

# LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSOS OFENSIVOS NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS

**Aluno: Eduardo Diniz Alves Pereira**  
**Orientador: Fábio Carvalho Leite**

## Introdução

Conforme a sociedade e os tribunais brasileiros se acostumam à Constituição de 1988, questões relativas ao núcleo da liberdade de expressão vão sendo pacificadas. Não restam dúvidas, por exemplo, de que os mecanismos de censura prévia por parte da Administração a que fomos submetidos no passado seriam hoje absolutamente inconstitucionais.

Diante desse quadro, as atenções naturalmente se voltam para os casos difíceis, nos quais são testados os limites da liberdade de expressão. Surgem diversas questões: até que ponto devem ser tolerados discursos de conteúdo discriminatório? Ocorre uma violação à proteção constitucional à liberdade de expressão quando tribunais proíbem a divulgação de mensagens (para proteger a honra de uma pessoa, por exemplo)? E quando são impostas sanções *a posteriori*, como indenizações por danos morais ou mesmo penas privativas de liberdade?

A proposta deste artigo é debater um desses pontos polêmicos que ainda cercam o tratamento constitucional da liberdade de expressão no Brasil: os discursos ofensivos. O trabalho será dividido em duas partes. Na primeira, procuraremos delinear os contornos dessa prática, uma vez que ela ainda é pouco estudada no direito brasileiro, e tentaremos expor os motivos pelos quais ela deve ser permitida em nosso ordenamento jurídico. Em seguida, compararemos o tratamento que a questão recebe aqui com o que lhe é dado nos Estados Unidos da América, país que ostenta uma das jurisprudências mais liberais no assunto, procurando extrair do direito americano lições que possam ser aproveitadas por nós.

## A questão dos discursos ofensivos

### A. Existe um direito de emitir opiniões ofensivas<sup>1</sup>?

Não é difícil perceber que o exercício da liberdade de expressão por parte de uma pessoa pode contrariar os interesses de outra, ou mesmo da sociedade em geral. Afinal, denúncias veiculadas na imprensa podem acabar com a carreira de um político, críticas destrutivas muitas vezes condenam um espetáculo ao fracasso, e certas obras de arte ofendem profundamente grandes parcelas da população.

O potencial de conflitos jurídicos nessa área, portanto, é grande. Mas existe, de fato, um direito de emitir opiniões ofensivas, ou constitui essa prática um desvirtuamento da liberdade de expressão (fora, portanto, de seu âmbito de proteção constitucional)?

---

<sup>1</sup> Como se discutirá ao longo do trabalho, o conceito é novo no direito brasileiro e, conseqüentemente, sua nomenclatura ainda se encontra em fase de construção. A expressão “direito a uma opinião ofensiva”, adotada neste trabalho, foi proposta pelo prof. Fábio Carvalho Leite em “Liberdade de expressão e o Direito a uma opinião ofensiva”.

Infelizmente, esse é um tema que não tem sido enfrentado pela doutrina brasileira. Nos artigos e livros que se escrevem sobre liberdade de expressão no Brasil, é comum a abordagem da questão genérica do choque de princípios constitucionais, mas pouco se dedica ao ponto específico das opiniões ofensivas.

Em virtude da falta de debate sobre o tema, é difícil encontrar na doutrina até mesmo formulações do conceito de discurso ofensivo. Quando utilizamos essa expressão, no entanto, referimo-nos àquelas mensagens cuja proteção constitucional é contestada porque a dureza de sua forma ou conteúdo faz com que atinjam bens jurídicos de um indivíduo (como a sua honra ou imagem), de um grupo ou até da sociedade de forma ampla (como no caso de mensagens que agridam símbolos religiosos ou nacionais, ou que violem noções básicas de decoro e bom gosto compartilhadas por grande parte da população). Deve ficar claro que não nos referimos apenas a “críticas construtivas”, a discursos que, embora duros na forma, são nobres em seus propósitos: também incluímos nesta discussão o direito de emitir opiniões desfavoráveis sobre outros ainda que desacompanhadas de qualquer sugestão sobre como melhorar. A questão fundamental a ser debatida, portanto, é se essa espécie de discurso se encontra dentro do âmbito de proteção das normas constitucionais que asseguram a liberdade de expressão (ou seja, se existe um direito a emitir opiniões ofensivas) — e, em caso afirmativo, como devem ser resolvidas as colisões que fatalmente se estabelecerão entre esse direito e outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

