como essas parecem desmentir os piores temores dos defensores da versão profilática da democracia e endossar uma visão mais exigente do autogoverno coletivo, para a qual o tipo de interferência no debate público previsto pelo estabelecimento de limites ao dinheiro privado em campanhas políticas é perfeitamente compatível com a democracia, pois acredita-se que “cidadãos são melhor informados e mais responsáveis se

visões opostas lhes são apresentadas pelo mesmo difusor do que se eles têm de buscar as visões opostas por conta própria —e se assim o desejarem” (DWORKIN, 2000: 375). A qualificação de “exigente” ao padrão de democracia ao qual essa regra está vinculada se justifica pelo fato de que o tipo de consideração trazido pela demanda por uma esfera pública bem-regulada (nos termos em que vimos discutindo essa idéia aqui) não sobrevaloriza um único momento do processo democrático, como o *instante* decisório, mas considera relevantes também o *processo* pelo qual essa vontade coletiva é formada. Antes da decisão, há a deliberação, e ela deve ser justa, ou seja, deve ter havido um mínimo de oportunidades para que os cidadãos pudessem informar-se sobre os temas em discussão e deliberar sobre eles. É a deliberação pública que engendra o senso de participação necessária (mas não suficiente) para reconciliar a autonomia individual com a coletiva. Contudo, enquanto a questão da igualdade política no momento decisório é relativamente simples (e bastante mais objetivo), limitando-se basicamente à questão da atribuição de voto com o mesmo peso a todos os adultos, torna-se bastante mais complexa quando pensamos em mecanismos para garanti-lo nos estágios deliberativos pré-decisórios.¹⁵³ A primeira dificuldade está na relutância de parte da teoria democrática de aceitar que algum mecanismo de promoção da igualdade seja desejável. Como a igualdade entre os participantes não possui uma medida mensurável (ao contrário da simplicidade da demanda um homem, um voto), abrir a porta para a regulação governamental da discussão pública em nome da igualdade parece o mesmo que abrir a porta a interferências governamentais auto-interessadas e abusivas no sistema de liberdade de expressão que, sob o pretexto de promover a equidade entre os participantes e a diversidade de pontos de vista na esfera pública, poderiam pôr a perder o próprio sistema democrático. Por outro lado, se endossamos uma concepção de democracia extremamente desatenta às *circunstâncias* da deliberação, teremos de colocar o peso do teste de legitimidade política no momento em que o corpo coletivo manifesta sua vontade, isto é, no momento decisório. O problema é

¹⁵³ O processo deliberativo já apresenta *per se* uma série de problemas e dificuldades: os recursos temporais são limitados (afinal de contas, em algum momento é preciso deixar de deliberar e partir para a decisão), por exemplo, e é limitada também a capacidade que têm os debatedores se influenciarem mutuamente, uma vez que a deliberação não é apenas discussão racional: todo o processo político está eivado de componentes emocionais dos quais os participantes simplesmente não podem (ou não querem) abrir mão. Se o pressuposto de toda deliberação é certa abertura dos participantes aos argumentos dos outros, nem sempre os atores estão em condições de abrir mão de seus pontos de vista, mesmo em face de argumentos melhores apresentados por outrem.

que o momento de manifestação da vontade coletiva tende a enfatizar a dimensão unitária do *demos* em detrimento de sua dimensão plural.

Sob esse ponto de vista, dar atenção para considerações de equidade durante a deliberação é antípoda do entendimento rousseauiano do *demos* como um todo unívoco e sem rachaduras. A dimensão equitativa da deliberação

“não significa que cada cidadão deve ter exatamente a mesma influência sobre as mentes dos outros cidadãos. Alguns cidadãos terão mais influência do que outros porque são mais eloqüentes ou porque seus argumentos são mais poderosos, ou porque são mais conhecidos, ou porque são mais ativos politicamente, ou porque são admirados. A influência que se conquista com esses meios não é necessariamente ruim ou incompatível com a democracia entendida dessa forma. (...) Ela sim seria prejudicada se algum grupo de cidadãos não tem condições de apresentar suas convicções por não disporem de fundos para competir com doadores ricos e poderosos. Ninguém pode ser considerado um parceiro no projeto de autogoverno quando sua voz no debate político é calada por não poder pagar um preço de admissão grotescamente alto”. (DWORKIN, 2000: 364)

Há ambientes mais propícios à deliberação do que outros. Regulações cuja intenção é melhorar a democracia devem atacar os defeitos na *formação* da opinião pública. Qualquer reforma deve passar por um filtro, no entanto, dado por uma questão mais ou menos semelhante a esta: é possível pensar num arranjo institucional que dedique mais espaço à discussão política e promova a diversidade de pontos de vista sem causar dano aos princípios da Primeira Emenda? Essa pergunta precisa ser feita reiteradamente. Esperamos que alguns critérios para respondê-la possam ser encontrados aqui. De qualquer forma, o simples fato de que a pergunta seja feita já é uma vitória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alguien observará que la conclusión precedió sin duda a las “pruebas”. ¿Quién se resigna a buscar pruebas de algo no creído por él o cuya prédica no le importa?
Jorge Luis Borges, em “Tres versiones de Judas”

