

Um símbolo nacional norte-americano e o direito de expressão

Adhemar Ferreira Maciel

Despreocupadamente, talvez tenha sido Pascal ([19--])¹ quem melhor formulou a síntese de *homem*: “caniço pensante”. Ainda que os outros animais possam ter “voz”, não têm “fala” (*logos*), isto é, não têm como expressar lógica e racionalmente o que pensam.

Se olharmos a história do *roseau pensant*, veremos que ele sempre teve de lutar indormidamente para poder manifestar o que pensa, seja por gestos, silêncio, fala, cartuns, dísticos em veículo, e por mil e uma maneiras. Para manter a liberdade de idéias, de pensamento, o homem teve de lutar. Teve de resistir (LASKI, 1937, p. 94)². Primeiro, resistir contra a tirania religiosa, em seguida, contra a tirania do Estado e, por último, contra a tirania de grupos sociais. Se ele pensasse em desacordo com a igreja, cometia heresia; se seu pensamento fosse de encontro ao Estado, sublevava; se suas idéias e ações divergissem da maioria, deveria ser silenciado. Muitas vezes, o homem tinha de resistir contra a tirania da igreja e do Estado, que se uniam para sufocá-lo.

Quem examina com cuidado as Constituições políticas modernas, a começar da *Fundamental Orders of Connecticut*, consi-

¹ “L’homme n’est qu’un roseau, le plus faible de la nature; mais c’est un roseau pensant” (PASCAL, [19--]).

² Laski enfatiza que, no fundo, o segredo da liberdade de pensamento (*freedom of mind*) está na coragem de resistir (LASKI, 1937, p. 94).

Adhemar Ferreira Maciel é consultor jurídico, ministro aposentado do STJ e membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas.

derada por Karl Loewenstein (1959, p. 4) a primeira constituição moderna escrita³, nota que os direitos fundamentais só foram sendo positivados aos poucos, ao longo do tempo. Assim, o *Bill of Rights* inglês, de 1689, assegurou a liberdade de expressão só aos representantes do povo, tanto em sessão do Parlamento quanto fora dela⁴. A Declaração de Direitos de Homem e do Cidadão, de 1789, no embalo iluminista, ampliou o direito de expressão: *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme: tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi* (Art. 11). Daí em diante, inúmeros documentos de alcance internacional, como a Declaração Universal de Direitos Humanos da Assembléia-Geral da ONU (1948) e a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos (1950), vêm reiterando e aprimorando o direito de fala e comunicação.

Ainda que a liberdade de expressão tenha começado na Inglaterra, foi nos Estados Unidos que alcançou seu apogeu. Em 1695, com a caducidade da *Licensing Act*, já não mais havia necessidade de obter-se licença prévia da *Stationer's Company*⁵ ou da igreja para a publicação de livros na Grã-Bretanha. Mas a crítica a funcionários públicos através de periódicos continuava sujeita a ações judiciais. Na América-Colônia, há um caso célebre, por isso mesmo sempre lembrado, envolvendo liberdade de imprensa. John Peter Zenger, dono de um

³ "... die *Fundamental Orders of Connecticut*, erlassen in Hartford im Jahre 1638, kann wohl als die erste geschriebene Verfassung gelten und geht zeitlich dem mutterländischen *Instrument of Government* von Cromwell (1654) vor" (LOEWENSTEIN, 1959, p. 4). Georg Jellinek lembra que as *Fundamental Orders of Connecticut* exerceram influência na elaboração do *Agreement of the People* inglês (JELLINEK, 2005, p. 631).

⁴ *That the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament.*

⁵ A guilda *Stationer's Company*, de editores e vendedores de livros, foi fundada em 1403, obtendo o monopólio real em 1557 (STATIONER'S, 2008).

semanário nova-iorquino, publicou uma série de artigos criticando o governador inglês de Nova York. Foi processado por calúnia e difamação. Dentro da tradição inglesa, submeteu-se a um grande júri, que não o indiciou: os fatos narrados pelo articulista eram verdadeiros...