O problema é bem colocado por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

“Uma forma de contornar o que aparenta ser um conflito entre direitos fundamentais consiste em negar a sua ocorrência real, à vista da não-abrangência, pela norma jusfundamental, da situação analisada [...] Pode-se chegar à conclusão de que a pretensão do indivíduo envolvido no conflito aparente não se inclui no âmbito de proteção do direito que evoca; afinal, o conteúdo constitucionalmente declarado do direito nem sempre se mostra evidente e indiscutível”.<sup>2</sup>

Com efeito, embora o debate no Brasil sobre o tema ainda seja restrito, há autores que, de forma mais ou menos explícita, sustentam o argumento de que não há um direito a opiniões ofensivas pelo fato de que essas se encontrariam fora do âmbito de proteção da liberdade de expressão. Assim, Rogério Grecco<sup>3</sup>, ao comentar os delitos de difamação e injúria, escreve que são puníveis as críticas literárias, artísticas ou científicas “destrutivas”. Já Clovis Beznos<sup>4</sup> expressamente afirma não haver uma colisão de princípios constitucionais na questão em estudo porque a liberdade de manifestação do pensamento pode ser exercida sem que os direitos da personalidade de outras pessoas sejam atingidos, de modo que essa violação estaria fora do âmbito de proteção das normas constitucionais.

É bem verdade que outros autores parecem sugerir uma maior aceitação das opiniões ofensivas. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, por exemplo, afirmam que “palavras que configuram estopins

---

<sup>2</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, p. 278ss.

<sup>3</sup> GRECCO, Rogério, *Curso de Direito Penal – Parte Especial*, vol. II, p. 413 ss

<sup>4</sup> BEZNOS, Clovis, “A liberdade de manifestação do pensamento e de expressão e a proteção da intimidade e da vida privada”.

de ação, em vez de pautas de persuasão, não se incluem na garantia constitucional. *Isso não pode significar, contudo, que palavras duras ou desagradáveis estejam excluídas do âmbito de proteção da liberdade de expressão*<sup>5</sup> (grifo nosso). No entanto, o fato é que posições em defesa do direito de emitir opiniões ofensivas estão longe de ser unanimidade, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. E, conforme certa vez colocou a Suprema Corte americana, a “liberdade não encontra refúgio em uma jurisprudência de dúvida”<sup>6</sup>. O direito a opiniões ofensivas, portanto, não está assegurado em nosso ordenamento jurídico. É natural que surja, então, a pergunta: e por que ele deveria estar? Que valor pode ser atribuído a discursos marcados pela ofensa a outras pessoas?

### **B. Dos valores subjacentes do direito a uma opinião ofensiva**

Muito já se escreveu acerca das virtudes e da importância da liberdade de expressão. Thomas I. Emerson, teorizando sobre o assunto<sup>7</sup>, identificou ao menos quatro valores que a justificariam: em primeiro lugar, ela favorece a busca pela verdade; segundo, trata-se de uma ferramenta importante de participação no processo político; terceiro, ela representa uma válvula de escape através da qual idéias perigosas esgotam suas forças, ao invés de crescerem sob o manto da repressão; finalmente, a liberdade de expressão é necessária à realização pessoal dos indivíduos e ao desenvolvimento de sua personalidade. Mas até que ponto esses argumentos podem ser transpostos para o caso dos discursos ofensivos?

Uma das mais famosas defesas da liberdade de expressão como promotora do “livre mercado de idéias” foi feita por John Stuart Mill, em “Sobre a liberdade”<sup>8</sup>. Segundo Mill, deve-se aceitar a livre circulação de idéias que contrariem as crenças da maioria porque a opinião “herética” pode ser verdadeira ou ao menos conter parte da verdade, de modo que silenciá-la equivale a perder uma oportunidade de corrigir um erro. E, ainda que a opinião dissonante seja absolutamente falsa, a população deve saber rejeitá-la pelos motivos certos, conhecendo os argumentos que a refutam, e não sendo protegida de sua exposição.