Ao longo desta tese, fizemos um esforço de transformar uma questão plantada no solo de uma realidade particular (temática, nacional e disciplinarmente) num problema de teoria política. A tensão entre particularidades e abstração teórica, no entanto, atravessa toda a tese, num equilíbrio precário. Não estamos certos de haver conseguido colocar esse equilíbrio no ponto em que o leitor esperava ou desejava encontrá-lo. Parte do que nos parece o acerto desta tese, contudo, reside precisamente no fato de ela se submeter a esse influxo simultâneo e contraditório de elementos generalizantes e particularizantes. Pensar sem fatos é tão infrutífero quanto pensar sem princípios, diz Meiklejohn (1961: 251).

Dessa forma, pedimos ao leitor que não ceda à tentação de ver neste trabalho mera e pitoresca curiosidade quanto à forma como um ordenamento jurídico estrangeiro trata as filigranas de uma liberdade qualquer. Nossa intenção aqui era a de chegar à formulação de alguns critérios e princípios normativos que nos auxiliassem a compreender a especificidade da liberdade de expressão como instrumento da vida democrática. Esperamos que esse objetivo tenha sido alcançado, em alguma medida, e que esta pesquisa tenha algo a dizer para uma compreensão mais precisa sobre o papel político da liberdade de expressão, sobre o desenho institucional mais adequado para protegê-lo e sobre o que vem a ser igualdade política. Na interpretação coletivista da liberdade de expressão, descobrimos, com surpresa e alegria, uma teorização da liberdade de palavra assentada no entendimento da deliberação como pluralidade radical e na *inventio* (no sentido de redescoberta) da isegoria grega.

Apesar de não termos discutido aqui os problemas específicos que constroem a efetivação de liberdade de palavra (tal como a entendemos) em nosso país, esperamos que este trabalho tenha condições de ser considerado uma contribuição normativa entre nós, brasileiros. Por isso, pedimos licença ao leitor para breves e poucos comentários, à luz das reflexões feitas nessa tese, sobre algumas controvérsias brasileiras recentes que tiveram no seu centro justamente o alcance e o sentido da liberdade de expressão.

Em primeiro lugar, devemos lembrar que a liberdade de discussão política é uma conquista bastante recente no Brasil: temos apenas 20 anos —ou pouco mais do que isso— de vigência da liberdade de palavra. Além de recente, essa liberdade é inédita. Em nosso entender, não se pode falar de liberdade expressão no Brasil antes da Constituição de 1988, já que mesmo nos intervalos anteriores de abertura democrática era frequente que comunistas, por exemplo, fossem banidos da discussão pública. Possivelmente é por ser novidade na vida institucional brasileira que a liberdade de palavra ainda não teve seus contornos adequadamente definidos.

Nesse contexto, nossa reivindicação —desenvolvida nesta tese— de que o significado central da liberdade de expressão é a proteção à discussão política pode ajudar-nos a lidar, por exemplo, com questões como a chocante frequência com que tribunais proíbem manifestações políticas que defendem a descriminalização de determinada conduta, sob o argumento de defender a descriminalização de condutas puníveis é o mesmo que incentivar a sua prática, e que portanto, a manifestação em questão se constitui ela própria em crime, sob o tipo penal “Apologia ao crime” (artigo 287 do Código Penal). Recentemente, em fins de abril de 2009, como acontece todos os anos já há algum tempo, organizou-se uma manifestação política (programada para ocorrer simultaneamente em várias cidades brasileiras) com o objetivo de protestar contra a criminalização do consumo e da comercialização da maconha (as chamadas “Marchas da Maconha”). Em oito cidades¹⁵⁴, no entanto, uma manifestação política de cidadãos desarmados foi judicialmente acossada e não pôde realizar-se sob o pretexto de que defender mudanças na lei e incitar alguém a praticar um crime são a mesma coisa. É preciso que fique claro que essa é uma compreensão equivocada e hipertrofiada do que constitui o tipo penal “apologia ao crime”, combinada com a compreensão atrofiada de direitos centrais para a vida democrática, como a liberdade de expressão. O direito de cidadãos desarmados de reunir-se, protestar e tentar convencer os demais cidadãos de que uma lei qualquer não é sábia ou apropriada é o mais elementar dos direitos políticos numa sociedade livre, aberta e que aspire ao auto-governo. Emascular esse direito é emascular a própria democracia. Se juízes continuam a impedir-nos de tentar convencer os demais cidadãos a mudar de idéia, toda a discussão pública sobre aborto, políticas contra as drogas, reforma agrária e proteção a direitos de autor (entre

¹⁵⁴ Até onde temos conhecimento, a manifestação não pôde ser realizada em Curitiba, São Paulo, Americana, Juiz de Fora, Goiânia, Salvador, Fortaleza e João Pessoa.

outros temas) pode ser inviabilizada. Isso é tanto mais assustador se temos em mente que os ataques ao direito de dissentir partem do Poder Judiciário, a quem se confia, no sistema institucional brasileiro, a tarefa de proteger um direito político tão elementar, se necessário contra eventuais maiorias legislativas ou contra um Executivo caprichoso.