A liberdade de expressão e comunicação pode envolver questões melindrosas e, na maioria das vezes, difíceis de serem solucionadas. O Governo tem direito de fazer autopromoção? O contribuinte tem o direito de impedir que se paguem impostos? Tenho liberdade de fazer e exibir ao público filme pornográfico ou obsceno? Posso criar *blog* divulgando o ateísmo? o ódio racial? o homossexualismo? Uma empresa de bebidas alcoólicas, que gastou milhões de dólares em neuromarketing, pode licitamente fazer propaganda pela TV de seus produtos comprovadamente danosos à população?

Quando da elaboração da Constituição dos Estados Unidos, os federalistas, com o propósito de obter o apoio dos antifederalistas (mais tarde "republicanos") no atinente à ratificação da Constituição pelos Estados-Membros, comprometeram-se a fazer emendas constitucionais garantindo os direitos fundamentais, que não se achavam expressamente assegurados no texto original de 1787. Em 1789, na primeira legislatura do Congresso, 78 propostas de emendas constitucionais foram discutidas. A Câmara dos Deputados (*House of Representatives*) aprovou 17. No Senado (*Senate*), o número foi reduzido a 12. Por fim, em 15 de dezembro de 1791, as assembleias legislativas estaduais ratificaram apenas 10, que ficaram conhecidas como *Bill of Rights*.

Sem dúvida alguma, a emenda do *Bill of Rights* que recebeu o n. 1 é a mais importante das dez primeiras emendas à Constituição americana, pois lida com a "liberdade de fala", que diferencia o "caniço pensante" dos outros animais.

A Emenda n. 1 consagra a proibição de o Congresso elaborar lei estabelecendo

religião oficial (como acontece formalmente na Inglaterra), vedando, ainda, qualquer “restrição à liberdade de fala, ou de imprensa” (*abridging the freedom of speech, or of the press*). A “liberdade de crença” (*freedom of belief*), que é o cimento que une todas as liberdades de expressão, não vem expressa na Emenda n. 1; está implícita (NOWAK; ROTUNDA, 2007, p. 599).

Madison, o principal artífice da Constituição, que era familiarizado com os constitucionalistas franceses, propôs, em 8 de junho de 1789, a seguinte redação para a futura Emenda n. 1:

“The people shall not be deprived or abridged of their right to speak, to write, or to publish their sentiments, and the freedom of the press, as one of the great bulwarks of liberty, shall be inviolable.”

A redação, como se percebe do texto, é extensa e traz, à francesa, valoração subjetiva da liberdade de imprensa (“um dos grandes bastiões da liberdade”). A redação foi rejeitada pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados. No Senado, a cláusula constitucional proposta foi alterada.

Na época da proposição da Emenda n. 1, prevaleciam as idéias de Sir William Blackstone (1723-1780), que já vinham impregnadas dos pensamentos de Locke (1632-1704) e John Milton (1608-1674). Blackstone, em sua monumental obra *Commentaries on the Laws of England*⁶, colocava-se contra qualquer censura prévia à imprensa. Admitia, todavia, punição *a posteriori*, sobretudo quando a notícia veiculada fosse “imprópria, malévola ou ilegal” (*improper, mischievous, or illegal*). O próprio Madison, como registram os *Anais do Congresso* (n. 434), já havia insistido na tônica blackstoniana:

“liberdade de imprensa é, na verdade, essencial à natureza do Estado, mas isso consiste em não impor restrição prévia às publicações, e não na liberdade de censura em matéria criminal quando publicada. Todo homem tem

o indubitável direito de expressar publicamente o que lhe aprouver; proibir isso seria destruir a liberdade de imprensa; mas se ele publica o que é impróprio, malévolo ou ilegal, deve arcar com as conseqüências de sua própria temeridade.”