O argumento da busca pela verdade aplica-se a parte dos discursos ofensivos. Por mais que alguns autores tentem argumentar que a ofensa nunca é parte essencial de uma exposição de idéias, é fato que em certas circunstâncias nada é mais eficaz que o chocante. É o caso do humor. Charges e caricaturas, por exemplo, são eficientes na transmissão de mensagens justamente porque se voltam para defeitos e trejeitos e os exageram, muitas vezes chegando ao grotesco. E, como diz o provérbio latino, “rindo, moralizam-se os costumes”. Por outro lado, poucas coisas podem aborrecer mais que o humor “chapa-branca”...

No entanto, também é verdade que nem todas as formas de discurso ofensivo podem ser defendidas com o argumento de que contribuem para a busca da verdade. Afinal, como deixamos claro na seção anterior, queremos construir uma teoria que justifique o direito a uma opinião ofensiva independentemente de essa opinião ter qualquer pretensão de contribuir com o debate. Além do mais, o próprio argumento do “livre mercado de idéias” é problemático, pois pressupõe a existência de uma verdade única a ser alcançada, além de supor que essa posição verdadeira fatalmente prevalecerá

---

<sup>5</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. Cit., p. 360.

<sup>6</sup> Em *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833.

<sup>7</sup> EMERSON, Thomas I., *Toward a General Theory of the First Amendment*, in: EMANUEL, Steven. *Constitutional Law*, p. 485ss.

<sup>8</sup> MILL, John Stuart, *On Liberty*, p. 15ss

caso todos os argumentos possam ser livremente cotejados. Devemos, então, buscar outros fundamentos para justificar nossa posição.

O segundo argumento elencado por Emerson, como mencionado, destaca a importância da liberdade de expressão para o processo democrático. Num regime democrático (art. 1º, *caput*, da Constituição), em que todo poder emana do povo (art. 1º, parágrafo único) e que é marcado pelo pluralismo político (art. 1º, V), a livre circulação de idéias não é apenas importante: trata-se de um pressuposto do sistema. Além do mais, é corolário da forma republicana de governo (art. 1º, *caput*) que os cidadãos possam fiscalizar os atos dos governantes, os quais devem ser marcados pela publicidade (art. 37, *caput*). Como se pode ver, trata-se de um argumento forte, que se reflete em diversos dispositivos do texto constitucional. Todavia, ele tampouco é suficiente para justificar os discursos ofensivos de forma geral, uma vez que se limita a mensagens com conteúdo político. Não poderia ser aplicado, por exemplo, ao humorista que debocha de celebridades.

Passamos, então, ao argumento da válvula de escape. A idéia, aqui, é de que a repressão jamais conseguirá eliminar completamente as idéias nocivas da sociedade; ao contrário, quando perseguidas, elas tendem a fortalecer-se, estimuladas pela aura de mistério e pela vitimização. Assim, uma ampla liberdade de expressão funcionaria como uma válvula de escape, permitindo que tais idéias “escoassem” sem causar maiores transtornos, na medida em que suas próprias fragilidades se tornam claras para o público. Mas, embora o argumento da válvula de escape seja adequado a certos discursos ofensivos (a publicação de livros anti-semitas, por exemplo), não podemos utilizá-lo como fundamento para a proteção de qualquer opinião ofensiva. Afinal, seria um erro igualar as opiniões ofensivas a “idéias perigosas”, que são apenas toleradas, e não aceitas.

Chegamos, então, à questão da realização pessoal e do livre desenvolvimento da personalidade. De acordo com esse argumento, que se relaciona com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), para que os indivíduos possam realizar-se plenamente é necessário que eles tenham acesso a fontes de conhecimento, desenvolvam as próprias opiniões e comuniquem os seus julgamentos sem impedimentos por parte do Estado. Conforme colocam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

“a plenitude da formação da personalidade depende de que se disponha de meios para conhecer a realidade e as suas interpretações, e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e para que se tomem decisões relevantes. O argumento humanista, assim, acentua que ‘o autogoverno postula um discurso político protegido das interferências do poder’”<sup>9</sup>.

Como esse argumento não depende do conteúdo da mensagem, ele parece ser uma boa justificativa para a proteção aos discursos ofensivos. Saber que podemos dizer o que pensamos, ainda que nossa opinião desagrade a alguns, é mais do que um mero capricho: é liberdade. Contudo, é preciso ter cuidado com os excessos a que esse raciocínio pode conduzir. Afinal, ele poderia legitimar qualquer forma de expressão em que pessoas pudessem se realizar, o que não é, absolutamente, o nosso objetivo. Não queremos, a exemplo da famosa construção de Oliver Wendell Holmes Jr.<sup>10</sup>, permitir

<sup>9</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. Cit., p. 350.