Outro indício de que a centralidade que a discussão pública livre e robusta tem para a vida democrática ainda não foi devidamente compreendida são as freqüentes censuras de notícias, comentários e denúncias sobre agentes públicos, quer se trata de pessoas ou de instituições (como o próprio Judiciário) –com ordem judicial à mão-- sob a alegação de que a expressão viola a “honra” do agente público em questão e o difama. Mesmo a propaganda eleitoral partidária é costumeiramente silenciada com base nesse pretexto que, no contexto, é insólito. Ataques e acusações a partidos ou candidatos adversários são parte inseparável da disputa política numa democracia. Parece-nos que a lição de *Sullivan* precisa ser absorvida por nosso sistema constitucional: aceitar a supressão de críticas (bem como comentários ou acusações de qualquer tipo, mesmo que se trate de comentários aparentemente sem importância) a agentes públicos e políticos (incluindo aí partidos políticos e outras organizações) com semelhante facilidade representa uma forma de supressão da discussão pública incompatível com a liberdade política. Não que agentes públicos não possam buscar reparações para sua reputação indevidamente comprometida, mas o espaço para essa reparação ser buscada (e atendida) não pode ser idêntico ao de um cidadão sem proeminência na vida política. A justificativa para esse entendimento é a de que --usando uma metáfora freqüente no debate estadunidense--aqueles que escolhem ficar na cozinha não podem reclamar do calor do fogão. Essa é a lição --a nosso ver valiosa-- de *New York Times v. Sullivan*, que, como vimos no capítulo II, alterou a lei de difamação no sentido de aumentar as exigências para a concessão de reparação quando suas supostas vítimas fossem agentes públicos, eleitos ou não. Em primeiro lugar, o autor do comentário deixou de ter de provar a veracidade de sua acusação: o ofendido que ocupasse cargos públicos é que passou a ter ônus de provar não só a falsidade da mesma, mas também que seu acusador a fizera sabendo tratar-se de uma falsidade, ou que pelo menos agiu com “imprudente desprezo” pela veracidade ou falsidade da afirmação.

A gravidade dessas violações é tanto maior se tivermos em mente que se trata de censura prévia. No caso das manifestações em favor da liberação do consumo e venda da

maconha, não houve processamento criminal de seus participantes: houve impedimento de que a marcha ocorresse. O mesmo se pode dizer das liminares concedidas a homens públicos impedindo meios de comunicação de publicar essa ou aquela denúncia. Ou seja, trata-se de um tipo de compatibilização de direitos fundamentais vedado de modo absoluto por nossa Constituição, uma violação aberta da liberdade de expressão em sua dimensão defensiva.

No que se refere a essa dimensão, a Constituição foi bastante enfática (e até redundante) ao estabelecer que não se admite nenhum tipo de restrição de conteúdo ideológico ou político (exceto pela restrição ao racismo): No artigo 5º, declara que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato", que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". No artigo 220, repetiu-se que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação não sofrerão nenhuma restrição, e que nenhuma lei conterá dispositivo que possa embarçar a plena liberdade de informação jornalística, sendo vedada toda e qualquer censura "de natureza política, ideológica e artística".

É essa dimensão negativa e defensiva da liberdade de expressão que serviu de base à recente e festejada decisão do Supremo Tribunal Federal que, em resposta a uma arguição por descumprimento de preceito fundamental (APDF número 130) da Constituição ajuizada pelo deputado federal Miro Teixeira (PDT-RJ), declarou toda a lei de imprensa (lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967)¹⁵⁵ incompatível com a Constituição. A Corte decidiu anular toda a lei de imprensa (alguns artigos específicos da lei já haviam sido declarados inconstitucionais em fevereiro de 2008) com base no argumento de que uma imprensa livre não admite regulação alguma.

Consideramos a decisão da Corte equivocada. O problema não é o resultado imediato da decisão do STF, a declaração de inconstitucionalidade da agora defunta lei de imprensa que nos legaram os militares que se assenhoraram do país em 1964, lei que fazia galhofa da liberdade de palavra com requintes de cinismo. A questão parece ser a fundamentação teórica e constitucional que o STF alegou para fazê-lo. De acordo com o ministro Ayres Britto, que redigiu a decisão majoritária, a Constituição impede que o exercício da liberdade de imprensa seja condicionado ou restringido por qualquer norma

¹⁵⁵ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm

infraconstitucional. Isso não apenas contraria a letra e o espírito da Constituição brasileira: contraria a idéia --que vimos desenvolvendo nestas páginas-- de que uma esfera pública condizente com a democracia é uma esfera pública bem-regulada.

