

negações apresentadas. (Foi isso, no fim das contas, que o júri do caso *Sharon* efetivamente concluiu – embora o tenha feito, é certo, com a ajuda do relatório do juiz Kahan sobre os documentos de sua comissão.)

Assim, é possível que também o processo *Sharon* jamais tivesse acontecido; nesse caso, as regras hipotéticas teriam poupado muitas despesas e muitos esforços ao nosso poder judiciário. Além disso, o imenso talento e a energia ilimitada de Renata Adler, bem como seu estilo provocativo e mordaz, teriam sido postos a serviço de causas que, tenho certeza, seriam muito mais nobres.

26 de fevereiro de 1987

## 8. Por que a liberdade de expressão?

Mesmo entre as democracias, os Estados Unidos se destacam pelo grau extraordinário em que sua Constituição protege a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa. A grande decisão que a Suprema Corte tomou em 1964, no caso *New York Times vs. Sullivan*, é um dos elementos centrais desse esquema constitucional de proteção<sup>19</sup>. Segundo a Primeira Emenda à Constituição, o Estado “não pode elaborar nenhuma lei... que limite a liberdade de expressão ou a liberdade de imprensa”. Na decisão *Sullivan*, a Corte afirmou que, a partir desse dispositivo constitucional, se conclui que nenhum servidor público ou ocupante de cargo público pode ganhar uma ação contra a imprensa, a menos que prove não só que a acusação feita contra ele era falsa e nociva, mas também que o órgão de imprensa fez essa acusação com “malícia efetiva” – que os jornalistas não só foram descuidados ou negligentes ao fazer as pesquisas para a reportagem, mas que também a publicaram sabendo que ela era falsa ou com “temerária desconsideração” (*reckless disregard*) pela veracidade ou falsidade das informações ali contidas. A decisão da Suprema Corte impôs esse pesadíssimo ônus de prova somente aos servidores públicos; deu liberdade às pessoas particulares para receber indenizações por perdas e danos de acordo com as leis estaduais, que tra-

19. 376 U.S. 254 (1964).

dicionalmente dão ganho de causa aos queixosos que se limitam a provar que as afirmações feitas a respeito deles são falsas e nocivas.

A decisão da Corte liberou a imprensa para fazer investigações e publicar reportagens sem o medo "paralisante" de que um júri pudesse aproveitar um erro factual ou um lapso jornalístico para determinar uma indenização por calúnia e difamação que levasse à bancarrota o órgão de imprensa em questão. A regra *Sullivan* fez com que a imprensa norte-americana passasse a usar de muito menos cautela para criticar os ocupantes de cargos públicos do que a imprensa britânica, por exemplo, uma vez que, no Reino Unido, as personalidades públicas têm o hábito de processar jornais e ganhar grandes indenizações na justiça<sup>20</sup>. Dificilmente a investigação de Watergate e outras denúncias semelhantes teriam sido possíveis se a Corte não tivesse adotado uma regra como a regra *Sullivan*. Mas, como esclarece Anthony Lewis em *Make No Law*, seu fascinante livro sobre aquele processo, a decisão de *New York Times vs. Sullivan* teve uma importância ainda mais abrangente, pois o juiz Brennan, no voto acompanhado por toda a Corte, redefiniu as premissas fundamentais da Primeira Emenda numa linguagem que afetou não só as leis que regem os processos por calúnia e difamação, mas também todo o direito relacionado à Primeira Emenda de modo geral. Daqui a pouco vou defender a idéia de que, pelo que sabemos hoje, essa redefinição não foi tão bem-sucedida quanto poderia ter sido; mas, de qualquer maneira, o voto de Brennan dá a moderna fundamentação do direito de liberdade de expressão nos Estados Unidos.

20. Numa decisão notável tomada em 15 de abril de 1992, a juíza Shirley Fingerhood, da Suprema Corte do Estado de Nova York, Manhattan, recusou-se a aceitar uma condenação por calúnia e difamação passada no Reino Unido contra uma agência de notícias de Nova York, afirmando que a aceitação de uma decisão estrangeira tomada sob uma lei de imprensa que não conta com as proteções da Primeira Emenda faria diminuir a liberdade de imprensa nos Estados Unidos. Se a decisão dela for confirmada, aumentará substancialmente a liberdade das publicações norte-americanas distribuídas no estrangeiro.

No dia 29 de março de 1960, o *New York Times* publicou um anúncio de página inteira intitulado "Ouvi as vozes que se alteiam" no qual se descrevia o tratamento dado pela polícia do Alabama a crianças negras que faziam um protesto. O anúncio continha alguns erros factuais. Dizia que alguns estudantes negros de Montgomery haviam sido expulsos da escola depois de cantar "My Country 'Tis of Thee" nos degraus da sede da assembléia legislativa estadual, ao passo que, na verdade, eles haviam sido expulsos depois de realizar um protesto pacífico no restaurante do tribunal; dizia ainda que o refeitório dos estudantes havia sido trancado para que fossem "reduzidos à submissão pela fome", o que aparentemente não era verdade. L. B. Sullivan, servidor público e chefe da guarda municipal de Montgomery, alegou que o anúncio seria entendido como uma crítica a ele, embora não fosse mencionado pessoalmente, e faria mal à sua reputação. Processou assim o *Times* num tribunal do Alabama. Depois de um julgamento em que o juiz ordenou a segregação do público presente e louvou a "justiça do homem branco" levada ao país pela "raça anglo-saxônica", um júri composto exclusivamente por brancos, cujos nomes e fotografias haviam sido publicados no jornal local, decidiu por unanimidade que Sullivan de fato havia sido objeto de calúnia e difamação pela imprensa e lhe concedeu uma indenização compensatória e punitiva de 500.000 dólares. O *Times*, por fim, apelou à Suprema Corte.

Se o veredicto tivesse sido confirmado, o *Times* teria sido gravemente prejudicado e poucos jornais de abrangência nacional ousariam publicar qualquer notícia que envolvesse a questão da raça e que pudesse vir a ser considerada caluniosa por um júri do sul do país. Por isso, é de presumir que a Suprema Corte estivesse ansiosa para reverter a decisão do Alabama. Porém, os antecedentes jurídicos não eram auspiciosos.

Lewis faz um resumo da história constitucional da liberdade de expressão nos Estados Unidos desde a adoção da Primeira Emenda, no século XVIII, até a véspera da deci-

são do caso *Sullivan*. Ao longo da maior parte desse período, o que se pensava era que a Primeira Emenda declarava um princípio bastante limitado e portanto oferecia aos cidadãos uma proteção bastante limitada. O jurista inglês William Blackstone, do século XVIII, que os advogados norte-americanos tinham na conta de oráculo do direito consuetudinário, declarou que, nessa tradição, o direito de liberdade de expressão só tinha força contra o que se chamava de "restrição prévia". Blackstone dizia que o Estado não podia impedir os cidadãos de publicar o que bem entendessem, mas era livre para puni-los *depois* da publicação caso a matéria publicada fosse afrontosa ou perigosa. Era essa a tradicional concepção britânica da liberdade de expressão: o próprio John Milton, que movera uma campanha ferina contra a restrição prévia no famoso ensaio *Areopagítica*, insistia em que toda expressão de desrespeito para com a Igreja, depois de publicada, poderia e deveria ser punida "pelo fogo e pelo carrasco".

Os federalistas norte-americanos entendiam a liberdade de expressão da mesma maneira. Em 1798, adotaram a Lei de Sedição, que punha na categoria de crime a publicação intencional de informações "falsas, escandalosas e maliciosas" sobre o Presidente ou os membros do Congresso. Embora Madison fosse de opinião de que a Lei de Sedição violava a Primeira Emenda e Jefferson tenha perdoado a todos que foram condenados por essa lei durante o seu mandato presidencial, a idéia de que só a "restrição prévia" era proibida continuou sendo a interpretação predominante da Primeira Emenda por mais de um século. Oliver Wendell Holmes, cujos famosos votos divergentes depois ajudaram a enterrar para sempre essa concepção, adotou-a em 1907 para corroborar a condenação por desacato à autoridade de um editor que criticara um juiz. Na ocasião, Holmes disse que o objetivo principal da Primeira Emenda era proibir a restrição prévia, e acrescentou que até mesmo afirmações verdadeiras poderiam ser punidas caso se mostrassem danosas para o processo judicial.