Durante muitos anos, a liberdade de expressão prevaleceu com limitações nos Estados Unidos. A regra geral vigente era: não se admite censura prévia (*previous restraint*). O fato é que entre 1791, quando se ratificou o *Bill of Rights*, e a entrada dos Estados Unidos na Primeira Guerra Mundial, pouquíssimos casos envolvendo liberdade de imprensa chegaram à Suprema Corte. Com a Guerra, porém, pacifistas e religiosos começaram a concitar os jovens a não se alistarem. Expediam cartas e panfletos. Faziam piquetes. Pregavam cartazes. O Congresso, temendo conseqüências desastrosas, editou duas leis tipificando tais condutas como crimes (*Espionage Act* e *Sedition Act*). A Suprema Corte deu nova interpretação às *free speech and free press clauses* da Emenda n. 1. Oliver Holmes Jr. (1841-1935) e Louis Brandeis (1856-1941) criaram um critério para validar ou não a atitude antibélica: se houvesse um “perigo insofismável e iminente” (*Clear and Present Danger*), não se podia invocar a proteção da Emenda n. 1. Assim, no Caso *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 51-52 (1919), discutiu-se a liberdade de expressão por meio de panfletos e circulares que concitavam os jovens a não se alistarem nas forças armadas. Holmes frisou em seu voto:

“Nós admitimos que em muitos lugares e em épocas normais os réus ao dizer que tudo aquilo que foi dito na circular estariam em seus direitos constitucionais. Todavia, o caráter de cada ato depende das circunstâncias nas quais ele foi feito. A mais rigorosa proteção da liberdade de fala não protegeria um homem de, falsamente, gritar “fogo” no teatro e causar pânico... A questão, em cada caso, está (em

⁶ Os *Commentaries* podem ser consultados na íntegra pela Internet (BLACKSTONE, 2003).

saber) se as palavras usadas o foram de tal modo a criar um perigo claro e iminente (*a clear and present danger*), o qual causará males efetivos que o Congresso tem o direito de evitar.”

No início da década de 1950, o critério *Clear and Present Danger* foi reexaminado (NOWAK; ROTUNDA, 2007, p. 625). Nos anos 60, Fred Vinson (1890-1953) reformulou a teoria de Holmes e Brandeis: cabia ao Governo demonstrar que tinha um “interesse substancial” em afastar a proteção da Emenda n. 1. Felix Frankfurter (1882-1965) lembrou que a teoria do *Clear and Present Danger* pecava por sua inflexibilidade (NOWAK; ROTUNDA, 2007, p. 625).

Quanto à liberdade de imprensa, sempre houve receio por parte de jornais e revistas na veiculação de notícias contra agentes públicos. Se tocava à imprensa divulgar atos escusos da administração pública, bem informando o cidadão, corria ela o risco de sofrer, por parte da autoridade pública, uma ação indenizatória por calúnia ou difamação (*libel suit*). Em 29 de março de 1960, aconteceu um fato que acabou por provocar novo conceito de liberdade de expressão pela imprensa. O *New York Times* daquele dia publicou matéria com o título *Heed Their Rising Voices* (Atentai aos seus Clamores). O objetivo dessa reportagem era levantar fundos para a defesa do líder negro Martin Luther King, acusado de sonegação fiscal estadual (Alabama). O chefe de polícia da cidade de Montgomery, *Commissioner Sullivan*, ainda que não tivesse tido seu nome citado expressamente pela reportagem, sentiu-se atingido em sua honra funcional. Ajuizou, em decorrência, uma ação de indenização. O tribunal (*Circuit Court of Montgomery County*) fixou a indenização em 500 mil dólares. A sentença foi confirmada pela Suprema Corte do Alabama, que teve a notícia veiculada pelo periódico como “difamatória em si” (*libelous per se*), onde “a falsidade e o dolo são presumidos” (*falsity and malice are presumed*). Houve, argumentou o acórdão, “irresponsabilidade”

do jornal, que dispunha de arquivos para apurar antecipadamente a veracidade dos diversos fatos veiculados em matéria paga. E o *New York Times* não se preocupou com isso, agindo temerária e levemente. A Suprema Corte dos Estados Unidos, ao julgar o caso (*New York Times Co. v. Sullivan*), deparou-se com diversas questões, inclusive processuais constitucionais: a Emenda n. 1 aplicava-se também a provimentos elaborados por legislativo estadual ou só era aplicável a leis do Congresso?