Entendida como instrumento da liberdade política, a liberdade de expressão deve ser entendida como uma proteção contra a censura, é verdade. Mas nossa argumentação foi no sentido de que uma esfera pública deliberativa e exuberante pode ser tolhida não apenas pelo machado da censura estatal, senão também pela arbitrariedade do poder privado. Assim, não existe algo como uma esfera pública sem limites. A questão é que tipo de lógica ou moralidade informa e justifica esses limites. Resolvido o problema da censura, a questão passa a ser a de uma escolha entre uma esfera pública regida unicamente pelos princípios de mercado e uma esfera pública regida por determinados princípios de justiça política.

Assim, a dimensão defensiva e negativa da liberdade de expressão não é absoluta, em nosso sistema constitucional. Os parâmetros das obrigações colocadas aos meios de comunicação social pela própria Constituição fizeram com que Gustavo Binembojm identificasse inclusive uma *Fairness Doctrine* de nível constitucional entre nós (BINEMBOJM, 2006: 285-91), com base na conclusão de que, ao mesmo tempo em que se baniou a censura oficial (exceto em casos de racismo), procurou-se garantir mecanismos para impedir o controle privado da informação, mesmo que ao custo de parte da autonomia editorial dos meios de comunicação social. A Constituição afirma, por exemplo, que há um direito à informação (artigo 5º, XIV). Ora, se o público tem o direito à informação, supõe-se que os meios de comunicação é que têm a obrigação de fornecê-la. Há portanto, a obrigação de cobrir temas controvertidos de interesse público; em segundo lugar, a Carta impõe que determinados princípios sejam observados nas transmissões televisivas e radiofônicas, como a preferência a atividades artísticas, culturais, educacionais e informativas, por exemplo. (art. 221). Em terceiro lugar, veda-se o estabelecimento de monopólios e oligopólios no campo das comunicações (artigo 220, parágrafo 5). Até mesmo o direito de resposta pode ser interpretado sob essa ótica: não se trata apenas de proteger a honra privada e a intimidade das pessoas, mas de garantir o direito do público de saber e de ter acesso a outras versões sobre determinado tema.

Interpretando a Constituição de 1988 com base nesses dispositivos específicos e com base nos princípios constitucionais da soberania popular e do pluralismo político e

social (princípios que têm caráter arquitetônico na Carta), Binembojm enxerga um direito de acesso aos meios de comunicação em nossa ordem constitucional. Estamos de acordo com Binembojm neste ponto, desde que fique claro que não se trata de um direito subjetivo e auto-aplicável. É perfeitamente possível entendermos que, em circunstâncias específicas, havendo grande desequilíbrio midiático de opiniões sobre determinada questão, a democracia não seria ameaçada se certo tempo de televisão fosse atribuído aos defensores da visão oposta. Imaginemos que o Congresso Nacional esteja a ponto de votar uma Emenda Constitucional capaz de alterar profundamente as regras que regem a desapropriação de terras improdutivas para efeitos reforma agrária. Já que estamos no terreno das hipóteses, imaginemos que a Emenda Constitucional em questão autorize a desapropriação sem indenização ao proprietário que se recusa a produzir. Imaginemos ainda que as principais redes de televisão, cadeias de rádio e jornais do país assumam-se como atores políticos (e não como palco de debate) da campanha contra nossa hipotética emenda constitucional. Seria legítimo, com controle e escrutínio judicial, atribuir uma parcela do tempo da televisão e do rádio a uma organização de defesa da reforma agrária? Em nosso entender, isso não seria apenas compatível com nossa ordem democrática. Seria um imperativo constitucional, imprescindível para impedir a captura do debate público por grupos de interesse.

Há espaço hermenêutico, portanto, para deduzir da Constituição algum grau de inclusividade nos meios de comunicação, mesmo que ao custo da limitação da autonomia editorial dos meios de comunicação. O problema da inclusividade coloca-se também na legislação capaz de interferir sobre os meios de comunicação chamados de “alternativos” (comunitários, cooperativos e associativos). É à luz de uma Constituição que valoriza o pluralismo político e a deliberação pública que devemos ver, por exemplo, a elevação de tarifas postais (que podem inviabilizar pequenos jornais e revistas) ou uma legislação demasiado repressiva para com rádios e televisões comunitárias. Binembojm propõe, que a clandestinidade das rádios comunitárias seja vista não como um problema de ilegalidade das emissoras, mas como uma questão de inconstitucionalidade por omissão do próprio poder público.