Na época da Primeira Guerra Mundial, porém, alguns juízes e estudiosos já haviam adotado a opinião de Madison, reagindo, talvez, a uma onda de processos movidos em função da Lei de Espionagem de 1917, que considerava crime o ato de "tentar causar... a recusa do cumprimento do dever no exército ou na marinha". Lewis descreve essa mudança com um entusiasmo reverente. Os primeiros heróis do livro são Learned Hand, então juiz de um tribunal federal distrital, que escreveu um voto brilhante (e imediatamente negado) para o caso *Masses*<sup>21</sup>, no qual afirmava que a Primeira Emenda impedia o processo de uma revista cujas caricaturas ridicularizavam a guerra e o recrutamento militar; e Zechariah Chafee, professor de direito em Harvard que escreveu numa revista de direito um famoso artigo no qual defendia a tese de que a Primeira Emenda tinha a intenção de abolir toda censura política, com exceção da incitação direta ao cometimento de atos ilegais.

Holmes, cujo ceticismo o fazia relutar em reverter qualquer decisão legislativa, demorou um pouco mais para se converter; mas, quando isso aconteceu, foi como um leão. Seu grandioso voto divergente no caso *Abrams*, que declarava que a Constituição nos compromete com um "experimento" baseado no pressuposto de que "a melhor prova da verdade é o poder do pensamento de se fazer aceito na competição do mercado", tornou-se uma das duas afirmações clássicas da liberdade de expressão antes de *Sullivan*<sup>22</sup>. A outra foi o voto cuidadoso, comovente e otimista de Louis Brandeis no caso *Whitney*, concordando com a recusa da Corte em reverter a condenação de Anita Whitney por apoiar os Wobblies<sup>23</sup>.

Na década de 1960, os grandes pareceres de Holmes e Brandeis já estavam dentro da ortodoxia. A antiga idéia de que a Primeira Emenda só condenava a restrição prévia ha-

21. *Masses Publishing Company vs. Pattern*, 244 F. 535 (1917).

22. *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

23. *Whitney vs. California*, 274 U.S. 357 (1927).

via sido substituída pela concepção muito diferente que se resumia na famosa fórmula de Holmes: que o Estado só poderia castigar o discurso político quando este impusesse um "perigo evidente e imediato" (*clear and present danger*) à sociedade. Porém, no decorrer de todo esse período revolucionário, a Suprema Corte tomara o cuidado de deixar bem claro que nem *toda* a expressão seria beneficiária dessa proteção. Em *Chaplinsky vs. New Hampshire*, por exemplo, em que a Corte disse que a Primeira Emenda não protegia os "gritos de guerra" que provocavam a violência imediata, os juízes acrescentaram também que a Primeira Emenda não se aplicava à obscenidade e às ações particulares de compensação por calúnia e difamação<sup>24</sup>.

Esta última exceção parecia especialmente segura. O objetivo histórico da lei da calúnia não era o de censurar ou castigar a expressão da opinião, mas de deixar que os cidadãos atingidos resgatassem sua reputação. Essas ações eram regidas pela legislação estadual, e não era a Suprema Corte, mas sim os tribunais estaduais que determinavam em última instância qual era a lei do estado e como esta deveria ser aplicada. Porém, o veredicto dado pelo júri do Alabama mostrou que as ações privadas de indenização por calúnia e difamação podiam ser usadas para restringir a liberdade de imprensa em assuntos políticos de primeira importância; e Herbert Wechsler, erudito professor da faculdade de direito da Universidade Colúmbia, que o *Times* contratara para apresentá-lo perante a Corte, decidiu fazer a alegação revolucionária de que a Primeira Emenda, afinal de contas, se aplicava também à legislação estadual sobre a calúnia. A Corte aceitou essa alegação por unanimidade<sup>25</sup>, Brennan elaborou-a no seu histórico voto e assim nasceu a regra *Sullivan*.

24. 315 U.S. 568 (1942).

25. Brennan, porém, só falava em nome de seis juízes. Três outros – os juízes Black, Douglas e Goldberg – votaram para tornar absoluta a proteção da imprensa contra os processos por calúnia e difamação: por eles, um ocupante de cargo público não poderia entrar com uma ação compensatória mesmo que pudesse provar a malícia efetiva do órgão de imprensa.

O próprio Lewis foi o criador do gênero literário em que escreve. No começo de sua carreira de jornalista, passou um ano na faculdade de direito de Harvard com uma bolsa Nieman e depois passou a cobrir a atividade da Suprema Corte para o *New York Times*, ganhando seu segundo Prêmio Pulitzer e elevando a qualidade da reportagem sobre a Suprema Corte a um nível mais alto de sofisticação jurídica. Em 1964 escreveu *Gideon's Trumpet*, sobre o caso *Gideon vs. Wainwright*, em que a Suprema Corte fundamentou o direito constitucional dos cidadãos pobres acusados de um delito a um advogado nomeado pelo Estado.

*Make No Law* é melhor ainda. Lewis se preocupa especialmente com a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa. Foi ele que por muitos anos deu os cursos básicos sobre esses temas na faculdade de direito de Harvard e que agora os leciona na faculdade de direito de Colúmbia como ocupante da Cátedra James Madison. Escreveu diversos artigos importantes sobre o tema, publicados em revistas especialmente consagradas à ciência do direito. Sua explicação de como é elaborado um complexo voto oficial e do processo singular pelo qual um juiz redige um voto que pode ser assinado por diversos outros juízes é em si mesma uma contribuição significativa à teoria constitucional. Mas, além de ver esse assunto sob o prisma de um especialista em direito, Lewis também o vê na qualidade de jornalista e historiador, e sua prosa é lúcida, confiante e dramática. *Make No Law* é um livro empolgante que conta um episódio empolgante da nossa história.

O caso *Sullivan* entrou para a história não só porque nele foi revisto o direito constitucional sobre a calúnia e a difamação, mas também porque a linguagem e as imagens de Brennan passaram a definir todo o conjunto do direito relacionado à Primeira Emenda. Mas por mais nobre que seja o seu voto, ele não expõe uma base intelectual completa para esse campo do direito. Para explicar por que o voto foi incompleto, tenho de tratar de um assunto controverso de teoria constitucional.

Como os demais grandes dispositivos da Declaração de Direitos, a Primeira Emenda é extremamente abstrata. Só pode ser aplicada a casos concretos quando se atribui algum *objetivo* geral à garantia abstrata de “liberdade de expressão e liberdade de imprensa”. Não se trata somente de perguntar qual era a finalidade que tinham em vista os estadistas que escreveram, debateram e adotaram a Primeira Emenda. Os advogados e juízes de nossos dias têm de encontrar uma justificação política da Primeira Emenda que abarque a maior parte da prática constitucional a ela relacionada, inclusive as decisões passadas da Suprema Corte, e que também nos forneça uma justificativa convincente para o fato de a liberdade de expressão ocupar um lugar tão especial e privilegiado entre nossas garantias de liberdade.

A antiga explicação blackstoniana que exercia fortes atrativos sobre muitos autores da Primeira Emenda – a idéia de que o único objetivo dessa emenda seria o de proteger a imprensa de qualquer restrição prévia – já está obsoleta. Qual a nova explicação, capaz de justificar a proteção muito mais ampla que hoje se relaciona à Primeira Emenda, que deve tomar-lhe o lugar? Trata-se de uma questão de importância crucial, pois é a compreensão que os juízes têm do objetivo da proteção da liberdade de expressão que vai orientar as decisões que eles tomam em casos difíceis e controversos – casos que tratam, por exemplo, de até que ponto o direito à liberdade de expressão se aplica à expressão não-política, como a arte, a propaganda ou a pornografia, ou até que ponto esse direito se coaduna com as limitações legais ao financiamento de campanhas políticas, ou ainda se a Primeira Emenda protege a expressão sexista ou racista.