<sup>10</sup> Em *Schenck v. United States* (249 U.S. 47, 1919)

que indivíduos falsamente gritem “fogo!” em um teatro lotado apenas porque encontram nessa prática uma fonte de realização pessoal.

Talvez mais importante que os argumentos elencados por Emerson, então, seja a questão do *chilling effect*, frequentemente enfatizada pela Suprema Corte americana, como será mostrado na seção seguinte. De acordo com a teoria do *chilling effect*, a possibilidade de sofrer sanções por suas manifestações faz com que muitas pessoas optem pela autocensura. E, como nessa área as fronteiras entre o lícito e o ilícito são frequentemente turvas — e variáveis —, mesmo aqueles que tinham a intenção de divulgar mensagens legítimas terminam por permanecer calados, com medo de que elas viessem a ser consideradas ilegais. Assim, qualquer limitação à liberdade de expressão acaba tendo um efeito maior do que o planejado.

Com os discursos ofensivos, a situação não é diferente. Sua repressão tem o efeito de dissuadir todos aqueles que desejam fazer uma crítica mais contundente — ainda que construtiva! —, e a própria garantia da liberdade de expressão termina esvaziada, uma vez que na prática ela só garante a proteção daquelas mensagens sem qualquer teor crítico, que a ninguém interessaria censurar.

A combinação de todos os fatores acima mencionados, portanto, parece corroborar a nossa tese de que os discursos ofensivos precisam ser encarados dentro do âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão. De qualquer forma, o problema talvez se encontre na indagação, e não na resposta: em se tratando da relação entre o Estado e as liberdades dos indivíduos, deveríamos nos perguntar “por que limitar?”, e não “por que proteger?”. Na seção seguinte, procuraremos demonstrar como essa proteção é assegurada nos Estados Unidos da América.

## **O tratamento dos discursos ofensivos no direito americano e sua contribuição para o direito brasileiro**

### **A. Publicação de críticas a figuras públicas e o caso *New York Times v. Sullivan***

O direito americano não é imune à responsabilização civil daqueles que, com seus discursos, atingem os bens jurídicos de outros indivíduos. Na *common law*, *defamation* é um termo geral que engloba dois atos ilícitos: *libel* e *slander*. Ambos se referem a mensagens *falsas* que podem causar danos à reputação de uma pessoa (mas enquanto *libel* se aplica a discursos registrados de forma fixa, como um artigo de jornal ou uma gravação, *slander* é voltado para formas de comunicação mais transitórias, como o discurso oral)<sup>11</sup>. O que importa, porém, é que há bastante tempo as cortes americanas atentam para o delicado equilíbrio que envolve a repressão a essas condutas, de um lado, e a proteção às garantias constitucionais da liberdade de expressão e de imprensa, de outro. Assim, a liberdade de expressão em diversas circunstâncias funciona como o que no Brasil chamaríamos de “excludente de ilicitude”, livrando de qualquer sanção atos que, objetivamente, constituiriam ilícitos civis.

O *leading case* nessa matéria foi o famoso *New York Times v. Sullivan*<sup>12</sup>, julgado pela Suprema Corte em 1964. À época, Sullivan era comissário de polícia em Montgomery, Alabama, e sentiu-se ofendido com um anúncio publicado pelo “Comitê para a Defesa de Martin Luther King e da Luta por Liberdade no Sul” no *New York Times*, o qual trazia críticas severas à atuação da polícia na repressão ao movimento por

---

<sup>11</sup> BARNETT, Randy E., *Constitutional Law – Cases in Context*, p. 1129.

<sup>12</sup> 376 U.S. 254 (1964)

liberdades civis no Sul dos Estados Unidos (embora sem nunca mencionar o nome de Sullivan).

