

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Constitucional

Fábio Luiz Bragança Ferreira

**Um estudo de caso sobre a liberdade de
imprensa no trato de personalidades políticas:
*New York Times Co. v. Sullivan***

Brasília – DF
2012

Fábio Luiz Bragança Ferreira

**Um estudo de caso sobre a liberdade de
imprensa no trato de personalidades políticas:
*New York Times Co. v. Sullivan***

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Gustavo Goner Branco.

Brasília – DF

2012

Fábio Luiz Bragança Ferreira

**Um estudo de caso sobre a Liberdade de Imprensa
no trato de Personalidades Políticas: *New York
Times Co. v. Sullivan***

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

“A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.” (Declaração de direitos do homem e do cidadão, França, 1789).

RESUMO

No presente trabalho, com o objetivo de rever algumas das regras que norteiam o exercício de ponderação entre os valores da liberdade de expressão da imprensa e do direito à imagem, vida privada e honra de personalidades políticas, optamos por realizar o estudo de caso de um precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. O precedente selecionado foi o caso *New York Times v. Sullivan* decidido pela Corte Constitucional norte-americana no ano de 1964. Para melhor compreensão da temática o trabalho foi dividido em duas partes complementares. Na primeira parte do estudo tratamos da forma como a liberdade de expressão é compreendida pela doutrina e jurisprudência constitucional dos Estados Unidos. Ainda nessa parte inicial são apontadas as críticas que entendemos mais relevantes sobre a dogmática da liberdade de expressão desenvolvida em solo norte-americano. Na segunda parte do trabalho é que se inicia o estudo do precedente *Times v. Sullivan* propriamente dito. Nesse momento serão analisados detalhadamente quais os principais argumentos da Corte, a exemplo de qual a posição adotada pela corte do estado do Alabama na decisão *a quo*, quais os argumentos utilizados pela Suprema Corte para superar tanto a posição da corte estadual como a do recorrido, Sr. Sullivan, quais os detalhes da regra estabelecida naquele momento pela Corte com o fim de proteger a liberdade da imprensa norte-americana e o debate público. Será analisado ainda de que forma se manifestaram os juízes que apresentaram votos concorrentes à opinião da Corte. A conclusão do trabalho é pela adequação moderada da regra da *actual malice*, estabelecida pela Corte na decisão, passível ainda de aperfeiçoamento.

Palavras chave: Imprensa. Liberdade de expressão. Personalidades políticas. Debate público. Estados Unidos da América. Suprema Corte.

ABSTRACT

In the present paper, which aimed to review some of the rules that guide the balancing exercise among the values of press freedom of expression and the image rights, privacy and honor of political personalities, it was decided to conduct a study of a case of the Supreme Court of the United States of America. The case selected was the New York Times vs. Sullivan, which was decided by the U.S. Constitutional Court, in 1964. For better understanding, the article was divided into two complementary parts. The first part of the study deals with the way the freedom of speech is understood by the doctrine and by the constitutional jurisprudence of the United States. In this part, it is also presented relevant critics about the dogma of freedom of expression developed in American soil. In the second part of the paper, it is shown the study of the case Times vs. Sullivan. At this moment, it is analyzed in detail the main arguments of the Court, following the example of the position adopted by the Alabama state court in a quo decision, showing the arguments used by the Supreme Court to overcome both the position of the state court as the defendant's position, Mr. Sullivan, demonstrating the details of the rule established at that time by the Court in order to protect the freedom of the American press and public debate. It is also analyzed the way judges, who presented concurrent votes to the Court opinion, manifested their positions. The conclusion of the paper is for the moderate adequacy of the actual malice rule, established by the Court in the decision, but possible to be improved.

Key-words: Press. Freedom of expression. Political personalities. Public debate. United States of America. Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 A liberdade de expressão nos EUA: considerações sobre a liberdade de expressão no entendimento estadunidense	11
1.1 A proteção constitucional oferecida pela primeira emenda	11
1.2 Críticas ao entendimento estadunidense sobre a liberdade de expressão ...	17
2 O caso <i>New York Times Co. versus Sullivan</i> (376 U.S. 254)	20
2.1 Considerações iniciais	20
2.2 A opinião da Corte	23
2.2.1 Os argumentos de Sullivan e a decisão da corte estadual do Alabama..	23
2.2.2 Questões preliminares analisadas pela Suprema Corte dos EUA	26
2.2.3 A regra da <i>actual malice</i> e a inevitabilidade do erro	27
2.2.4 A incapacidade do conteúdo difamatório em afastar a proteção constitucional do debate público	32
2.2.5 O objeto da garantia constitucional e as conclusões de Brennan	36
2.3 As opiniões concorrentes	40
2.4 Considerações finais	45
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52
ANEXO	54

INTRODUÇÃO

O homem é por excelência um “ente social”¹. É, da sua própria natureza, conviver em comunidade, concretizando-se e exteriorizando suas potencialidades na medida em que convive e que interage com seus pares. O homem é um ser social².