Expressões racistas, como dissemos, estão fora da proteção constitucional, e é possível que futuramente essa exclusão seja ampliada de modo a incluir outras formas de

expressões de ódio, como a homofobia. Dissemos que as expressões de ódio devem ser suprimidas na medida em que se vinculem a uma violação concreta de direitos de qualquer grupo ou que se reduzam a insultos dirigidos a minorias historicamente excluídas e discriminadas. Mas uma questão importante e que precisa ser incorporada à discussão brasileira sobre o tema da liberdade de expressão é a do *status* das freqüentes expressões de ódio dirigidas através das ondas de rádio não diretamente contra minorias raciais específicas, mas contra o sistema de proteção aos direitos humanos. Na medida em que essas expressões se vinculam ao clima geral de desrespeito aos direitos humanos pelas forças policiais brasileiras, podem essas expressões ser suprimidas ou penalizadas? Essa questão ainda está em aberto.

E é justamente no âmbito dos meios de comunicação social brasileiros é que estão alguns dos problemas mais graves de desrespeito à Constituição e de desconsideração dos princípios de moralidade política que defendemos ao longo desta tese. Podemos mencionar, a título de exemplo, a forma pouco transparente pela qual concessões de televisão e rádio são outorgadas; a renovação automática das concessões, a despeito do descumprimento sistemático de todos os princípios constitucionais por parte dos meios de comunicação; a oligopolização dos *mass media*; a relutância do Congresso Nacional em regulamentar os artigos 220, 221 e 223 da Constituição Federal e a ausência de um sistema público (não-comercial) de rádio e teledifusão de alcance nacional. Cumprir o que diz a Constituição quanto a estes pontos é matéria fundamental para realizar o que chamamos de dimensão isegórica da liberdade de expressão. Mas isto é matéria para outro trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALLEN, David. *Freeing the First Amendment: Critical Perspectives on Freedom of Expression*. Nova Iorque: NYU Press, 1995.
- AMAR, Akhil Reed. *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*. Yale University Press, 2000.
- _____. *America's Constitution – A Biography*. Nova Iorque: Random House, 2005.
- ARATO, Andrew & COHEN, Jean L. *Sociedad Civil y Teoría Política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- ARAUJO, Cícero. “Representação, retrato e drama”, in: *Lua Nova*, número 67, 2006.
- ARMSTRONG, Scott & WOODWARD, Bob. *Por Detrás da Suprema Corte*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de Azevedo. *Aplicação do Direito e Contexto Social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”, in: *Revista de Direito Administrativo* 225: 5-37. Rio de Janeiro, julho-setembro de 2001.
- BERLIN, Isaiah. “Introdução” in: *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Brasília: Editora da UnB, 1981.
- BINENBOJM, Gustavo. “Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil.”, in: CAMARGO, Marcelo Novelino (organizador). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*. (2ª edição). Salvador: JusPODIVM, 2006.
- BLASI, Vincent. “Free Speech and Good Character: From Milton to Brandeis to the Present”, in: BOLLINGER, L. C.; STONE, G. R. *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*. University Of Chicago Press, 2003.
- BOBBIO: Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, sexta edição Ed UnB, Brasília, 1995.
- BOLLINGER, Lee C. “The rationale of public regulation of the media”, in: LICHTENBERG, Judith. *Democracy and the Mass Media: A Collection of Essays*. Cambridge University Press, 1990.
- BORK, Robert H. *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. Nova Iorque: The Free Press, 1990.
- BRENNAN Jr., William J. “The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment”, in: *Harvard Law Review* 79 (1965): 1-20.
- CAENEGEM, R. C. van. *Uma Introdução histórica ao Direito Privado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- CHAFEE Jr., Zechariah. *Free Speech in the United States*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1967.
- COGAN, Marin. “Bum Rush”, in *The New Republic*, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.tnr.com/toc/story.html?id=68d07041-7dbc-451d-a18a-752567145610&p=1>
- COHEN, Joshua. “Freedom of Expression”, in: *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 22, número 3 (Verão de 1993), pp. 207-263.
- COMPARATO, Konder Fábio. “A democratização dos meios de comunicação de massa”, in: GRAU, Eros Roberto & GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional - Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Malheiros Editores: São Paulo, 2003.

DAHL, Robert. *How Democratic is the American Constitution?* New Haven: Yale University Press, 2002.

DEUTSCHER, Isaac. Trótski – O Profeta Armado (1879-1921). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

DIDEROT, “Supplément au Voyage de Bougainville, ou Dialogue entre A. et B. sur l’Inconvenient d’attacher des Idées morales à certaines Actions physiques qui n’em comportent pas”, in: *Oevres*. Paris: Gallimard, 1951.

DIONNE Jr., E. J. “Those Those Who Live in Glass Courthouses -- The real radicals are those who hold a majority on the Supreme Court”, in *The New Republic*, 13 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.tnr.com/politics/story.html?id=63a3f690-9b97-46a1-aa78-659ef7f8f124>

DUGGAN, Lisa; HUNTER, Nan e VANCE, Carole. “False Promises: Feminist Antipornography Legislation” in: JAKER, B.; HUNTER, N.; O’DAIR; ELLIS, K. *Caught Looking: Feminism, Pornography & Censorship*. 3.º ed. East Heaven: Longriver Books, 1992.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. “Why Must Speech be Free?”, in: *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Harvard University Press, 1996a.