Os advogados e juristas constitucionais propuseram muitas justificativas diferentes para o dispositivo da liberdade de expressão e liberdade de imprensa. A maioria delas, porém, se enquadra numa ou noutra de duas grandes categorias. Na primeira categoria, a liberdade de expressão tem uma importância *instrumental*, ou seja, não é importante porque as pessoas têm o direito moral intrínseco de dizer o

que bem entenderem, mas porque a permissão de que elas o digam produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade. Diz-se que a liberdade de expressão é importante, por exemplo, porque, como declarou Holmes no famoso parecer discordante do caso *Abrams*, há de ser mais fácil descobrir a verdade e a falsidade na política e optar-se por bons cursos de ação pública quando a discussão política for livre e desimpedida. Ou senão pela razão sublinhada por Madison: a liberdade de expressão ajuda a proteger o poder de autogoverno do povo. Alega-se ainda uma razão mais terra-a-terra: o governo tende a se tornar menos corrupto quando não tem o poder de punir aqueles que o criticam. Segundo essas diversas concepções instrumentais, o compromisso especial dos Estados Unidos com a liberdade de expressão se baseia na adoção de uma estratégia especial por parte do país, uma espécie de aposta coletiva na idéia de que, a longo prazo, a liberdade de expressão nos fará mais bem do que mal.

O segundo tipo de justificação da liberdade de expressão pressupõe que ela é importante não só pelas conseqüências que tem, mas porque o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial ou “constitutivo” de uma sociedade política justa. Essa exigência tem duas dimensões. Em primeiro lugar, as pessoas moralmente responsáveis fazem questão de tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé. O Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis. Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la.

Para muita gente, a responsabilidade moral tem um outro aspecto, um aspecto mais ativo: seria a responsabilidade não só de constituir convicções próprias, mas também de expressá-las para os outros, sendo essa expressão movida pelo respeito para com as outras pessoas e pelo desejo ardente de que a verdade seja conhecida, a justiça seja feita e o bem triunfe. O Estado frustra e nega esse aspecto da personalidade moral quando impede que certas pessoas exerçam essas responsabilidades, justificando o impedimento pela alegação de que as convicções delas as desqualificam. Na mesma medida em que o Estado exerce o domínio político sobre uma pessoa e exige dela a obediência política, não pode negar nenhum desses dois aspectos da responsabilidade moral da pessoa, por mais odiosas que sejam as opiniões que esta decida ponderar ou propagar. Não pode fazê-lo do mesmo modo pelo qual não pode negar-lhe o direito de votar. Se o Estado faz isso, abre mão de um aspecto substancial da sua reivindicação de poder legítimo. Quando o Estado proíbe a expressão de algum gosto ou atitude social, o mal que ele faz é tão grande quanto o de censurar o discurso explicitamente político; assim como os cidadãos têm o direito de participar da política, também têm o direito de contribuir para a formação do clima moral ou estético.

É claro que as justificações instrumental e constitutiva da liberdade de expressão não excluem uma à outra<sup>26</sup>. John Stuart Mill defendeu ambas em seu ensaio *Sobre a liberdade*. O mesmo fez Brandeis no seu parecer para o caso *Whitney*, o qual é notável pela inteligência e pela amplitude: disse que "aqueles que conquistaram nossa independência acre-

26. Ver dois importantes artigos escritos por Thomas Scanlon, filósofo de Harvard. No primeiro, "A Theory of Freedom of Expression", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1 (1972), p. 204, ele desenvolve um argumento kantiano em favor da justificação constitutiva. No segundo, "Freedom of Expression and Categories of Expression", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 40 (1979), p. 519, que é em parte uma crítica do primeiro, ele sublinha o caráter complexo de qualquer explicação suficiente do direito à liberdade de expressão e afirma que tal explicação deve conter tanto o fator constitutivo quanto o fator instrumental.

ditavam que o objetivo final do Estado era deixar os homens livres para desenvolver suas faculdades", e que "a liberdade de expressão é preciosa como um fim e como um meio". Temos aí uma defesa clássica do ponto de vista constitutivo<sup>27</sup>. Brandeis tinha razão em dizer que os dois tipos de justificação são necessários para uma explicação plena do direito relacionado à Primeira Emenda; não surpreende que um direito constitucional tão complexo e fundamental quanto o direito à liberdade de expressão seja reflexo de diversas justificações que se sobrepõem<sup>28</sup>.

Os dois tipos de justificação, além disso, têm muitos pontos em comum. Nenhum deles atribui um caráter absoluto à liberdade de expressão; ambos admitem que os valores por eles invocados podem ser postos em segundo plano em casos especiais: ao se decidir, por exemplo, até que ponto se devem censurar as informações militares. Não obstante, as duas justificações são essencialmente diferentes, pois a justificação instrumental é mais frágil e mais limitada. É mais frágil porque, como veremos, existem circunstâncias em que as metas estratégicas às quais ela faz apelo parecem exigir uma limitação da liberdade de expressão, e não a proteção desta. É mais limitada porque, ao passo que a justificação constitutiva abrange, em princípio, todos os aspectos da expressão ou do pensamento cuja independência é exigida pela responsabilidade moral, a justificação instrumental, pelo menos em suas versões mais populares, trata principalmente da proteção da expressão política.

Se o objetivo da liberdade de expressão é o de simplesmente garantir que a democracia funcione bem – que as pessoas tenham as informações de que precisam para votar, para proteger a democracia dos usurpadores tirânicos

27. Na opinião de Lewis, o trecho do parecer de Brandeis que começa com essa frase é o que de mais profundo já se escreveu sobre as premissas da Primeira Emenda.

28. Ver no Capítulo 3 uma discussão mais geral sobre o modo pelo qual os diversos tipos de justificação se sobrepõem na explicação de direitos constitucionais abstratos.

ou para garantir que o governo não seja nem corrupto nem incompetente –, a liberdade de expressão é muito menos importante quando diz respeito à arte ou às decisões pessoais e sociais. Nesse caso, a Primeira Emenda só protege a literatura que menciona explicitamente o sexo, por exemplo, quando se parte do pressuposto (forçado e fácil de derubar) de que as pessoas precisam ler esse tipo de literatura para votar com inteligência nas eleições municipais, estaduais ou nacionais. Com efeito, alguns eruditos que adotam o ponto de vista instrumental como justificativa exclusiva da liberdade de expressão, como Robert Bork, chegaram a afirmar que a Primeira Emenda só protege as modalidades claramente políticas de expressão e não se estende de modo algum para a arte, a literatura e a ciência<sup>29</sup>. Mesmo os que rejeitam essa idéia, afirmando que a literatura e a ciência às vezes têm relação com a política, insistem ainda assim em que a principal tarefa da Primeira Emenda é a proteção da expressão política, e que qualquer proteção que essa emenda ofereça para outros tipos de discurso é derivada dessa função principal.

No voto seguido pela Corte em *Sullivan*, Brennan apelou quase exclusivamente à justificativa instrumental. Restringiu a proteção da Primeira Emenda aos casos que envolviam o ataque a “servidores públicos e ocupantes de cargos públicos” (*public officials*) em vez de estender essa proteção a todos os acusados de calúnia e difamação. Citou o argumento instrumental de Madison, de que a liberdade de expressão é necessária para que o povo governe o governo e não vice-versa. Citou ainda diversos trechos de decisões anteriores da Suprema Corte que sublinhavam o outro argumento instrumental apresentado por Holmes em seu voto divergente no caso *Abrams*, no qual afirmava que a verdade é aquilo que se destaca de um livre mercado de

29. Robert Bork, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, *Indiana Law Journal*, vol. 47 (1971). Nas audiências perante o Senado, quando ele pleiteava um assento na Suprema Corte, Bork disse que abandonara essa opinião.

idéias. Mencionou, por exemplo, a defesa que Learned Hand fez do mesmo argumento instrumental:

[A Primeira Emenda] pressupõe a maior probabilidade de que a verdade se apresente através de uma multidão de línguas do que através de um tipo qualquer de seleção impingida por uma autoridade. Para muitos, isso é loucura e sempre será; mas é nisso que nós apostamos tudo.<sup>30</sup>

Só uma vez Brennan sugeriu uma justificativa constitutiva para a liberdade de expressão. Falou do “cidadão como um crítico” do governo; disse que “assim como o dever do governante é administrar, o dever do cidadão é criticar” e citou o voto de Brandeis em *Whitney*, o qual, como eu disse, reconhecia que a liberdade de expressão não é só um meio, mas também um fim. Mas até mesmo esta menção isolada de uma justificativa constitutiva foi limitada por Brennan ao contexto político<sup>31</sup>.