Partindo dessa premissa acerca da natureza primitiva do ser humano é fácil notar não apenas a sua necessidade de se comunicar, se relacionar e interagir com seu semelhante, transmitir as suas angústias e perceber as do próximo; mas notar também, a importância que a comunicação social, levada a efeito principalmente pela imprensa, tem na interação das sociedades modernas e na concretização desse ímpeto humano.

A informação jornalística está certamente dentre as formas de expressão mais conhecidas, sempre em plena dialética com o nosso cotidiano. Essa espécie de informação assume especial relevo ao passo que se justifica pelo direito da população em receber uma informação correta e imparcial. Ou seja, se por um lado jornalistas, editores e donos de veículos de comunicação têm o direito fundamental de informar a população, por outro, esse direito vem prenhe do dever social não só de informar, mas de bem informar a coletividade³.

A imprensa, como uma das poucas instituições capazes de transmitir e propagar a valorização de determinados valores, ou então a crítica a determinados valores ou idéias de forma tão consistente, delineia, por si própria, a sua verdadeira função. Qual seja, a de “contribuir decisivamente para o aprimoramento das relações entre Estado, Governo e Sociedade.”⁴ E falar de liberdade de imprensa é falar, primordialmente, em liberdade de expressão.

Possui destaque, dentre as funções da liberdade de expressão, a própria construção, desenvolvimento e implementação do conceito de cidadania. Nesse sentido é que se afirma que “somente o cidadão informado está em

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 241.

² FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de Expressão: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação*. São Paulo: Editora Pillares, 2005, p. 22.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 247.

⁴ FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de Expressão: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação*. São Paulo: Editora Pillares, 2005, p. 22.

condições de formar um juízo próprio e de cooperar, na forma intentada pela Lei Fundamental, no processo democrático”⁵.

No que concerne ao estabelecimento de um núcleo teórico para a liberdade de expressão, nos ensina a autorizada teoria geral dos direitos fundamentais⁶ que esse direito à expressão se enquadra nos chamados direitos de defesa, pressupondo um afastamento da interferência do Estado na esfera da liberdade pessoal e de propriedade de cada cidadão.

Ingo Sarlet, atentando para a importância de se estudar com atenção essa classe de direitos, lembra, forte na doutrina alemã de Konrad Hesse, que “mesmo uma ordem constitucional democrática necessita de direitos de defesa, na medida em que também a democracia não deixa de ser exercício de poder dos homens sobre homens, encontrando-se exposta às tentações do abuso do poder”.⁷

De fato, como se verá, o estudo dessa temática é de grande importância. A aplicação da liberdade de expressão a casos concretos, como bem nos alertou Gustavo Binimbojm⁸, pode gerar algumas complicações. Apenas no caso determinado, e cientes de qual o núcleo protegido pela liberdade de expressão, saberemos, por exemplo, se a aplicação desse princípio irá indicar pela preservação dessa liberdade ou então pela sua própria limitação em prol de outro valor contraposto.

Ou seja, a despeito da importância da qual a atividade da imprensa se reveste no seio das sociedades democráticas, seu uso desenfreado também pode causar danos “devastadores em pessoas, indevidamente, envolvidas em fatos penais, de outra parte a denotar o quão responsável deve ser o mister informativo.”⁹

⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 305.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. pp. 168-170.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. pp. 168.

⁸ BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 191-211, abr./jun. 2005.

⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 12.

E é nesse enquadramento, delineado nessas rápidas linhas, que o presente trabalho pretende colaborar com o debate. Trataremos aqui de um estudo de caso. A escolha do precedente de uma Corte Constitucional estrangeira se deu não apenas pela repercussão dessa decisão, considerada um marco na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos ¹⁰, mas também pela forma como os parâmetros de defesa da liberdade da imprensa foram estabelecidos.

Uma posição liberal moderada no que se refere à atividade da imprensa é a que mais se enquadra no nosso entendimento. Pelo que, a escolha desse precedente, o caso *New York Times Co. versus Sullivan* (376 U.S. 254).

Dito isso, o presente estudo se dividirá em duas partes. A primeira tratará da maneira como a liberdade de expressão é entendida pela doutrina e jurisprudência dos Estados Unidos, utilizando, de forma pontual, a doutrina nacional que se debruça sobre o tema. Observaremos, nesse contexto, a proteção que a Primeira Emenda à Constituição norte-americana oferece à liberdade de expressão, as especificidades quanto às diferentes espécies de expressão e de que forma são protegidas pelo princípio da liberdade de expressão. Serão ainda apontadas, de forma sintética, algumas ocasiões específicas aonde o direito à manifestação foi restringido, bem como, o precedente pertinente.