Na opinião da Corte, era incontroverso que a narração dos fatos contida no anúncio não era totalmente verdadeira. Isso, de acordo com a lei então vigente, seria suficiente para caracterizar a prática de *libel* por parte dos réus. No entanto, a Corte também entendeu ser inconstitucional a regra que obrigava a prova da veracidade de todos os fatos pela defesa mesmo quando a suposta difamação envolvia a crítica a agentes públicos no exercício de suas funções. De acordo com os *justices*, nesses casos deveria ser aplicado um *standard* diferente: só poderia haver condenação caso se constatasse *actual malice* ou *reckless disregard* (algo como dolo ou negligência grave) na publicação de notícias falsas. Ou seja, os meios de comunicação não poderiam ser responsabilizados por cometer erros na divulgação de fatos relativos a agentes públicos no exercício de suas funções a menos que tivessem conhecimento acerca da falsidade das notícias, ou que tenham sido completamente displicentes na verificação dos dados. Trata-se, como se pode perceber, de uma proteção àqueles que cometem erros agindo de boa-fé.

Para justificar sua decisão, a Suprema Corte valeu-se da idéia do *chilling effect*. A obrigatoriedade de provar a veracidade de todos os fatos publicados, afinal, não atingiria somente aqueles que efetivamente divulgam notícias falsas — muitos optariam pela autocensura por medo de não poder provar todas as suas declarações em um tribunal. E isso contrariaria a idéia de um governo republicano no qual as condutas dos oficiais do governo devem sofrer um rigoroso escrutínio por parte do público. Assim, a decisão de *New York Times v. Sullivan* é celebrada como um marco na defesa da liberdade de expressão, provendo à imprensa um espaço amplo dentro do qual ela pode exercer seu papel sem temer condenações judiciais<sup>13</sup>.

Verifica-se, no Brasil, um cenário completamente diferente. Além de não termos em nossa jurisprudência uma regra clara que assegure a liberdade daqueles que desejam realizar críticas a agentes públicos, algumas de nossas leis seguem na contramão de *New York Times v. Sullivan*, oferecendo proteção ainda maior à reputação de oficiais do governo. É o caso do art. 141 do Código Penal, o qual traz agravantes para os crimes contra a honra (calúnia, injúria e difamação):

*Art. 141. As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:*

*I – contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;*

*II – contra funcionário público, em razão de suas funções;*

*[...]*

Outro exemplo eloqüente parte do art. 45 da lei eleitoral (lei 9504/97):

*Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário:*

*I - transmitir, ainda que sob a forma de entrevista jornalística, imagens de realização de pesquisa ou qualquer outro tipo de consulta popular de natureza*

---

<sup>13</sup> A doutrina americana mais recente, porém, diverge quanto à proteção que a regra de *New York Times v. Sullivan* efetivamente confere à imprensa. Russell L. Weaver e Arthur D. Hellman (em “The First Amendment – Cases, materials and problems”, p. 43) apontam que o custo das ações envolvendo a descoberta de *actual malice* tornou-se tão alto que muitos — especialmente pequenos veículos de comunicação — podem ser dissuadidos da publicação de notícias que possam vir a ser desafiadas na Justiça de qualquer forma.

*eleitoral em que seja possível identificar o entrevistado ou em que haja manipulação de dados;*

*II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito;*

*III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes;*

*IV - dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação;*

*V - veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto programas jornalísticos ou debates políticos;*

[...]

Esse dispositivo — marcadamente seu inciso II — praticamente bane programas de comédia da cobertura da campanha eleitoral. Quem conhece o papel dos humorísticos americanos nas eleições dos Estados Unidos sabe o quanto estamos perdendo em debate, crítica e — por que não? — diversão.

O alcance da decisão da Suprema Corte em *New York Times v. Sullivan* ainda foi posteriormente ampliado em *Curtis Publishing Co. v. Butts*<sup>14</sup>. Esse caso envolvia a denúncia, por parte de um jornal, de que um técnico de futebol americano havia combinado o resultado de um jogo da liga universitária. Como o técnico não era funcionário público, o jornal não poderia defender-se com base nos requisitos mais flexíveis estabelecidos em *New York Times v. Sullivan*. Entretanto, a Corte estabeleceu que a obrigatoriedade de *actual malice* ou *reckless disregard* deveria ser estendida a figuras públicas que estão “intimamente envolvidas com a resolução de importantes questões públicas ou que, em função de sua fama, moldam eventos em áreas que interessam à sociedade de forma geral”.