Ao endossar o ponto de vista instrumental, Brennan não estava apenas seguindo uma certa tradição retórica. Como Lewis nos demonstra, ele estava ansioso para que sua decisão parecesse o menos radical possível – pode ser que, de outra maneira, não tivesse conseguido fazer com que cinco outros juízes acompanhassem seu voto –, e por isso só quis reverter a tradicional independência dos processos por calúnia e difamação em relação à Primeira Emenda no grau mínimo necessário para impedir os estados de usar esses

30. Ver *United States vs. Associated Press*, 52 F. Supp. 362, 372 (1943).

31. Lewis observa que essa menção refletia as opiniões de Alexander Meiklejohn, cientista político que há muito tempo defendia apaixonadamente a idéia – na qual se fundem aspectos das justificativas instrumental e constitutiva – de que a censura das opiniões políticas não se justifica porque os cidadãos têm o direito de obter o máximo possível de informações a fim de bem cumprir seu dever de governar a si mesmos. Meiklejohn não queria estender essa responsabilidade a outros aspectos da vida dos cidadãos, mas tinha uma visão bem ampla do conceito de “política”. Insistia, por exemplo, em que a censura da pornografia privava o povo de informações e conhecimentos de que eles necessitavam para exercer corretamente seu direito de voto. Ver seu “The First Amendment is an Absolute”, 1961 *Supreme Court Review*, p. 245.

processos para fazer calar as críticas políticas. A justificação instrumental servia muito bem a esse propósito, pois dá a impressão de explicar por que a proteção das expressões de crítica a ocupantes de cargos públicos é particularmente importante. O objetivo de ajudar o mercado de idéias a gerar a melhor escolha de governantes e cursos de ação política fica ainda mais longínquo quando é quase impossível criticar os ocupantes de cargos públicos.

Porém, o uso quase exclusivo que Brennan faz da justificação instrumental e a ênfase que dá à qualidade especial da expressão política hoje nos parecem lamentáveis mesmo que tenham sido necessários para garantir a maioria, pois é possível que, por causa disso, se tenha reforçado o pressuposto popular, mas perigoso, de que é a isso que se reduz a Primeira Emenda e de que a justificação constitutiva é ou deslocada ou desnecessária. Na verdade, o uso exclusivo da justificação instrumental é perigoso para a liberdade de expressão de um modo que já começou a se tornar evidente e que pode ficar ainda mais sério agora que Brennan e Thurgood Marshall, dois dos mais dedicados defensores da liberdade de expressão em toda a história da Suprema Corte, foram substituídos por David Souter e Clarence Thomas.

Para refletir sobre esse perigo, observemos, em primeiro lugar, que a versão madisoniana da justificação instrumental, que deu o substrato principal do parecer de Brennan, não pode fornecer uma justificativa intelectualmente aceitável nem mesmo para o núcleo político da Primeira Emenda. O argumento de Madison, de que a liberdade de expressão é necessária para que o povo governe a si mesmo, explica de fato por que não se deve deixar que o Estado exerça uma censura clandestina, que o povo rejeitaria se dela tivesse consciência. Porém, esse argumento não explica por que não se deve deixar que a maioria das pessoas imponha uma censura que ela queira e aprove. Caso se faça um plebiscito, por exemplo, é provável que se revele que a maioria dos norte-americanos preferiria que o Estado tivesse

o poder de censurar informações que ele julga política e diplomaticamente delicadas, como os *Pentagon Papers*. Nesse caso, a decisão da Corte – evidentemente correta – de que o Estado não tem esse poder<sup>32</sup> não pode se justificar pelo argumento instrumental de Madison, a não ser que este seja tomado num sentido ridiculamente paternalista. A grande expansão da proteção oferecida pela Primeira Emenda nos anos que se seguiram à Primeira Guerra Mundial não fez aumentar, mas sim diminuir, o poder da maioria de constituir o Estado segundo o seu querer.

É claro que esse aumento de proteção pode se justificar, em parte, pelo outro argumento instrumental oferecido por Hand e Holmes: que existe mais probabilidade de a verdade política vir à tona quando nenhuma idéia é excluída da discussão. É crível que o público poderá tomar decisões mais acertadas sobre as questões raciais e de direitos civis se os jornais tiverem liberdade para publicar matérias sobre esses assuntos sem medo de sofrer processos por calúnia e difamação; poderá também tomar decisões melhores sobre a guerra e a paz se os meios de comunicação puderem publicar documentos como os *Pentagon Papers*.

Porém, nem mesmo essa forma do argumento instrumental pode justificar algumas das decisões mais importantes dos tribunais federais que aumentaram a proteção oferecida pela Primeira Emenda nas décadas mais recentes, como por exemplo a decisão da Suprema Corte em *Brandenburg vs. Ohio*, de que os estados não podem punir um cidadão que, mascarado num comício da Ku Klux Klan, grita que "o negro deve ser devolvido à África, o judeu a Israel"<sup>33</sup>, ou a decisão do Sétimo Tribunal Itinerante de que um pequeno grupo de neonazistas não podia ser proibido de marchar com suásticas na cidade de Skokie, Illinois, onde moram muitos sobreviventes do Holocausto<sup>34</sup>. Será que o nosso

32. *New York Times vs. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

33. 395 U.S. 444 (1969).

34. *Collin vs. Smith*, 578 F. 2d 1197 (1968). A Suprema Corte se recusou a suspender a decisão do Sétimo Tribunal. 436 U.S. 953 (1978).

eleitorado realmente fica mais apto a escolher seus líderes ou seus cursos de ação política por permitir esse tipo de expressão? Será que nos seria mais difícil separar a verdade do erro – será que o mercado de idéias seria menos eficiente – se os membros da Klan, os nazistas ou os sexistas dogmáticos tivessem de ficar em silêncio?

Pode-se dizer que os legisladores ou juízes não têm a capacidade de fazer distinções entre comentários políticos úteis e nocivos, de tal modo que, para proteger os jornais sérios que discutem assuntos sérios, temos de proteger também os membros da Klan e os nazistas que disseminam o ódio e causam sofrimento. Porém, esse argumento, baseado na idéia de uma precaução contra o perigo possível, ignora a capacidade dos advogados de fazer distinções difíceis nesse ramo do direito como fazem em outros. Se a Suprema Corte é capaz de distinguir o discurso político do discurso comercial e decidir que este último goza de uma proteção constitucional muito menor, então é igualmente capaz de distinguir as expressões de racismo ou sexismo de outras formas de comentário político. Poderia, por exemplo, declarar a constitucionalidade de uma lei cuidadosamente formulada de modo que só criminalize formas de expressão que insultem as pessoas por sua raça, religião ou sexo, como faz a Lei de Relações Raciais do Reino Unido.

Se dou ênfase a esta questão, não é para recomendar um tal curso de ação, mas para demonstrar que a justificacão instrumental não nos oferece proteção suficiente contra uma lei desse tipo. Aliás, logo a Suprema Corte será chamada a passar julgamento sobre uma norma dessa natureza. Em dezembro de 1991, ela ouviu as alegações orais do caso *R.A.V. vs. St. Paul*, cuja decisão provavelmente será anunciada ainda nesta primavera. A cidade de St. Paul adotou um regulamento municipal que proíbe a exposição pública de símbolos que possam causar “raiva, medo ou ressentimento em outras pessoas” por causa de sua raça, religião ou sexo, e que prevê para esse crime uma pena de noventa dias de detença. Robert Viktora foi processado com base nessa

norma municipal por ter queimado uma cruz no jardim da casa de uma família negra. É claro que queimar uma cruz no jardim de outra pessoa é um ato já proibido pelo código penal comum, e Viktora irá a julgamento por esse crime comum mesmo que a Suprema Corte determine que não pode ser punido pela norma especial. O caso *Viktora* nos leva a querer saber se um estado pode, sob a Constituição, fazer da agressão um crime especial, punível com uma pena maior, quando essa agressão tem a intenção de expressar uma convicção que a comunidade não aprova. Não há dúvida de que a decisão da Corte terá efeito sobre a constitucionalidade dos regulamentos adotados recentemente por muitas universidades estaduais – sujeitas portanto à Primeira Emenda – e que proíbem toda forma de expressão caracterizada pelo ódio ou preconceito racial ou sexual<sup>35</sup>.