Trataremos ainda nessa primeira parte, da ressalva feita por Dworkin ¹¹ quando à polarização do debate na busca de uma justificativa constitucional para a liberdade de expressão nos Estados Unidos. De uma lado a justificativa constitutiva, ou moral, de outro a justificativa instrumental ou democrática da liberdade de expressão.

Encerrando essa primeira parte do estudo, apontaremos as principais críticas feitas ao entendimento estadunidense da liberdade de expressão.

Na segunda parte do nosso estudo abordaremos o caso *New York Times v. Sullivan* propriamente dito. Adentrando, para tanto, na justificativa da Corte

¹⁰ A seguinte passagem foi retirada da doutrina espanhola sobre o tema: “*Posiblemente ‘New York Times v. Sullivan’ sea la resolución más importante sobre los límites a la libertad de expresión y la libre formación de la opinión política, y sobre su relación con las posibles violaciones del derecho al honor de las personas.*” Cf. FELIPE, Miguel Beltrán de; GARCIA, Júlio V. Gonzáles. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: Boletín Oficial de Estado, Centro de Estudios Constitucionales, 2006. p. 317.

¹¹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 327-ss.

para a revisão integral do processo, apontando os principais argumentos da decisão *a quo* da Corte do estado do Alabama; veremos também as principais questões ventiladas por Sullivan, tanto nas primeiras instâncias quanto perante a Corte Constitucional. Serão apontadas ainda as regras delineadas por esse precedente a fim de proteger não apenas a liberdade de manifestação, mas também a atividade da imprensa especificamente.

Tentaremos apontar com maior clareza qual objeto protegido na regra estabelecida pelo precedente, e a razão pela qual esse fator causou insatisfação em Ronald Dworkin, o destacado jusfilósofo norte-americano.

Por fim, encerrando nosso estudo de caso, especificaremos quais foram as opiniões concorrentes apresentadas no caso e qual sua proposta quanto o âmbito de proteção da Primeira Emenda.

1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS EUA: CONSIDERAÇÕES SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ENTENDIMENTO ESTADUNIDENSE

1.1 A proteção constitucional oferecida pela primeira emenda

A Constituição dos Estados Unidos é a mais antiga Carta Política no mundo, em vigor desde 1789. E a questão da liberdade de expressão foi prevista na 1ª Emenda a ela realizada, no ano de 1791, com o seguinte texto:

Como se pode notar, a Constituição norte-americana abriga, pelo texto dessa emenda, não apenas a liberdade de expressão – na qual inclui a de imprensa –, mas também o direito da população à manifestações pacíficas, e estabelece o Estado laico quando proíbe a edição de lei que cerceie direitos de liberdade religiosa ou que estabeleça uma religião oficial do Estado.

A primeira emenda, transcrita acima, é parte do conjunto de 10 (dez) emendas que entraram em vigor dia 15 de dezembro de 1791. É a chamada “Carta de Direitos”¹³ (*Bill os Rights*), que faz parte do espírito norte americano e do seu imaginário sobre um ideal de liberdade. A concepção sobre a liberdade de manifestação encontra-se, de tal forma impregnada na personalidade dos nossos irmãos do norte que, além de ser considerada – inclusive em terras brasileiras – a mais importante das 10 emendas de 1791¹⁴, se propõe a incentivar afirmações como esta, da pena de William Douglas, *Justice* da Suprema Corte americana: “Os Estados Unidos, afirmamos nós, personificam a liberdade.”¹⁵

O constitucionalista americano traz ainda citações de personalidades de grande destaque na história de seu país, a fim de demonstrar a importância que emprestam à sua *Bill os Rights* e à liberdade em si. Nesse sentido, reproduz as palavras de Thomas Jefferson de que “uma Carta de Direitos é aquilo de que o povo precisa contra qualquer governo na terra, geral ou particular, e que nenhum governo

¹² UNITED STATES SENATE. Disponível em: <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments>. Acesso em: 20.05.2011.

¹³ DOUGLAS, William Orville. *Uma carta viva de direitos*. Tradução de Wilson Rocha. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976. p. 11.

¹⁴ MACIEL, Adhemar Ferreira. Um Símbolo nacional norte-americano e o direito de expressão. *Revista de Informação Legislativa*. v. 45, n. 178. abr/jun: 2008, Brasília. p. 8.