Outro precedente que amplia a liberdade da imprensa de publicar discursos ofensivos foi estabelecido em *Hustler Magazine v. Falwell*<sup>15</sup>. Esse caso relacionava-se à publicação, por parte da revista adulta Hustler Magazine, de uma paródia, envolvendo o pastor evangélico Jerry Falwell, dos anúncios da bebida Campari veiculados naquela época. Tais anúncios traziam entrevistas em que celebridades contavam sobre a sua “primeira vez”; ao longo do texto, no entanto, ficava claro que o entrevistado falava sobre a primeira vez em que experimentara a bebida. A paródia veiculada pela Hustler Magazine, contudo, sugeria que Falwell tivera sua primeira experiência sexual com sua própria mãe e que sempre estava bêbado durante suas pregações.

A regra estabelecida em *New York Times v. Sullivan* não beneficiava a Hustler Magazine porque ela, evidentemente, tinha conhecimento de que os fatos que narrava em sua paródia não eram verdadeiros. Ela agira, portanto, com *actual malice*. No entanto, a Suprema Corte entendeu que a divulgação de notícias falsas envolvendo figuras públicas também deveria estar dentro da esfera de proteção da Primeira Emenda, desde que a forma da mensagem deixasse claro que o autor não tinha qualquer intenção de narrar aqueles fatos como verdadeiros, como geralmente ocorre com charges e caricaturas. Na opinião dos *justices*, caso a Corte procedesse de outra forma ela estaria condenando à morte grande parte do humor político do país. Vale ressaltar que a decisão foi unânime, contando com o apoio tanto dos juízes mais liberais quanto dos mais conservadores.

---

<sup>14</sup> 388 U.S. 130 (1967).

<sup>15</sup> 485 U.S. 46 (1988).

Mas a jurisprudência americana não é vulnerável à crítica de que confere um valor absoluto à liberdade de expressão e que, ao fazê-lo, negligencia a proteção aos direitos da personalidade (também assegurados pela Constituição brasileira, em seu art. 5º, X). Um bom exemplo da ponderação que a Suprema Corte faz entre os dois princípios pode ser encontrado em *Gertz v. Robert Welch, Inc*<sup>16</sup>.

O caso envolvia a publicação, por parte de uma revista, de opiniões ofensivas a uma pessoa tida como eminentemente privada. A Corte entendeu, então, que a regra consagrada em *New York Times v. Sullivan* não era adequada à hipótese, em função de dois fatores que distinguem significativamente figuras públicas de figuras privadas: em primeiro lugar, pessoas públicas possuem maior acesso à mídia, e portanto dispõem de recursos mais amplos para se defender de acusações contradizendo-as, sem necessitar de auxílio da Justiça; segundo, na maior parte dos casos as pessoas públicas alcançaram voluntariamente a posição de destaque que ocupam, e sabiam que isso iria sujeitá-las a um maior escrutínio, de modo que é mais justo oferecer a elas menor proteção do que àquelas pessoas que jamais tomaram essa decisão. Poderíamos acrescentar às justificativas oferecidas pela Suprema Corte o fato de que notícias relativas a figuras públicas em geral são de maior importância para a sociedade.

A técnica da ponderação de princípios e a distinção entre figuras públicas e privadas não são novidades para a doutrina brasileira. Luis Roberto Barroso, por exemplo, advoga que esse deve ser um dos parâmetros a orientar o intérprete que se depara com uma colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade:

*As pessoas que ocupam cargos públicos têm o seu direito de privacidade tutelado em intensidade mais branda. O controle do poder governamental e a prevenção contra a censura ampliam o grau legítimo de ingerência na esfera pessoal da conduta dos agentes públicos. O mesmo vale para pessoas notórias, como artistas, atletas, modelos e pessoas do mundo do entretenimento. Evidentemente, menor proteção não significa supressão do direito. Já as pessoas que não têm vida pública ou notoriedade desfrutam de uma tutela mais ampla de sua privacidade*<sup>17</sup>.