É muito importante que a Suprema Corte confirme que a Primeira Emenda protege até mesmo essas formas de expressão; que ela protege, como disse Holmes, até mesmo as expressões que odiamos. Isso é importantíssimo pelo motivo sublinhado pela justificacão constitutiva da liberdade de expressão: porque somos uma sociedade liberal comprometida com a responsabilidade moral individual, e *nenhuma* censura de conteúdo é compatível com esse compromisso. Entretanto, os argumentos instrumentais de que Brennan se valeu em *Sullivan* estão sendo reiteradamente usados não para corroborar, mas para minar essa idéia de uma sociedade liberal. Há pouco tempo, por exemplo, defendendo as restrições universitárias às formas “politicamente incorretas” de expressão, Stanley Fish insistiu: “A expressão, em suma, não é e não pode ser um valor independente, mas sempre se afirma dentro do contexto de uma concepção de ‘bem’ já pressuposta, diante da qual deve se curvar em caso

35. Acerca do caso *Viktora* e da sua relação com a regulamentação universitária dessas formas de expressão, ver “Justices Weigh Ban on Voicing Hate”, de Linda Greenhouse, *New York Times*, B19 (5 de dezembro de 1991), e “Hate-Crime Law is Focus of Case on Free Speech”, *New York Times*, A1 (1º de dezembro de 1991).

de conflito". Fish rejeita a própria possibilidade daquilo que chamei de defesa constitutiva da liberdade de expressão; afirma categoricamente que toda defesa dessa liberdade deve ser instrumental, e que a censura das formas politicamente incorretas de expressão atenderá melhor à finalidade instrumental em questão<sup>36</sup>.

Catharine MacKinnon, Frank Michelman e outros apresentaram um argumento semelhante em favor da censura da pornografia e de outras formas de expressão que ofendem o sexo feminino. Dizem que, como as mulheres participam de modo mais eficaz do processo político quando não são insultadas por expressões ofensivas, a meta instrumental da democracia operante fica mais próxima quando a liberdade de expressão não é protegida, mas sim limitada. Afirmam, por exemplo, que a norma municipal adotada pela cidade de Indianápolis depois de uma campanha feminista, e que proibia, entre outros tipos de material escrito, qualquer um que "apresentasse as mulheres como apreciadoras da dor, da humilhação ou do estupro", não teria comprometido a democracia, mas a teria melhorado, uma vez que esse tipo de literatura "silencia" as mulheres e assim diminui a voz delas e o papel que ocupam na política democrática. Num parecer redigido pelo juiz Frank Easterbrook, sobre o qual falei em outro lugar<sup>37</sup>, o Sétimo Tribunal Itinerante de Apelações rejeitou esse argumento e declarou que a norma era inconstitucional porque considerava ilegais não as publicações obscenas em geral, mas somente as que pro-

36. Ver Stanley Fish, "There's No Such Thing as Free Speech and It's a Good Thing, Too", em *Debating PC*, org. de Paul Berman (Dell, 1992). Fish afirma ter ponderado e rejeitado a idéia de que a liberdade de expressão é o valor maior diante do qual os outros devem se curvar. Mas apresenta essa idéia sob uma forma ridícula, afirmando que o objetivo da liberdade de expressão é a expressão por si mesma. Confunde as razões que as pessoas têm para se expressar, e que se resumem, evidentemente, à promoção de alguma outra finalidade, com as razões que o governo poderia ter para proteger o direito delas de expressar-se, razões essas que podem ser não só instrumentais, mas também constitutivas.

37. Ver Capítulo 9.

moviam determinada idéia ou atitude. Easterbrook baseou-se tacitamente na justificação constitutiva da liberdade de expressão, e não na instrumental; e a Suprema Corte, pela lógica, só poderá declarar nula a norma municipal de St. Paul, o que aliás tem o dever de fazer, se, além de repetir a velha retórica instrumental, também reconhecer a justificação constitutiva.

Um argumento instrumental também está sendo usado para justificar diversos projetos de lei pendentes nas assembléias legislativas estaduais e um projeto de lei federal apresentado pelo senador republicano Mitch McConnell, do Kentucky, que está sendo examinado pelo Comitê Judiciário do Senado e permitiria à vítima de uma agressão sexual que movesse uma ação judicial contra o produtor ou distribuidor de um filme ou vídeo pornográfico se achasse que a causa da agressão foi o fato de seus agressores terem assistido a esse material.

O paralelo com a lei de calúnia e difamação do Alabama, declarada inconstitucional no caso *Sullivan*, é verdadeiramente notável. Se essas leis antipornográficas forem efetivamente adotadas, quer no nível federal, quer em determinados estados, os jurados de causas cíveis terão poder para destruir um produtor ou distribuidor cinematográfico se chegarem à conclusão que um estupro assistiu a um certo vídeo, que o vídeo é objeto da lei em questão e que foi ele o movente do crime. Os jurados que, com sensatez, abominam a pornografia violenta, também podem aceitar uma alegação desse tipo apesar de não haver nenhum estudo digno de crédito que demonstre uma relação causal entre a pornografia e a violência de fato<sup>38</sup>. Uma vez que o processo seria uma ação civil por perdas e danos, não se aplicariam as proteções comuns do direito penal. O estupro poderia

38. Acerca das pesquisas científicas recentes que confirmam a ausência de qualquer vínculo causal entre a pornografia e os crimes de violência sexual, ver o livro-reportagem de Marcia Pally, *Sense and Censorship: The Vanity of Bonfire* (1991), publicado pelas associações Americans for Constitutional Freedom e Freedom to Read Foundation.

até cooperar, testemunhando que seu crime foi causado pela pornografia: várias vezes aconteceu de um criminoso afirmar, como se fosse uma espécie de desculpa, que seus atos foram causados por algo que ele leu ou viu<sup>39</sup>. As lojas que vendem fitas de vídeo teriam de tomar muito cuidado com os filmes que comercializam; teriam medo, por exemplo, de vender *O acusado*, filme bastante elogiado, que trata de um estupro cometido por uma gangue, pois se incluiria na definição de pornografia proposta em algumas das leis em questão<sup>40</sup>. Como disse Leanne Katz, que constituiu um grupo de feministas para combater essa legislação, a idéia "de haver um motivo legal de processo por aquilo que é causado pela 'exposição' a certas idéias é uma possibilidade verdadeiramente assustadora"<sup>41</sup>.

Numa decisão recente, a Suprema Corte do Canadá aceitou um outro argumento instrumental para aprovar uma lei que censura certas formas de pornografia<sup>42</sup>. A Carta

39. O assassino em série Ted Bundy, por exemplo, antes de ser executado, disse que a pornografia o levava à violência sexual e depois a cometer assassinatos múltiplos. Os especialistas que o examinaram e as pessoas próximas dele, entre as quais o seu próprio advogado, desconsideraram essa afirmação, que foi qualificada por um especialista como uma alegação de pretexto baseada em crenças falsas. O caso Bundy e outros exemplos de criminosos e vítimas que alegaram, de modo duvidoso, que a pornografia é responsável pelo crime, são discutidos em *Sense and Censorship*, de Marcia Pally, pp. 159, 164.

40. A lei federal abarca somente o material que pode ser considerado obsceno segundo as regras mais recentes adotadas pela Suprema Corte. Mas essas regras permitem que os júris apliquem os critérios locais de sua comunidade para julgar o que é obsceno e o que não é, e os distribuidores relutariam em vender um vídeo até mesmo em regiões cujos critérios locais não o teriam por obsceno, temerosos de que um criminoso que assistisse ao vídeo ali viesse a cometer um crime noutra parte do país, onde os jurados poderiam ter um ponto de vista diferente.

41. O grupo Feminists for Free Expression, que inclui Betty Friedan, Susan Jacoby, Nora Ephron, Judith Krug e Nadine Strossen, entre outras, insiste em que não existe nenhum consenso e nenhum critério especificamente feminista sobre quais imagens são de mau gosto ou mesmo sexistas, e que as mulheres não precisam ser protegidas de materiais que tratam de sexo explícito. Ver Nat Hentoff, "Pornography War Among Feminists", *Washington Post*, A23 (4 de abril de 1992).