¹⁵ DOUGLAS, William Orville. *Uma carta viva de direitos*. Tradução de Wilson Rocha. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976. p. 11.

justo recusaria ou basearia em mera interferência”; e ainda as de John Adams, que afirma que o conteúdo da *Bill of Rights* carrega “direitos derivados do Grande Legislador do Universo”¹⁶.

É interessante, a fim de entender o espírito da primeira emenda, que se observe o texto da proposta que, rejeitada e alterada, resultou no texto final. A proposta de redação inaugural é da lavra de James Madison. *Verbis*

*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*¹⁷

Ainda que a referida proposta não tenha vigorado, é de se reconhecer a importância que as liberdades de expressão e de imprensa assumiam naquele momento histórico, ao serem apontadas como um dos baluartes da liberdade. Ademais, o fato de James Madison ter assumido o papel de co-autor do *Bill of Rights* ao lado de Thomas Jefferson, empresta especial relevo à suas ponderações e à sua proposta. Posto isto, observe-se que “Madison foi de opinião que, por força da Primeira Emenda, ‘jamais poder algum’ sobre a palavra ou a imprensa foi delegado ao governo federal pela Constituição.”¹⁸

Como se vê, a interferência do Estado na liberdade de manifestação era terminantemente afastada pelo principal artífice da Carta Política norte-americana, posição que manteve respaldo ao longo dos anos. É o que se pode retirar das palavras de Willian Douglas, segundo qual, “a fala, naturalmente, pode ser perigosa, incitando a pessoa a uma conduta temerária. Contudo, a história demonstra que a supressão das idéias é ainda mais perigosa”; essa passagem é arrematada com a afirmação de que “a história ensina que o preço e os perigos da supressão das idéias serão sempre maiores do que os riscos reais ou imaginários ao se permitir a sua manifestação.”¹⁹

Ainda defendendo o caráter imperioso da liberdade de expressão, Willian Douglas critica duramente a decisão do caso *Scopes v. States*, proferida nos idos de

¹⁶ DOUGLAS, Willian Orville. *Uma carta viva de direitos*. Tradução de Wilson Rocha. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976. p. 15.

¹⁷ MACIEL, Adhemar Ferreira. Um Símbolo nacional norte-americano e o direito de expressão. *Revista de Informação Legislativa*. v. 45, n. 178. abr/jun: 2008, Brasília. p. 9.

¹⁸ DOUGLAS, Willian Orville. *Uma carta viva de direitos*. Tradução de Wilson Rocha. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976. p. 29.

¹⁹ DOUGLAS, Willian Orville. *Uma carta viva de direitos*. Tradução de Wilson Rocha. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976. pp. 23-24.

1920, que decretou a condenação de um professor que adotou nos seus ensinamentos a teoria da Darwin, em contraposição à teoria bíblica da criação ²⁰. Em sequência, aponta um vínculo depreciativo entre o controle das manifestações dos cidadãos pelo Estado e os regimes comunistas que vigoravam então.

O eminente constitucionalista americano segue com a defesa do valor da liberdade de expressão, apontando esta como a mola propulsora da humanidade. Lembra de fatos histórico-científicos para fortificar sua argumentação ²¹. Utiliza a retumbante lição de que a supressão de uma idéia não é apenas uma injustiça com o indivíduo em si, mas “um roubo contra a raça humana” ²², admitindo, a seguir, a supressão da palavra apenas nos casos extremos, à exemplo de “quando é evidente a iminência de um motim caso nada se faça, ou quando o orador está insuflando violência contra outrem, dever-se-ia silenciá-lo.”

E aqui uma ressalva relevante. A despeito da linguagem imperativa utilizada pela Primeira Emenda à Constituição americana, raramente ²³ nos deparamos com a defesa de um caráter absoluto da liberdade de expressão nos Estados Unidos da América. Como nos ensina Gustavo Binbenjumi, a excepcional proteção oferecida à liberdade de expressão não impediu que “algum tipo de limitação sempre fosse admitida como forma de proteção do ‘interesse público’.” ²⁴. E nesse sentido, a tese do *Justice* Oliver Wendell Holmes, por ocasião do julgamento do caso *Schenck vs. United States* (249, U.S. 47 [1918]) ²⁵, de que os cidadãos não são livres para gritar

²⁰ DOUGLAS, Willian Orville. *Uma carta viva de direitos*. Tradução de Wilson Rocha. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976. p. 24.

²¹ DOUGLAS, Willian Orville. *Uma carta viva de direitos*. Tradução de Wilson Rocha. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976. p. 23: “Se Lise Meitner não tivesse lido sobre as experiências de Hahn e Strassman e, por sua vez, transmitido suas idéias a Fermi, Joliot e outros, a energia do núcleo atômico talvez não tivesse ainda sido aproveitada.”