Ronald Dworkin (1996, p. 196), anos e anos depois da decisão de 1968, saudou o Caso *New York v. Sullivan* como a *modern foundation of the American law of free speech*. Tocou ao *Justice William Brennan Jr.*, como dizemos aqui no Brasil, “lavrar o acórdão”. Nesse marco judicial, discute-se até que ponto o órgão de divulgação de notícias ou idéias é responsável por aquilo que divulga. Até que ponto deve a direção do jornal ou revista responder por fatos noticiados cuja veracidade não foi previamente checada. Entra em cena, então, a questão fática do *onus probandi*: cabe à entidade noticiosa provar que não agiu dolosamente (*without malice*) ou negligentemente (*recklessly*)? Exige-se “dolo direto” (*actual malice*)⁷ por parte da imprensa para que seja condenada no caso de ação judicial por ofensa à honra de autoridade pública? Até que ponto pode-se legalmente limitar as ações ajuizadas por servidores públicos contra jornais ou revistas se muitas dessas ações podem ter cunho puramente reparatório da honra e não visam à indenização pecuniária? A uma *libel law* estadual (no caso concreto, Alabama) pode-se aplicar a Emenda n. 1, que fala em “Congresso”? A incidência, então, se faria por força da Emenda n. 14?

A questão melindrosa da prova do “dolo direto” (*malice in fact* ou *actual malice*) já havia, evidentemente, sido ventilada em

⁷ Como no direito brasileiro, o direito americano distingue entre “dolo direto” (*actual malice* ou *malice in fact*) e “dolo eventual” (*malice in law*). A propósito, confira BLACK, 1979, p. 863.

muitos outros casos que antecederam ao *New York Times Co. v. Sullivan*⁸. Pois bem, ainda que possa ter havido, antes do julgamento em consideração, votos esparsos sobre a importância de uma imprensa livre, somente com *New York Times Co. v. Sullivan* é que a Suprema Corte garantiu a proteção de uma imprensa, ainda que imprecisa quanto aos fatos divulgados, e mesmo “apressada” quanto a notícias dadas. A possibilidade de indenizações polpudas por difamação ou calúnia não deixa de ser, no fundo, uma barreira para a atuação de uma imprensa livre. O receio de condenação judicial – mais civil do que mesmo penal – pode funcionar como “bloqueador” da crítica a órgãos públicos, nem sempre atuando no interesse da coletividade. Daí ter ficado registrado no voto de Brennan Jr. que “(...) o medo de indenização por danos (...) pode ser, inquestionavelmente, mais inibidor do que o medo de condenação sob uma lei penal”⁹. A decisão *New York Times* foi tão importante, que livros sobre o caso foram publicados a seguir (LEWIS, 1991). Houve quem pusesse em xeque se a investigação de Watergate teria chegado a bom termo se não fosse a preexistência do caso *New York Times* (DWORKIN, 1996, p. 195-196). Efetivamente, a espionagem feita por esbirros do Presidente Nixon na sede nacional do Partido Democrata em Washington (Edifício Watergate) levou a Suprema Corte, em julho de 1974, a permitir a divulgação dos papéis e fitas particulares do presidente da República, por entender que o Governo não havia comprovado que a divulgação de tais dados punha em risco interesses do país.

Em *New York Times*, Brennan, ao começar seu voto, ciente da importância do precedente *in fieri*, admoestou que:

⁸ *Charles Parker Co. v. Silver City Crystal Co.*, 142 Conn. 605, 618, 446 (1955); *Phoenix Newspaper, Inc. v. Choisser*, 82 Ariz. 271, 277, 278 (1957).