42. *Butler vs. Her Majesty the Queen*, decidido em 27 de fevereiro de 1992.

de Direitos e Liberdades do Canadá protege a liberdade de expressão, embora com certas restrições que não são reconhecidas pela Primeira Emenda. A Suprema Corte canadense admitiu que sua decisão teria o efeito de estreitar ainda mais essa proteção constitucional, mas disse que "a proliferação de materiais que ofendem gravemente os valores fundamentais de nossa sociedade é uma preocupação substancial que justifica a restrição do pleno exercício da liberdade de expressão". Trata-se de uma afirmação incrível. A premissa central que define a liberdade de expressão reza que o caráter ofensivo das idéias, ou o fato de porem em xeque as idéias tradicionais e aceitas, não são motivos válidos de censura; uma vez deixada de lado essa premissa, não se sabe mais o que significa a liberdade de expressão. A Corte acrescentou que certas formas de representação explícita do sexo fazem mal às mulheres porque "as representações que retratam as mulheres como uma classe de objetos de exploração e abuso sexual têm efeito negativo sobre a noção que o indivíduo tem do seu valor e do seu grau de aceitação na sociedade". Porém, esse tipo de mal é tão próximo da simples "ofensa" que também não pode, por si mesmo, constituir uma razão válida para a censura. Toda idéia poderosa e controversa tem potenciais efeitos negativos sobre a auto-estima de alguém. É de presumir que a Suprema Corte canadense não sustentaria a proibição de livros não-pornográficos escritos com a finalidade de negar explicitamente a igualdade entre homens e mulheres, por mais que esses livros fossem persuasivos ou eficazes para atingir sua finalidade<sup>43</sup>.

Essas tendências põem em risco a liberdade e a democracia. Se Brennan, no caso *Sullivan*, tivesse dado mais importância à justificação constitutiva na reafirmação das premissas da Primeira Emenda, atualmente os tribunais norte-americanos teriam mais facilidade para rejeitar os argumentos que convenceram a Suprema Corte canadense e

43. No Capítulo 9 vou discutir a idéia de que a pornografia pode ser proibida porque avilta as mulheres.

para declarar a inconstitucionalidade de leis como a da cidade de St. Paul e de leis que autorizam ações civis em face de distribuidores de vídeo. Além disso, a Suprema Corte poderia dar outro tratamento geral à literatura de sexo explícito. A Corte declarou várias vezes que a obscenidade não é protegida de maneira alguma pela Primeira Emenda, uma vez que não teria "nenhum valor social que a redimisse". Harry Kalven, grande estudioso da Primeira Emenda, observou há muito tempo que a idéia de que uma sociedade em que a pornografia pesada é totalmente liberada tem mais condições de descobrir a verdade sobre qualquer coisa é um insulto ao senso comum<sup>44</sup>. Porém, a Suprema Corte tem enfrentado uma dificuldade enorme para fazer a distinção entre a obscenidade, de um lado, e as representações explícitas do sexo que podem ter algum valor social que as redima, de outro. A Corte mudou tantas vezes de opinião sobre os fundamentos dessa distinção, e os juízes inventaram um número tão grande de critérios inoperantes, que o pronunciamento judicial mais citado a esse respeito continua sendo a declaração franca do juiz Stewart, de que não sabia definir a obscenidade, mas a reconhecia quando a via<sup>45</sup>.

Embora o próprio Brennan tenha declarado em 1957 que a Primeira Emenda não protegia a expressão obscena nem publicações obscenas<sup>46</sup>, ele mudou de idéia em 1973 e, num voto divergente, declarou que "caso não haja distribuição para menores nem a exposição ostensiva a adultos que não dêem seu consentimento", a Constituição proíbe o Estado de suprimir qualquer material sob a alegação de obscenidade<sup>47</sup>. Para conciliar essa opinião com a justificação instrumental da liberdade de expressão que já defendera,

44. Ver Harry Kalven, "The Metaphysics of the Law of Obscenity", *Supreme Court Review* de 1960, p. 1. Não tenho a intenção de negar (nem de afirmar) uma outra justificação instrumental para a liberação da pornografia, que já foi apresentada por alguns: que a pornografia pode ser terapêutica para certas pessoas.

45. Ver *Jacobellis vs. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964).

46. *Roth vs. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

47. *Paris Adult Theater I vs. Slater*, 413 U.S. 49 (1973).

ele deu ênfase às dificuldades "institucionais" que os tribunais enfrentam para distinguir as obras obscenas daquelas que têm algum valor positivo. Porém, também essa declaração foi considerada "forçada" e não conseguiu persuadir a Corte. Se, por outro lado, as decisões passadas da Corte, e particularmente sua própria decisão no caso *Sullivan*, tivessem sido calcadas de modo mais claro na justificação constitutiva da liberdade de expressão, Brennan teria um argumento mais natural e mais convincente para apresentar ao justificar sua mudança de opinião. Se os cidadãos que respeitam a lei são agentes morais responsáveis, é contraditório pensar que alguém tem o direito de determinar o que eles podem ou não podem ler com base num juízo oficial qualquer sobre o que vai edificar ou destruir o caráter deles ou o que os levaria a ter opiniões incorretas sobre assuntos de interesse social<sup>48</sup>.

Porém, a pior e mais ameaçadora consequência do desprezo da justificação constitutiva foi, sem dúvida alguma, a aterradora decisão da Suprema Corte em *Rust vs. Sullivan*<sup>49</sup>. A Corte sustentou a nova interpretação que a administração Reagan fez de uma lei que o Congresso aprovou em 1970, a qual destina fundos para serviços de "planejamento familiar" em diversos hospitais mas proíbe que o dinheiro seja usado para o aborto; segundo essa nova interpretação, os funcionários que trabalham nesses hospitais não podem sequer discutir esse procedimento<sup>50</sup>. O governo proibiu os

48. Ver David Richards, "Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First Amendment", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 123 (1974), p. 45.

49. 111 U.S. 1759 (1991).

50. Antes disso, nunca se tinha chegado à conclusão de que a norma proibia a simples menção ao aborto. Depois da decisão de *Rust vs. Sullivan*, o Congresso aprovou uma nova norma na qual negava que a lei anterior tivesse essa consequência. Porém, Bush vetou a nova lei. Assim, *Rust vs. Sullivan* legitima um antigo método de fazer leis contrárias à vontade da maioria do Congresso, método esse que pode se tornar importante no futuro: o governo dá uma interpretação bizarra de uma lei já existente, a Suprema Corte, dominada por conservadores, afirma que essa interpretação "não é patentemente errônea" e o Presidente usa seu poder de veto para sustentar a decisão da Corte.

médicos, enfermeiras e assistentes sociais até mesmo de responder às perguntas que as pacientes fazem sobre o aborto; proibiu-os de responder, por exemplo, quando uma paciente pergunta onde pode obter informações sobre o aborto ou se o aborto é legal.

Em março de 1992, a administração Bush modificou essa norma de modo que permita que os médicos de hospitais financiados pelo governo federal discutam a questão do aborto; os enfermeiros e outros funcionários, porém, não podem fazê-lo. (O diretor do grupo National Right to Life, contra o aborto, disse que não tinha nada contra essa emenda, uma vez que "os médicos só são responsáveis por uma parte mínima do aconselhamento sobre o aborto"<sup>51</sup>.) Porém, a decisão da Corte, que sustentou a lei da mordaza mesmo aplicada aos médicos, constitui um perigoso precedente. A Corte rejeitou o argumento de que a regra violava a Primeira Emenda; disse que, uma vez que os médicos que querem aconselhar suas pacientes sobre o aborto têm liberdade para largar o emprego em serviços financiados pelo governo federal e buscar emprego em outra parte, o Estado não estava censurando ninguém, mas apenas dizendo como deve ser gasto o dinheiro por ele fornecido. A decisão foi largamente condenada como ilógica e irresponsável e temos a esperança de que um dia venha a ser considerada um exemplo infame de mau juízo constitucional, como a decisão do caso *Lochner* e outros erros evidentes da Suprema Corte. Mas, na minha opinião, essa decisão não teria sido possível sem a influência da idéia de que a Primeira Emenda tem o objetivo exclusivo ou principal de garantir, instrumentalmente, o livre fluxo da expressão política.

Ninguém acha que o Estado pode aproveitar sua importantíssima função de financiar a saúde para determinar quais são as opiniões políticas que podem ser expressas pelos médicos que trabalham em instituições federais. O Estado

51. "Administration Partly Lifts Abortion 'Gag Rule'", *Washington Post*, 1 (21 de março de 1992).

não poderia, por exemplo, permitir que esses médicos louvassem a política de saúde do governo e proibi-los de criticar essa política. Entretanto, do ponto de vista de qualquer boa justificação constitutiva da liberdade de expressão, é ilegítima qualquer distinção entre uma lei da mordaza patentemente condenável, como esta última, e aquela que a Corte aprovou. Daquele ponto de vista, um médico tem tanta liberdade de expressar suas opiniões políticas quanto de dar as informações que julga necessárias para a saúde ou o bem-estar de sua paciente. Quando se proíbe que um médico, pelo simples fato de estar empregado numa determinada instituição, dê ao paciente as informações médicas que este lhe pede, nega-se tanto a responsabilidade moral do médico quanto a do paciente.