²² DOUGLAS, Willian Orville. *Uma carta viva de direitos*. Tradução de Wilson Rocha. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976. pp. 25-26.

²³ A exceção fica a cargo do notório *Justice* da Suprema Corte americana, Hugo Black. São estas as suas palavras, *verbis*: “sem exceção, sem nenhum ‘se’, ‘mas’, ou ‘enquanto’, a liberdade de expressão significa que o Governo não pode fazer qualquer coisa com pessoas, ou, nas palavras da Magna Carta, agir contra pessoas seja pelas idéias que tenham ou pelas que expressem, ou pelas palavras que escrevam ou falem (...). Eu simplesmente acredito que ‘Congresso não pode editar nenhuma lei’ significa que o Congresso não pode editar nenhuma lei.” (*Constitutional faith*, 1969, p. 45). *Apud* SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *Hate Speech*. *Revista de Direito do Estado*. Ano 1, n. 4, out/dez de 2006. p. 57/58. n. 12.

²⁴ BINENBOJMI, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 191-211, abr/jun. de 2005. p. 191.

²⁵ “The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic.” *Schenck vs. United States* (249, U.S. 47 [1918]).

falsamente “fogo!” dentro de um teatro lotado, é constantemente utilizada como exemplo.

A doutrina nacional de Daniel Sarmiento ²⁶ nos ensina que a proteção oferecida pelo texto da Primeira Emenda à Constituição norte americana, varia de acordo com o conteúdo da expressão que busca guarida. Defende que o complexo sistema de proteção constitucional estadunidense se divide, basicamente, em 03 (três) categorias: (i) aquelas expressões cujo conteúdo estão fora do alcance da Primeira Emenda. v.g. a obscenidade ²⁷; (ii) aquelas expressões cujo conteúdo recebe uma proteção menos resistente, a exemplo da propaganda comercial; e (iii) uma espécie de conteúdo que recebe proteção constitucional reforçada, e em cujo núcleo está o discurso político amplamente considerado.

É de se notar que, não obstante as possíveis – mas improváveis – limitações que pode sofrer, a liberdade de expressão recebeu especial proteção da doutrina norte-americana desde décadas atrás, e que essa blindagem se perpetua até nossos dias. É o que se pode perceber da autorizada doutrina de Ronald Dworkin que, ao tratar das manifestações de ódio e preconceito racial e sexual, lavrou a seguinte lição:

É muito importante que a Suprema Corte confirme a primeira emenda que protege até mesmo essas formas de expressão; que ela proteja, como disse Holmes, até mesmo as expressões que odiamos. Isso é importantíssimo pelo motivo sublinhado pela justificação 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. ²⁸

Dworkin ainda afirma que

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. ²⁹

As palavras de R. Dworkin não são apenas sedutoras, também estão, particularmente no que se refere à última passagem, prenhes de razão.

²⁶ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *Hate Speech*. *Revista de Direito do Estado*. Ano 1, n. 4, out/dez de 2006. p. 53/66. n. 12.

²⁷ *Miller vs. Califórnia* (413 U.S. 15 [1973]).

²⁸ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 327.

²⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 331.

A doutrina aponta para uma proteção quase intransponível à liberdade de expressão; e, nesse sentido, a centenária lição de que “a verdade dos fatos contidos na publicação é por si uma defesa completa”³⁰, foi ultrapassada, principalmente, como se verá, pela decisão do caso *New York Times Co. vs. Sullivan*, tendo ela estabelecido critérios tanto mais sofisticados para robustecer a esfera protetora da imprensa norte-americana.

Dworkin lembra que a decisão do caso *New York Times Co. v. Sullivan* é central no esquema de proteção extraordinário da liberdade de expressão e de imprensa estabelecida pela Constituição americana³¹, e se enquadra perfeitamente na terceira categoria apresentada por Sarmiento: a proteção do discurso político *lato sensu*.

No intuito de arrematar essa passagem, algumas observações pontuais devem ser feitas especificamente quanto à tese defendida por Dworkin na defesa da liberdade de expressão. O cientista político é notável pela defesa de uma posição liberal das liberdades constitucionais nos Estados Unidos, e por esse caminho fundamentou a defesa da liberdade de expressão dos cidadãos estadunidenses.

Tratando desse assunto, Dworkin parte da premissa de que, inicialmente, deve ser apontado o objetivo principal da liberdade de expressão. E, com as seguintes palavras, manifesta sua preocupação. *Verbis*

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.³²

E sobre o ponto, nos informa que a busca pelo objetivo da liberdade de expressão caminhou para a polarização do debate, destacando-se duas justificativas para a liberdade de expressão. De uma lado, a justificativa instrumental, de outro, a justificativa constitutiva. Dworkin aponta as principais deficiências da justificativa

³⁰ COOLEY, Thomas McIntyre. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Tradução de Alcides Cruz. 2 ed., reprodução fac-similar parcial da ed. de 1909, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982. p. 323.