_____. “Pornography and Hate”, in: *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Harvard University Press, 1996b

_____. “MacKinnon’s Words”, in: *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Harvard University Press, 1996c.

_____. “Bork: The Senate’s Responsibility”, in: *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Harvard University Press, 1996d.

_____. “What Bork’s Defeat Meant”, in: *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Harvard University Press, 1996e.

_____. “Bork’s Own Postmortem”, in: *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Harvard University Press, 1996f.

_____. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Harvard University Press, 2000.

_____. “Temos direito à pornografia?”, in: *Uma questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *The Supreme Court Phalanx: The Court's New Right-Wing Bloc*. New York Review Books, 2008.

EMERSON, Thomas I. “Pornography and the First Amendment: A Reply to Professor MacKinnon” in: *Yale Law and Policy Review* 130 (1984-1985)

FISK, Robert. “Offended by Shakespeare? Let's ban him”, in: *The Independent*, 8 de março de 2008, disponível em: <http://www.independent.co.uk/opinion/commentators/fisk/robert-fisk-offended-by-shakespeare-lets-ban-him-793167.html>

FISS, Owen. M. *Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*. Westview Press, 1996a.

FISS, Owen. *The Irony of Free Speech*. Harvard University Press, 1996b.

FORTUNA, Felipe. "John Milton e a Liberdade de Imprensa", in: MILTON, John. *Aeropagítica – Discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

GARGARELLA, Roberto. *Las Teorias de la Justicia después de Rawls – Un breve manual de Filosofía Política*. Barcelona: Paidós, 1999.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GORDON, Thomas & TRENCHARD, John. *Cato's Letters or Essays on Liberty, Civil and Religious, and Other Important Subjects : Four Volumes in Two*. 2.º ed. Liberty Fund Inc., 1995.

GOUREVITCH, Philip. *Gostaríamos de informá-lo de que amanhã seremos mortos com nossas famílias – Histórias de Ruanda*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

GRABER, Mark. *Transforming Free Speech -- The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*. Berkeley e Los Angeles: University of California Press, 1991.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMILTON, JAY, MADISON. *The Federalist Papers*. Londres: Penguin Books, 1987.

HIMY, Armand. "Paradise Lost as a republican 'tractatus theologico-politicus'". In: *Milton and Republicanism*. ARMITAGE, David, HIMY, Armand e SKINNER, Quentin (organizadores). Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOLMES, Stephen. "Liberal Constraints on Private Power?: reflexions on the origins and rationale of access regulation", in: LICHTENBERG, Judith. *Democracy and the Mass Media: A Collection of Essays*. Cambridge University Press, 1990.

IRONS, Peter. *A People's History of the Supreme Court: The Men and Women Whose Cases and Decisions Have Shaped Our Constitution Revised Edition*. Edição revista. Penguin (Non-Classics), 2006.

JAKER, B.; HUNTER, N.; O'DAIR; ELLIS, K. *Caught Looking: Feminism, Pornography & Censorship*. 3.º ed. East Heaven: Longriver Books, 1992.

JEFFERSON, Thomas. *Writings*. Nova Iorque: Penguin, 1984.

KALVEN, Harry. J. *A worthy tradition; freedom of speech in America*. Edited by Jamie Kalven. 1988.

_____. *Jefferson: Political Writings*. Cambridge University Press, 1999.

KEANE, John. *The Media and Democracy*. Cambridge (Reino Unido): Polity Press, 1991.

KETCHAM, R. *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates*. Signet Classics, 2003.

KRAMNICK, Isaac, "Editor's Introduction" in: MADISON, James, HAMILTON, Alexander and JAY, John. *The Federalist Papers*. Londres: Penguin Books, 1987.

KRAMNICK, I.; MOORE, R. L. *The Godless Constitution: A Moral Defense of the Secular State*. Updated ed. W. W. Norton, 2005.

LAZARE, Daniel. *The Velvet Coup – The Constitution, the Supreme Court and the Decline of American Democracy*. Londres/Nova Iorque: Verso, 2001.

LEVINSON, Sanford. "The Embarrassing Second Amendment", in: *99 Yale Law Journal*, 637, 637-42 (1989).

LEWIS, Anthony. *Make No Law: The Sullivan Case and the First Amendment*. Vintage, 1992.