Suponhamos que Brennan não tivesse baseado sua decisão do caso *Sullivan* nos fundamentos estreitos pelos quais optou, que punham em relevo a justificação instrumental da liberdade de expressão, mas sim nos fundamentos mais amplos que venho recomendando, os quais ressaltam também a justificação constitutiva. Ele poderia mesmo assim ter restringido o âmbito da decisão às ações de calúnia e difamação movidas por ocupantes de cargos públicos, uma vez que uma abrangência mais geral não seria necessária para proteger a independência moral dos jornalistas e do público para o qual escrevem. Mas teria pelo menos insinuado uma regra muito mais ampla, pela qual a exigência de se provar que o réu foi culpado de "malícia efetiva" se aplicaria não só aos ocupantes de cargos públicos, mas a todos os que movem ações de indenização por calúnia ou difamação. Essa regra mais ampla protegeria um jornal que, por engano, mas com honestidade, publicou uma informação difamatória sobre um professor, uma dançarina ou um empresário, e não só sobre um chefe de polícia ou um general. Todo aquele que afirmasse ter sido caluniado ou difamado teria de provar que o réu foi malicioso, e não só descuidado ou azarado, quando publicou a informação que se alega ser falsa.

Com efeito, o próprio Brennan recomendou uma regra quase tão ampla quanto essa num caso posterior, no qual disse que até mesmo um cidadão particular teria de atender à regra do caso *Sullivan* se movesse uma ação por causa de uma afirmação que tratasse de um tema "de interesse geral ou público"<sup>52</sup>. Como observou Thurgood Marshall, que discordou desse voto, "pode-se dizer que todos os acontecimentos humanos se enquadram na categoria de 'interesse geral ou público'", de modo que pouquíssimos reclamantes escapariam da regra proposta por Brennan. No mesmo caso, o juiz Harlan recomendou uma regra que estendia as limitações de *Sullivan* aos cidadãos particulares que pedissem indenizações presumidas ou punitivas por calúnia e difamação. Como os reclamantes pedem esses tipos de indenização em quase todos os processos importantes, a sugestão de Harlan teria um efeito muito parecido com a de Brennan. Mas nem uma nem a outra foi aceita pela maioria dos juízes, e não temos motivo algum para supor que a maioria deles teria adotado a regra mais simples e direta que mencionei, pela qual o critério de *Sullivan* se aplicaria automaticamente a todos os queixosos. Não obstante, convém refletir sobre os méritos de uma tal regra.

Não se pode dizer que seria injusto exigir da vítima que provasse pelo menos que a imprensa cometeu alguma *falta* quando publicou o que publicou. É esse o critério normal em quase todas as outras ações civis por perdas e danos. Se você faz algo que me faz mal, danificando algo de minha propriedade, por exemplo, nem sempre terá de pagar por isso. Tenho de provar que você fez isso por querer, que o dano resultou do fato de você não ter agido, como dizem os juristas, com racionalidade naquelas circunstâncias. No decorrer da história, as leis de calúnia e difamação sempre foram exceção a esse princípio geral: segundo o direito consuetudinário, a vítima só precisa provar que o que o réu disse foi danoso para ela, e não que o réu se comportou de forma

52. *Rosenbloom vs. Metromedia*, 403, U.S. 29 (1971).

irrazoável ao dizer o que disse; com efeito, o ônus da prova sempre coube ao réu. Este tinha de provar que o que havia dito era verdadeiro, e não a vítima tinha de provar que era falso. Essa exceção estranha (e injustificável) faz parte do direito britânico até hoje.

Evidentemente, a correta consideração pela liberdade de expressão exige que pelo menos essa exceção seja eliminada, em benefício de todos quantos falam ou escrevem sobre qualquer tema. É claro que a regra *Sullivan* vai além disso, na medida em que exige que a vítima prove não só que o réu foi descuidado ou negligente, mas que fez sua publicação de má-fé ou temerariamente. Porém, se o argumento que justifica um ônus da prova mais rigoroso nas ações de calúnia e difamação movidas por figuras públicas – o argumento de que essa regra é necessária para que a imprensa possa operar sem medo – não é injusto para com as figuras públicas, é difícil entender por que seria injusto para com as vítimas comuns. Às vezes se diz que, se as figuras públicas saíram na chuva, não devem se queixar quando ficam molhadas. Porém, esse argumento foi ficando cada vez mais fraco à medida que a Suprema Corte foi ampliando a categoria de querelantes sujeitos à regra *Sullivan* – de ocupantes de cargos públicos para pessoas que são definidas como *pessoas públicas* de alguma outra maneira. De qualquer modo, esse argumento peca por petição de princípio: só se pode dizer que os ocupantes de cargos públicos assumiram de livre e espontânea vontade uma possibilidade maior de serem caluniados pela imprensa quando existe alguma *outra* razão pela qual as pessoas que ocupam essas posições devem ter menos proteção que os cidadãos particulares.

Não haveria injustiça alguma, portanto, numa revisão muito mais ampla das leis de calúnia e difamação pela imprensa. Além disso, uma revisão mais geral teria desobrigado a Corte de cumprir uma tarefa que jamais pode ser perfeitamente cumprida: aquela a que a Corte se dedicou nos anos seguintes à proclamação da regra *Sullivan*, a tarefa de decidir quais querelantes de fato estão sujeitos a esse ônus

da prova mais pesado que caracteriza a regra *Sullivan*. Lewis explica que a distinção original entre os ocupantes de cargos públicos e todas as outras vítimas começou a borrar-se com a decisão da Corte de que Wally Butts – técnico do time de futebol americano da Universidade da Geórgia, que fora acusado pelo *Saturday Evening Post* de revelar a tática de jogo da sua equipe ao técnico do Alabama, Bear Bryant, antes do grande jogo entre as duas universidades – era uma “figura” pública, embora não ocupasse nenhum cargo público, e logo estava sujeito à regra *Sullivan*<sup>53</sup>. A distinção de Brennan ficou ainda mais comprometida posteriormente, no caso *Gertz*, quando a Corte criou uma categoria intermediária de proteção: decretou que, embora um advogado liberal caluniado por uma publicação da John Birch Society não fosse uma figura pública, e logo não tivesse de arcar com o rigoroso ônus de ter de provar a malícia efetiva do caluniador, ele tinha de provar que o réu tinha sido pelo menos negligente ao publicar falsidades sobre ele, pois as afirmações de que se queixava eram assuntos de interesse político<sup>54</sup>.

Assim, a Corte teve dificuldade para fazer as diversas distinções que sua regra atual requer, e as categorias por ela adotadas parecem arbitrárias do ponto de vista da concepção instrumental da liberdade de expressão, concepção essa que elas supostamente refletem. Os astros do cinema, por exemplo, foram classificados como figuras públicas e assim têm de arcar com o ônus de provar a malícia efetiva dos tablóides que publicam reportagens falsas a respeito deles; por outro lado, como observa Lewis, as fofocas sobre as celebridades não contribuem em absoluto para a descoberta da verdade ou da sabedoria no processo político. Lewis seria contrário a qualquer extensão universal da regra *Sullivan* a todos os que movem ações de compensação por calúnia e difamação, pois pensa que a Corte não se esforçaria tanto

53. *Curtis Publishing Company vs. Butts*, 388 U.S. 130 (1967).

54. *Gertz vs. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

para proteger a regra se esta tivesse uma aplicação muito mais geral. Porém, ele mesmo reconhece que a significativa ampliação da proteção desde a decisão original não fez diminuir o entusiasmo pela regra. Existe, além disso, uma possibilidade notável de que a extensão geral da regra desencadeasse uma reforma ainda mais radical da lei norte-americana sobre a calúnia e a difamação, reforma essa que, no fim, beneficiaria tanto as vítimas quanto a imprensa.