Até mesmo na jurisprudência se encontram decisões que levam em consideração os parâmetros sugeridos acima. A título de exemplo, veja-se o seguinte trecho de um acórdão recente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

*Os direitos fundamentais não mais devem ser entendidos unicamente sob a ótica individual, porquanto figuram em um sistema de valores objetivos perseguidos pela sociedade democrática. Os direitos personalíssimos do indivíduo, mormente tratando-se de pessoas públicas que atuam no desempenho da gestão da coisa pública, podem ser relativizados em face dos direitos fundamentais de informar, de informar-se e de ser informado, elementos essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito. Matéria jornalística que se refere a fato social e politicamente relevante. Preservação da verdade sabida quanto aos fatos, mantendo-se incólume o sigilo da fonte. Simples relato de reunião presidida pelo apelante, ex-deputado, tendo como objeto assunto de seu domínio*

---

<sup>16</sup> 418 U.S. 323 (1974).

<sup>17</sup> BARROSO, Luis Roberto, *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*, in: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 10, p. 90.

*profissional. Ausência de conteúdo ofensivo ou doloso na matéria jornalística. Manutenção da sentença. Conhecimento e desprovemento do recurso*<sup>18</sup>.

Como se pode verificar, a regra consagrada no direito americano a partir do caso *New York Times v. Sullivan* não é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Temos condições de oferecer uma maior proteção aos discursos ofensivos voltados contra pessoas públicas. O que nos falta é uma regra clara nesse sentido, que assegure aos órgãos de imprensa — e a todos aqueles que quiserem emitir uma opinião ofensiva — que tentativas de obter reparação na justiça sem que haja *actual malice* ou *reckless disregard* não prosperarão. É bem verdade que o estabelecimento dessa regra nos Estados Unidos se mostra mais fácil, em virtude do princípio — típico da *common law* — do *stare decisis*, segundo o qual as cortes devem respeitar os precedentes. Acreditamos, porém, que um resultado prático muito próximo poderia ser obtido no Brasil caso os tribunais superiores começassem a julgar decidida e reiteradamente de acordo com os parâmetros aqui sugeridos.

### **B. Discurso ofensivo e ofensas à sociedade em geral**

Vimos, na seção anterior, como o direito americano lida com opiniões ofensivas que difamam um indivíduo, atingindo a sua reputação. Agora, veremos qual é o tratamento dado a manifestações que ofendem os sentimentos de todo um grupo, ou mesmo da sociedade em geral. Aqui, os interesses que se contrapõem à liberdade de expressão não são mais os direitos da personalidade do ofendido, mas a defesa da moral e dos bons costumes e a manutenção da ordem. Casos que suscitam essa questão incluem, entre outros, a exibição de símbolos religiosos por escolas de samba no Carnaval.

Um bom exemplo do tratamento concedido a esse tipo de questão pela Suprema Corte americana é dado por *Cohen v. California*<sup>19</sup>. Nesse caso, um homem foi preso por “perturbação da ordem” por comparecer a um tribunal vestindo um casaco em que se lia “foda-se o recrutamento”, num protesto contra o recrutamento de soldados para a Guerra do Vietnã.

A condenação de Cohen, no entanto, foi revertida pela Suprema Corte, que entendeu ser ela inconstitucional por basear-se unicamente no *conteúdo* da mensagem divulgada. O Estado tem, frise-se, o direito de regular certas manifestações em função da forma que elas assumem. Um protesto, por exemplo, poderia ser impedido de ser realizado nas imediações de um hospital, mas não poderia ser proibido em virtude da idéia divulgada pelos manifestantes. No caso de Cohen, porém, não havia nada em sua conduta que o Estado pudesse querer restringir, senão a própria mensagem manifestada por ele.

A Corte também rejeitou a alegação da Califórnia de que a condenação servia ao interesse do estado de proteger a moral retirando do debate público palavras ofensivas. Dois argumentos foram utilizados: em primeiro lugar, a presença de expressões consideradas desagradáveis por parte da sociedade é um efeito colateral inafastável da liberdade de expressão — sem aquelas, esta não pode existir; segundo, não existe um critério objetivo com o qual o Estado possa definir o que é ou não admissível sem endossar os pontos de vista de um grupo em particular.

---

<sup>18</sup> Apelação 0069226-17.2005.8.19.0001. Rel: Des. Rogerio de Oliveira Souza. Julgamento: 02/02/2010.

<sup>9</sup>ª Câmara Cível. Do TJ/RJ.