- _____. *Freedom for the Thought That We Hate: A Biography of the First Amendment*. Nova Iorque: Basic Books, 2007.
- LICHTENBERG, Judith. "Foundation and limits of freedom of the press", in: LICHTENBERG, Judith. *Democracy and the Mass Media: A Collection of Essays*. Cambridge University Press, 1990.
- MACKINNON, C. A. "The Sexual Politics of the First Amendment", in: *Feminism Unmodified*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1987.
- _____. *Toward a Feminist Theory of the State*. Harvard University Press, 1991.
- _____. *Only Words*. Harvard University Press, 1993.
- MADISON, James. *Writings*. Nova Iorque: Penguin, 1999.
- MANIN, Bernard. *The principles of representative government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *Comentários Sobre a Primeira Década de Tito Lívio*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.
- MARX, Karl. *A Questão Judaica*. São Paulo, Edições Moraes, 1991.
- MATSUDA, Mari. J.; LAWRENCE III, C. R. L.; DELGADO, Richard.; CRENSHAW, Kimberlè. W. *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, And The First Amendment*. Westview Press, 1993.
- MEIKLEJOHN, Alexander. *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, 1948. Disponível em <<http://digital.library.wisc.edu/1711.dl/UW.MeikFreeSp>>.
- _____. "The First Amendment is an Absolute", *Supreme Court Review* (1961): 245-266.
- _____. "The Freedom of the Electorate", in: *Political Freedom – The Constitutional Powers of the People*. Oxford University Press, 1972.
- MICHELMAN, Frank. "Concepts of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation", in: *Tennessee Law Review*, vol. 56, número 291 (1989).
- MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1991.
- MILTON, John. *Aeropagítica – Discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.
- NASCIMENTO, Sebastião. *Seja qual for a língua, a liberdade não admite discriminação*. Mimeo, 2007.
- O'BRIEN, D. M. *Constitutional Law and Politics - Volume 2*. 6.^a ed. Nova Iorque: W. W. Norton, 2005.
- OSTERTAG, B. *People's Movements, People's Press : The Journalism of Social Justice Movements*. Beacon Press, 2006.
- POST, Robert C. "Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse", in: *Constitutional Domains – Democracy, Community, Management*. Londres: Harvard University Press, 1995a.
- POST, Robert C. "The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation and *Hustler Magazine v. Falwell*", in: *Constitutional Domains – Democracy, Community, Management*. Londres: Harvard University Press, 1995b.
- RABBAN, David M. *Free Speech in Its Forgotten Years, 1870-1920*. Cambridge University Press, 1997.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

- _____. *Justiça como equidade – uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Considerações sobre o governo da Polônia e sua reforma projetada*. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- SAER, Juan José. “Prólogo”, in: BENEDETTO, Antonio Di. *Zama*. Barcelona, AGEA, 2000.
- SCANLON, T. M. “A Theory of Freedom of Expression”, in: *The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy*. Cambridge University Press, 2003a.
- _____. “Freedom of Expression and Categories of Expression”, in: *The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy*. Cambridge University Press, 2003b.
- SMITH, Bradley A. *Unfree Speech: The Folly of Campaign Finance Reform*. Princeton University Press, 2001.
- SNITOW, Ann. “Retrenchement vs. Transformation – The politics of the antipornography movement”, in: JAKER, B.; HUNTER, N.; O’DAIR; ELLIS, K. *Caught Looking: Feminism, Pornography & Censorship*. 3.º ed. East Heaven: Longriver Books, 1992.
- STRAUSS, David. A., “Freedom of Speech and the Common-Law Constitution”, in: BOLLINGER, L. C.; STONE, G. R. *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*. University of Chicago Press, 2003.
- STREETER, Thomas. “Free Speech, Language and the Rule of Law” in: ALLEN, David. *Freeing the First Amendment: Critical Perspectives on Freedom of Expression*. Nova Iorque: NYU Press, 1995.
- SUNSTEIN, Cass R. *The Partial Constitution*. Harvard University Press, 1993.
- _____. *Democracy and the Problem of Free Speech*. Free Press, 1995.
- SUPLICY, Marta. “Sobre Pornografia”, in: *Reflexões sobre o Cotidiano*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1996.
- TRIBE, Laurence H.; DORF, M. C. *On Reading the Constitution*. Harvard University Press, 1993.
- TRIBE, L. H. *American Constitutional Law* (volume 1). 3.º ed. Nova Iorque: West Publishing Company, 1999.
- TRIBE, Laurence H. *The Invisible Constitution*. Oxford University Press, 2008.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América* (vol. 1). São Paulo: Martins Fontes.
- VEYNE, Paul. “O Império Romano”, in: VEYNE, Paul (org.). *História da Vida Privada, volume I --Do Império Romano ao Ano Mil*. São Paulo, Companhia das Letras, 2009.
- WALZER, Michal. *Esferas da Justiça – Uma defesa do pluralismo e da igualdade*: São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Observação: todos os endereços eletrônicos citados nesta tese foram testados e acessados pela última vez em meados de julho de 2009.

Estados Unidos

Legislação citada:

“The Constitution of the United States of America”

Lei contra a Sedição (*Sedition Act*) de 1798.