A regra *Sullivan* não tem sido uma proteção tão eficaz da liberdade de imprensa quanto os comentaristas esperavam de início. Como diz Lewis, as comemorações terminaram quando os advogados e a imprensa perceberam que a regra dava aos querelantes bem financiados a oportunidade de infligir grandes danos à imprensa, alegando que o que havia sido publicado de fato fora fruto de malícia ou temeridade. Os processos movidos por Ariel Sharon contra a *Time* e pelo general William Westmoreland contra a CBS em 1984 ilustram bem essa dificuldade: embora *Time* tenha obtido uma vitória relativa junto ao júri e Westmoreland tenha finalmente retirado sua queixa, tanto a *Time* quanto a CBS sofreram danos severos com a publicidade, as despesas e as viagens exigidas por julgamentos prolongados nos quais a honestidade e a competência desses órgãos de imprensa se tornaram os principais temas de investigação<sup>55</sup>.

Num outro julgamento longo e dispendioso, *Herbert vs. Lando*, a CBS afirmou que não tinha a obrigação de se dedicar à demorada tarefa de apresentar numerosos volumes de relatórios confidenciais, memorandos internos e outros materiais que o querelante alegava necessitar a fim de provar a malícia efetiva<sup>56</sup>. A Suprema Corte disse que a imprensa não poderia ter todas as vantagens: se a lei exigia que a vítima provasse que o réu sabia que o que publicara era falso, ou que o havia publicado sem querer saber se era falso ou verdadeiro, não seria justo permitir que o réu retivesse as infor-

55. Ver Capítulo 7.

56. *Herbert vs. Lando*, 441 U.S. 153 (1979).

mações de que a vítima necessitaria para prová-lo. Assim, a imprensa ainda corre o risco de sofrer grandes perdas em dinheiro se publicar algo que possa ser chamado de falso e malicioso por um oponente dotado de forte apoio financeiro.

Lewis apresenta várias propostas sensatas, criadas por diversos observadores, para rever a lei de calúnia a fim de solucionar esse problema sem negar às pessoas uma proteção razoável contra afirmações falsas e maliciosas<sup>57</sup>. Sob a atual lei de calúnia e difamação, os querelantes buscam restaurar sua reputação extraindo indenizações imensas que não têm o objetivo de compensá-los por perdas financeiras efetivamente sofridas, mas sim de castigar a imprensa. Os reformadores pretendem separar esses dois elementos de uma ação de reparação de danos por calúnia e difamação: não se permitiria que o querelante entrasse com a ação para pedir uma indenização em dinheiro, mas somente por uma declaração judicial de que o fato publicado era falso. Segundo uma determinada versão dessa proposta, a pessoa que acha que foi caluniada tem de passar ao órgão de imprensa as informações que, em sua opinião, demonstram que aquilo que foi publicado era falso. Se o órgão de imprensa não publicar com certo destaque uma correção adequada, a vítima pode entrar com uma ação pedindo uma declaração judicial de falsidade e uma ordem judicial de que o réu publique essa declaração<sup>58</sup>. Uma vez que não estaria em causa

57. Versões dos programas que descrevo no texto foram propostas, por exemplo, pelo professor Mark Franklin, da faculdade de direito de Stanford; pelo Annenberg Washington Program; pelo professor David Anderson, da faculdade de direito do Texas; e por Pierre Leval, o juiz federal que presidiu ao processo movido por Westmoreland contra a CBS. Um resumo dos detalhes das diversas propostas pode ser encontrado no cap. 4 de *The Fourth Estate and the Constitution* (University of California Press, 1991), de Lucas A. Powe, Jr., professor de direito e teoria do Estado na Universidade do Texas.

58. Há dúvidas quanto à constitucionalidade de se exigir que um jornal publique um veredicto contra si mesmo. Em *Miami Herald vs. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974), a Suprema Corte determinou que uma lei de direito de resposta, promulgada pelo estado da Flórida, era inconstitucional. Porém, nessa mesma ocasião, tanto Brennan quanto Rehnquist disseram que a exigência de que um jornal publicasse um veredicto de falsidade talvez fosse constitucional.

uma reparação financeira por perdas e danos, a única questão em jogo seria a verdade ou falsidade daquilo que foi publicado, e não seria necessário saber se houve malícia ou negligência por parte do réu. A regra *Sullivan* já não se aplicaria. Na maioria dos casos, o julgamento seria rápido e barato; e a vítima que de fato tivesse sido caluniada ou difamada obteria uma declaração judicial de que fora atacada injustamente.

Resta saber até que ponto uma tal declaração conseguiria recompor a reputação do querelante. As declarações sensacionalistas, mesmo as publicadas por um jornal cuja imprecisão é notória, são amplamente divulgadas por outros meios de comunicação; já a declaração judicial de que a informação estava errada pode não ser tão largamente divulgada, mesmo que o próprio jornal que cometeu o erro tenha a obrigação de publicar essa declaração. Por isso, mesmo que os estados viessem a adotar uma nova forma de ação legal, permitindo que o querelante entrasse com uma ação pedindo uma declaração judicial de falsidade, poderiam também permitir que ele exigisse indenização pelas perdas e danos sofridos por sua reputação, caso isso fosse de seu interesse. Mas, nesse caso, já não haveria motivo para não se aplicar a regra *Sullivan* a todos os pedidos de indenização, de tal modo que tanto as figuras públicas quanto os cidadãos particulares teriam então a opção de pedir somente uma declaração judicial – caso em que só precisariam provar a falsidade do que foi publicado – ou uma indenização por perdas e danos – caso em que teriam a obrigação de demonstrar que a imprensa publicou a informação falsa com ciência ou temeridade<sup>59</sup>.

59. Os juízes teriam então o poder de negar um pedido de indenização antes ainda de o julgamento começar, caso constatassem que o querelante não teria a menor possibilidade de atender à regra *Sullivan*. (Lewis opina que o juiz Leval deveria, por esse motivo, ter anulado a ação de Westmoreland contra a CBS.) Se o réu tivesse a alternativa de pedir somente uma declaração judicial de falsidade, os juízes provavelmente exerceriam com maior frequência esse poder de anulação, poupando à imprensa as despesas e o incômodo de um julgamento prolongado.

A realização de uma reforma geral dessa natureza seria mais provável se a Corte insistisse em que as mesmas regras se aplicam para todos. Até agora, nenhum estado mudou a sua lei de imprensa segundo as recomendações dos reformadores. Em 1985, Charles Schumer, deputado do Brooklyn, apresentou um projeto de lei federal que segue algumas dessas sugestões, mas não chegou a ser aprovado. A própria Suprema Corte não pode determinar uma mudança tão complexa das leis estaduais de calúnia e difamação, embora possa trabalhar um pouco para esse fim – decretando, por exemplo, que os estados são obrigados a aceitar, como defesa suficiente para um órgão de imprensa, uma retratação publicada com destaque. Entretanto, o Congresso e os estados teriam maior probabilidade de operar eles mesmos as mudanças necessárias se a Corte declarasse que não só as pessoas públicas, mas também as pessoas comuns têm de atender às exigências da regra *Sullivan* a fim de poder receber uma indenização por calúnia e difamação. Os cidadãos particulares, nesse caso, gostariam de ter à sua disposição um meio mais rápido e mais barato de defender sua reputação, e o pedido na justiça de uma declaração judicial de falsidade seria uma alternativa a ser levada em conta. Nenhum esquema legal pode proporcionar a solução ideal para o conflito inevitável entre a liberdade de expressão e a proteção da reputação dos indivíduos. Também não temos motivos para crer que a Suprema Corte vá ampliar a aplicação da regra *Sullivan* do jeito que sugeri. Porém, um sistema unificado que trate da mesma maneira todos os queixosos e todos os réus parece atender mais aos interesses de todos – da imprensa, do público e dos cidadãos particulares – do que o atual conjunto de regras complexas e instáveis.

Por todos os motivos arrolados habilmente por Lewis, a decisão do caso *Sullivan* foi realmente extraordinária. O juiz de Brennan permitiu que a imprensa norte-americana desempenhasse com mais confiança seu papel de proteger a democracia – mais do que a imprensa de qualquer outro lugar do mundo. A vitória conquistada por esse juiz não é

diminuída pelo fato de as premissas intelectuais de seu argumento terem de ser ampliadas em face das ameaças muito diferentes que agora se interpõem no caminho da liberdade; tampouco é diminuída pelo fato de seu esquema legal, radical em sua época, já ter se firmado o suficiente para poder ser simplificado. *Sullivan* foi uma batalha importantíssima na defesa de nossa liberdade mais importante, mas agora temos novas batalhas a nossa frente.

11 de junho de 1992