³¹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 312.

³² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 318.

instrumental, e apresenta uma consistente defesa da justificativa constitutiva da liberdade de expressão ³³.

A justificativa instrumental está ligada, basicamente, aos benefícios que um debate livre é capaz de oferecer ao sistema democrático. Ou seja, sob essa perspectiva, a liberdade de expressão não é um fim em si mesmo, mas um meio em busca do aperfeiçoamento da democracia instituída. De acordo com esse aspecto, estariam sob a proteção da Primeira Emenda, apenas as manifestações de cunho político. A justificativa constitutiva, por sua vez, está centrada não nos destinatários da mensagem, ou em um possível benefício advindo da concessão de liberdade para os cidadãos manifestarem-se, mas naquele que emite a mensagem. A justificativa constitutiva defende que os cidadãos são agentes morais capazes de se determinar por sua própria consciência, e que, segundo Dworkin, esse é um traço essencial de uma “sociedade política justa”.

Como dito, essa justificativa apresenta uma defesa moral da liberdade de expressão. Moral porque indica que o Estado deve considerar todos os cidadãos capazes como agentes morais, com plena capacidade de, por si próprios, determinarem-se.

Dworkin aponta, na defesa da justificação constitutiva, diversas fragilidades da instrumental. Adverte que, sob determinadas circunstâncias, os objetivos almejados pela justificativa instrumental, acabam determinando a restrição da liberdade de expressão, e não sua proteção. A fim de ilustrar, exemplificou uma situação em que, partindo-se da premissa de que as mulheres têm melhor e mais efetiva participação no cenário político quando não são insultadas por expressões ofensivas, a meta da justificativa instrumental irá apontar para a restrição dessas expressões, e não para a sua defesa. Assinala também que, a justificativa instrumental, por ser focada na preservação e no desenvolvimento do sistema democrático, e por conseguinte proteger unicamente expressões de cunho político, deixaria de fora do seu abrigo as expressões científicas, artísticas, culturais e *etc.*

Por fim, uma passagem da defesa do Dworkin em prol da justificativa constitutiva da liberdade de expressão. *Verbis*

³³ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 317-343.

[...] 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.³⁴

A maior crítica de Dworkin³⁵ à fundamentação utilizada pelo *Justice* Brennan em seu voto no caso *New York Times Co. vs. Sullivan*, é precisamente em razão de que o magistrado daquela Suprema Corte fez uso da justificação instrumental, e não da constitutiva. Na sua visão, um erro.

1.2 Críticas ao entendimento estadunidense sobre a liberdade de expressão

Se é certo que a defesa a favor da liberdade de manifestação levada a efeito pelos Estados Unidos, no geral, e por sua Corte Suprema, no particular – a ponto de ser considerada a mais importante liberdade dos cidadãos americanos³⁶ –, é saudada por nomes de relevo, também é certo que esse posicionamento não recebe aplausos gerais, e já recebeu importantes críticas.

O próprio Dworkin lembra as palavras de Renata Adler, famosa jornalista com formação em direito, que publicou uma obra (*Reckless Disregard*) sobre a decisão do caso e suas implicações, de que os parâmetros estabelecidos em *New York Times Co. v. Sullivan* criam uma imunidade quase total contra as consequências dos erros da imprensa³⁷.

Em terras brasileiras, a particular defesa da liberdade de expressão norte-americana também não passou despercebida, tendo em ensaio publicado por Daniel Sarmento, relevante crítica. O estudioso carioca não foca seus escritos na

³⁴ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 319.

³⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 222-ss.

³⁶ MACIEL, Adhemar Ferreira. Um Símbolo nacional norte-americano e o direito de expressão. *Revista de Informação Legislativa*. v. 45, n. 178. abr/jun: 2008, Brasília. p. 8.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 269.

questão da liberdade de imprensa, mas no discurso de ódio proferido por particulares contra segmentos da sociedade. Nesse sentido, lembra diversos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos que, segundo ele, demonstram a formação de “firme jurisprudência nos Estados Unidos no sentido da proteção constitucional das mais tenebrosas manifestações de intolerância e ódio voltada contra minorias”³⁸. Aponta casos que protegem a manifestação de cunho nazista e outros que defendem manifestações da organização conhecida como *Ku Klux Klan* – a exemplo desse último, o caso *Virginia v. Black et al.* do ano de 2003. Uma das passagens mais marcantes da crítica de Sarmiento é aqui colocada:

Enfim, o que assombra nestas decisões norte-americanas sobre *hate speech* não é o que disse, mas o que calou. Nenhuma atenção foi dedicada nestes julgados ao princípio da igualdade previsto na 14^a Emenda da Constituição norte-americana, como se a questão da igualdade racial – verdadeira chaga na história daquele país – não tivesse qualquer relação com o tema. Em *R.A.V. vs. City of St. Paul*, por exemplo, o combate ao racismo por parte do legislador foi tratado como uma ilegítima perseguição encetada contra um ponto de vista impopular, tendo sido simplesmente ignorada a questão da opressão racial, tão intensa nos Estados Unidos.³⁹

Por fim, Sarmiento tenta, não justificar, mas contextualizar e compreender a posição da doutrina e jurisprudência constitucional dos Estados Unidos quanto à liberdade de expressão, com o que, acaba concluindo que esse posicionamento, contribui, inclusive, com o esvaziamento do conceito de igualdade. Suas palavras são nesse sentido. *Verbis*

Esta posição de defesa quase incondicional do *hate speech* assumida no Direito norte-americano – que, como se verá em seguida, diverge substancialmente daquela prevalente em outras sociedades democráticas que também atribuem um papel essencial à liberdade de expressão – tem várias explicações. Pode-se apontar, por exemplo, para uma valorização maior da liberdade em relação à igualdade na tradição do constitucionalismo e da própria cultura norte-americana, que bem se expressa na fragilidade da rede de segurança social existente naquele país, quando confrontada com a sua incompatível pujança econômica, bem como na completa rejeição por lá da idéia de direitos sociais e econômicos.⁴⁰

De fato, os argumentos de Daniel Sarmiento não podem passar despercebidos. A proteção de manifestações que, em si, carregam ilícitos – como parece ser o caso de manifestações realizadas pelo grupo *Klu Klux Klan* –, causam

³⁸ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *Hate Speech*. *Revista de Direito do Estado*. Ano 1, n. 4, out/dez de 2006. p. 57.

³⁹ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *Hate Speech*. *Revista de Direito do Estado*. Ano 1, n. 4, out/dez de 2006. p. 62.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *Hate Speech*. *Revista de Direito do Estado*. Ano 1, n. 4, out/dez de 2006. p. 63.

grave desconforto. De toda sorte, passaremos ao largo desse tema, por estar além dos limites desse estudo.

2 O CASO *NEW YORK TIMES CO. VERSUS SULLIVAN* (376 U.S. 254)

2.1 Considerações iniciais

O caso *New York Times Co. vs. Sullivan* chegou à Suprema Corte americana, por via do *writ of Certiorari* para a Suprema Corte do estado do Alabama. A questão foi decidida em março do ano de 1964.

A parte passiva desse recurso, L. B. Sullivan, que saiu vitoriosa na origem, foi quem deu início à ação de indenização por ofensa à honra contra o veículo de comunicação impressa *New York Times Co.*, bem como, contra outros 04 (quatro) indivíduos ⁴¹. O autor, à época da ação, era agente público eleito na cidade de Montgomery, no estado do Alabama, responsável pela supervisão, dentre outros, do Departamento de Polícia daquela localidade. Segundo informou, sua honra restou ofendida com a publicação realizada pelo veículo de comunicação *New York Times* em março de 1960.

Foram apontados alguns erros factuais na publicação que fazia referência à suposta ação da polícia contra estudantes que participavam de um movimento a favor dos direitos civis, bem como, contra um dos líderes desse movimento ⁴².

O texto divulgado pelo *New York Times* é assinado por um Comitê de defesa dos direitos civis chamado *Committee to Defend Martin Luther King and the Struggle for Freedom in the South*. Ou seja, não se tratava de um texto elaborado pelo editorial do jornal, mas por uma organização da sociedade civil.

Note-se que, mesmo a publicação não fazendo nenhuma referência nominal a Sullivan, apenas à ação policial, este entendeu que a publicação se referia a ele tendo em vista que, dentre suas atribuições de agente público, estaria a de supervisionar o Departamento de Polícia local. Logo, um anúncio criticando uma ação desse departamento, estaria, segundo sua visão, exercendo uma crítica contra sua pessoa no exercício de sua atividade pública.

Na origem, o juiz responsável pelo julgamento instruiu os jurados de que, a publicação deveria ser considerada *libelous per se* ⁴³. Ou seja, que a publicação, por

⁴¹ Os 04 (quatro) indivíduos, litisconsortes passivos junto ao jornal *New York Times* na ação, estão dentre aqueles que subscreveram o artigo publicado.

⁴² O líder que supostamente teria sofrido com a ação da polícia, é o mundialmente reconhecido ativista político, Dr. Martin Luther King Jr..

si só causaria dano à honra da parte queixosa, e que, portanto, o direito à indenização era implícito e independente da prova de danos reais ao ofendido.