Lei dos Estrangeiros (*Alien Act*) de 1798.
Lei Comstock (*Comstock Act*) de 1873
Lei Tillman (*Tillman Act*) de 1907
Lei contra a Espionagem (*Espionage Act*) de 1917 (emendada em 1918)
Lei Smith (*Smith Act*) de 1940
Federal Election Campaign Act, de 1971
Election Act Amendment, de 1974
The Minneapolis Antipornography Ordinance
Lei de Proteção à Bandeira (*Flag Protection Act*) de 1990
McCain–Feingold Act (2002)

Decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos citadas:

Marbury v. Madison 5 U. S. 137 (1803)
United States v. Hudson and Goodwin, 11 U.S. 32 (1812)
Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)
Patterson v. Colorado 205 U. S. 454 (1907)
Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919)
Frohwerk v. United States, 249 U. S. 204 (1919)
Abrams v. United States 250 U. S. 616 (1919)
Schaefer v. United States 251 U. S. 468 (1920)
Pierce v. Unites States 252 U. S. 239 (1920).
Gitlow v. New York 268 US 652 (1925)
Whitney v. California, 274 U. S. 357 (1927)
United States v. Schwimmer, 279 US 644 (1929)
Stromberg v. Califórnia 283 U. S. 359 (1931)
Near v. Minnesota 283 U. S. 697 (1931).
Grosjean v. American Press Co. 297 U. S. 233 (1936).
DeJonge v. Oregon 299 U. S. 353 (1937)
Herndon v. Lowry 301 U. S. 242 (1937)
Cantwell v. Connecticut, 310 U. S. 296 (1940)
Chaplinsky v. State of New Hampshire, 315 U. S. 568 (1942)
Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944)
Dennis v. United States 342 U. S. 494 (1951)
Beauharnais v. Illinois, 343 U. S. 250 (1952)
Butler v. Michigan, 352 U. S. 380 (1957)
Sweezy v. New Hampshire 354 U. S. 234 (1957)
Roth v. United States 354 U.S. 476 (1957)
Barenblatt v United States 360 U. S. 109 (1959)
Yates v. United States 354 U. S. 298 (1957).
Torcaso v. Watkins, 367 US 488 (1961)
New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)
Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184 (1964)
Cox v. Louisiana, 379 U. S 536, 575-578 (1965)
Lamont v. Postmaster General 381 U. S. 301 (1965).
Bond v. Floyd 385 U. S. 116 (1966)
Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. FCC, 395 U.S. 367 (1969)
Brandenburg v. Ohio, 395 U. S 444 (1969)

Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education 402 U.S. 1 (1971)
Cohen v. Califórnia, 403 U.S. 15 (1971)
New York Times v. United States 403 U. S. 713 (1971)
CBS V. Democratic National Comittee, 412 U.S. 94 (1973)
Miller v. California , 413 U.S. 15 (1973)
Miami Herai publishing Company v. Tornillo 418 U.S. 241 (1974)
Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976)
First National Bank of Boston v. Belotti, 435 U. S. 765 (1978).
Pacific Gas & Electrict Co. v. Public Utilities Commission , 475 U. S. 1 (1986)
Hustler Magazine, Inc. v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988)
Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989)
United States v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990)
R. A. V. v. City of Saint Paul, Minnesota, 505 U.S. 377 (1992)
Tuner Broadcasting System, Inc. v. Federal Communications Commission, 512 U.S. 622 (1994)
Turner Broadcasting System, Inc. v. Federal Communications Commissions, 520 U.S. 180 (1997)
Virginia v. Black, 538 U. S. 343 (2003)
Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)

Decisões judiciais de instâncias inferiores:

Masses Publishing Co. v. Patten 244 Fed. 535 (S. D. N. Y., 1917).

United States v. Rose Pator Stokes, Bull. 106 (Mo. 1918), revd. In 164 Fed. 18 (C.C. A. 8th, 1920)

Collin v. Smith, 578 F.2d 1197 (1978)

American Booksellers Association, Inc., et al., Plaintiffs-appellees, v. William H. Hudnut, Iii, Mayor, City of Indianapolis, et al., defendants-appellants, 771 F. 2d 323 (U. S. Court of Appeals, Seventh Circuit)

Doe v. Michigan 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich 1989)

Grã-Bretanha:

Fox Libel Act de 1792

Lei britânica sobre as relações raciais (Race relations Act)

Canadá

Canadian Charter of Rights and Freedoms

Decisões da Suprema Corte do Canadá citadas:

Regina v. Keegstra, 3SCR 697 (1990)

Regina v. Butler 1 SCR 452 (1992)

Portugal

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA – 2ª Revisão Constitucional.
Editorial Notícias: Lisboa, 1990.

Brasil

BRASIL. Constituição (1988). (42ª edição) São Paulo: Saraiva, 2009

lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (lei de Imprensa)

Lei 7716, de 5 de Janeiro de 1989

Projeto de Lei 5003/2001