⁹ *The fear of damage awards (...) may be markedly more inhibiting than the fear of prosecution under a criminal statute.*

“(...) foi-nos solicitado, neste caso, determinar, pela primeira vez, até que ponto as proteções constitucionais de fala e de imprensa limitam o poder do Estado em conceder indenizações em ação por difamação aforada por um servidor público contra críticas de sua conduta funcional”¹⁰

Mas, mesmo em país com democracia bem consolidada, como os Estados Unidos, não se pode deixar de vigilar pelos direitos fundamentais, ainda que tenham eles mais de duas centúrias de positividade constitucional. Por mais de uma vez, tenta-se alterar a redação da Emenda n. 1. Desde 1989, há notórias tentativas de mexer na Emenda n. 1 para evitar a queima da bandeira nacional, considerada pela Suprema Corte como liberdade de expressão. Em *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969), por exemplo, um rapaz, indignado com a notícia dada por rádio de que um líder negro havia sido assassinado, ateou publicamente fogo à bandeira nacional. Seu ato foi tipificado como crime. A Suprema Corte, porém, entendeu que, por mais estapafúrdio e trespoucoado que fosse seu gesto, o jovem estava exercendo direito de expressão, garantido pela Emenda n. 1. Em seu voto, o Justice Harlan consignou:

“Nós crescemos que o desrespeito por nossa bandeira é de ser lamentado, tanto nesses tempos conturbados, quanto nos períodos mais tranquilos de nossa história (...). Todavia, não temos como manter uma condenação que se alicerça numa forma de expressão, ainda que condenável, que a Constituição tolera e protege.”

Em outro caso – *United States v. Eichman*, 110 S. Ct. 2404 (1990) –, a Suprema Corte, novamente conduzida por William Brennan Jr., com a adesão dos Justices Marshall,

¹⁰ *We are required in this case to determine for the first time the extent to which the constitutional protections for speech and press limit a State's power to award damages in a libel action brought by a public official against critics of his official conduct.*

Blackmun, Scalia e Kennedy, decidiu que queimar bandeira norte-americana, vedada por uma lei federal de 1989,¹¹ era uma lídima manifestação da liberdade de expressão política, e encontrava amparo na Emenda n. 1. A orientação foi a mesma do precedente *Texas v. Johnson*. 491 U.S. 397 (1989).

Em junho de 2006, por apenas um voto, o Senado deixou de aprovar projeto de emenda constitucional alterando a Emenda n. 1 para que ficasse constitucionalmente vedada a queima de bandeira nacional. Se passasse a proposta, a Suprema Corte já não mais teria como manter sua jurisprudência de liberdade de expressão, duramente conquistada através de séculos. Não resta dúvida de que a inserção na Emenda n. 1 da criminalização da queima ou destruição de bandeira será um retrocesso que interrompe a evolução cevada no credo calvinista.

Referências

- BLACK, Henry Campbell. *Law dictionary*. St. Paul Minn: West Publishing Co, 1979.
- BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*. *Lolang. Com*, Livonia, 2003. Disponível em: <<http://www.lonang.com/exlibris/blackstone/>>. Acesso em: 10 abr. 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harvard University, 1996.
- JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Tradução de Fernando de Los Rios. Montevidéo: J. C. Faira, 2005.
- LASKI, Harold J. *Liberty in the modern state*. London: Penguin Books, 1937.
- LEWIS, Anthony. *Make no law: the Sullivan case and the first amendment*. New York: Random House, 1991.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten*. Berlin: Springer, 1959.
- NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald. *Principles of constitutional law*. 3. ed. St. Paul, MN: Thomson, 2007.
- PASCAL, Blaise. *Pensées*. *Croixsens*, [S. 1.], [19--]. Disponível em: <<http://www.croixsens.net/pascal/index.php>>. Acesso em: 26 nov. 2007.
- STATIONER'S Company. In: *THE FREE dictionary*. Huntingdon Valley: Farlex, 2008. Disponível em: <<http://encyclopedia.farlex.com/Stationer's+Company>>. Acesso em: 25 jan. 2008.

¹¹ *Flag Protection Act*. A Constituição Federal brasileira, em seu art. 13, § 1º, tem a bandeira como um dos símbolos nacionais. A Lei n. 5.700/1971, alterada pela Lei n. 8.421/1992, em seu art. 31, considera como contravenção penal manifestação de desrespeito aos símbolos nacionais. A destruição da bandeira, todavia, configura um crime, apenado com pena de detenção de 2 a 4 anos (Decreto-lei n. 898/1969, art. 44).