<sup>19</sup> 403 U.S. 15 (1971)

Outro precedente importante foi estabelecido em *Lawrence v. Johnson*<sup>20</sup>. Johnson havia sido preso no Texas por ter, durante uma manifestação, atado fogo sobre a bandeira americana. Ele foi condenado com base em uma lei que proibia o vilipêndio de objetos venerados. Mais uma vez, porém, a Suprema Corte reverteu a condenação, sob o argumento de que ela não servia a qualquer interesse estatal legítimo, mas apenas ao desejo do estado de controlar o conteúdo da mensagem de Johnson. E, como a Corte deixou claro, o princípio segundo o qual o governo não deve ter o poder de restringir a divulgação de uma mensagem quando não concordar com ela é importante o bastante para ser afirmado mesmo quando a bandeira nacional está envolvida.

A decisão de *Lawrence v. Johnson* remete-nos ao crime previsto no art. 208, parte final, do Código Penal: “[...] vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso”. O dispositivo, parece-nos, é patentemente inconstitucional. A manifestação de uma opinião ofensiva a objeto ou culto religioso, afinal, é uma conduta meramente expressiva; portanto, o único interesse que o Estado pode ter em proibi-lo é censurar um conteúdo do qual discorda. A violação à liberdade de expressão fica evidente.

Os casos *Cohen* e *Lawrence* deixam-nos uma lição importante: a garantia constitucional à liberdade de expressão existe para que a maioria não se utilize do poder estatal para impor pelo silêncio sua visão de mundo às minorias.

### Conclusões

1 - Não há no Brasil uma proteção adequada ao direito de emitir uma opinião ofensiva. Ainda que parte da doutrina e da jurisprudência caminhem na direção de tutelar esse direito, os brasileiros não podem estar seguros de que essa proteção será estendida a seu caso.

2 - O direito a uma opinião ofensiva deveria ser assegurado por diversas razões. Em primeiro lugar, mesmo opiniões ofensivas podem contribuir para o debate público. Segundo, a livre circulação de idéias é um pressuposto de um regime republicano e democrático. Terceiro, a repressão a “idéias perigosas” não é a melhor forma de combatê-las. Quarto, permitir que as pessoas se expressem livremente é fundamental para o desenvolvimento de sua personalidade. Finalmente, a perseguição a opiniões ofensivas desencadeia um *chilling effect*, fazendo com que mesmo manifestações que seriam toleradas deixem de ser divulgadas pelo medo que seus autores terão de sofrer as mesmas sanções.

3 - Um bom parâmetro para julgar opiniões ofensivas e falsas sobre figuras públicas foi estabelecido no caso *New York Times v. Sullivan*: aqueles que as publicarem somente poderão ser punidos se tiverem agido com *actual malice* ou *reckless disregard*, ou seja, caso já soubessem que as informações não eram verdadeiras ou caso tenham agido com completa displicência na verificação dos dados. Também devem ser aceitas publicações nitidamente fantasiosas, como charges e caricaturas. Para as figuras eminentemente privadas, no entanto, a ponderação dos valores envolvidos faz com que a tutela aos direitos da personalidade mereça uma maior proteção.

4 - A desaprovação de determinada mensagem por setores significativos da sociedade não é fundamento para que o Estado restrinja a divulgação dessa mensagem com base em seu conteúdo.

### Referências bibliográficas

ADAMS, David M. (org.). *Philosophical problems in the law*. Belmont: Wadsworth, 2005.

---

<sup>20</sup> 491 U.S. 397 (1989)

BARNETT, Randy E. *Constitutional Law – Cases in context*. New York: Aspen Publishers, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*, in: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 10. Rio de Janeiro: Padma, 2003.

BEZDOS, Clovis. *A liberdade de manifestação do pensamento e de expressão e a proteção da intimidade e da vida privada*, in: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, volume 10A. Curitiba: Juruá, 2006.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

EMANUEL, Steven. *Constitutional Law*. New Rochelle: Emanuel Law Outlines, 1983.

GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*, vol. II. Niterói: Impetus, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILL, John Stuart. *On liberty*. Indianapolis: Hackett, 1978.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WEAVER, Russel L.; FRIEDLAND, Steven I.; HANCOCK, Catherine; LIVELY, Donald E.; SCOTT, Wendy B. *Constitutional Law: cases, materials & problems*. New York: Aspen Publishers, 2006.

WEAVER, Russell L.; HELLMAN, Arthur D. *The First Amendment: cases, materials and problems*. Newark: LexisNexis, 2002.