Sobre a indenização, classificada em compensatória ou indenizatória, uma diferenciação foi feita pelo juiz na instrução aos jurados. Inicialmente quanto a indenização compensatória no sentido de que, tendo em vista que a publicação é considerada *libelous per se*, ofendendo por suas próprias palavras, restou ao juri apenas decidir se o veículo de comunicação realmente efetuou aquela publicação, e se ela referia-se, de fato, ao Sr. Sullivan. Em um segundo momento, quanto a indenização punitiva, o juiz responsável instruiu os jurados de que a simples negligência do órgão de comunicação não era suficiente para demonstrar a malícia efetiva de sua parte. E nesse sentido, não justificaria a aplicação de uma indenização a título punitivo.

Estabelecer a premissa de que uma publicação é '*libelous per se*' é mais grave do que pode aparentar. O autor de uma publicação que é considerada por si mesmo difamatória carrega o ônus de provar que os fatos alegados são, em todos os seus detalhes, verdadeiros. Caso não consiga convencer os jurados da milimétrica veracidade dos fatos, a indenização compensatória é presumida ⁴⁴.

E nesse sentido, o *Justice* Brennan ressaltou que o juiz responsável pelo julgamento recusou-se a instruir os jurados de que eles deveriam estar convencidos da existência de negligência e descuido grosseiros a fim de conceder uma indenização a título punitivo. E que, os jurados também não foram instruídos a realizar a diferenciação entre, indenização compensatória e indenização punitiva ⁴⁵. Circunstância que também contribuiu para a revisão da decisão da Corte estadual do Alabama.

⁴³ "Palavras publicadas que por si mesmas são ofensivas à honra." Cf. *Libelous per se*. In: MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário Jurídico português-inglês – inglês-português*. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006, p. 788.

⁴⁴ "Once '*libel per se*' has been established, the defendant has no defense as to stated facts unless he can persuade the jury that they were true in all their particulars. *Alabama Ride Co. v. Vance*, 235 Ala. 263, 178 So. 438 (1938); *Johnson Publishing Co. v. Davis*, 271 Ala. 474, 494 495, 124 So.2d 441, 457-458 (1960). His privilege of 'fair comment' for expressions of opinion depends on the truth of the facts upon which the comment is based. *Parsons v. Age-Herald Publishing Co.*, 181 Ala. 439, 450, 61 So. 345, 350 (1913). Unless he can discharge the burden of proving truth, general damages are presumed, and may be awarded without proof of pecuniary injury."

⁴⁵ "He refused to charge, however, that the jury must be "convinced" of malice, in the sense of "actual intent" to harm or "gross negligence and recklessness," to make such an award, and he also refused to require that a verdict for respondent differentiate between compensatory and punitive damages."

Baseado nessas premissas, o pedido de indenização proposto por Sullivan – um montante de U\$ 500.000,00 (quinhentos mil dólares) – foi integralmente atendido pelo júri, e confirmado pela Suprema Corte do estado do Alabama.

O magistrado responsável pelo julgamento rejeitou as alegações das partes demandadas de que sua decisão estaria restringindo as liberdades de expressão e de imprensa, protegidas pela Primeira e pela Décima Quarta Emenda. A Suprema Corte estadual do Alabama, confirmou a decisão inicial afirmando que a malícia poderia ser inferida da irresponsabilidade do *Times* em publicar um artigo ao passo que em seus próprios arquivos haveriam notícias de que os fatos narrados continham imprecisões ⁴⁶. A Corte estadual ainda afirmou que a Primeira Emenda da Constituição norte-americana não protege publicações difamatórias ⁴⁷.

Dessa forma, a questão que se colocou perante a Suprema Corte americana ⁴⁸ foi a de saber se a regra ⁴⁹ decorrente de uma lei do estado do Alabama, aplicada aos casos de ações propostas por agentes públicos por suposta ofensa a honra decorrente de críticas à sua atividade oficial, restringiria as liberdades de expressão e de imprensa. Ambas protegidas pela Primeira Emenda à Constituição norte-americana.

Do *Syllabus* ⁵⁰ constam as palavras que resumem a posição da Suprema Corte dos Estados Unidos quanto ao caso. Observe:

Held: A State cannot, under the First and Fourteenth Amendments, award damages to a public official for defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves “actual malice” – that the statement was made with knowledge of its falsity or with reckless disregard of whether it was true or false.

⁴⁶ “In sustaining the trial court's determination that the verdict was not excessive, the court said that malice could be inferred from the *Times*' “irresponsibility” in printing the advertisement while “the *Times*, in its own files, had articles already published which would have demonstrated the falsity of the allegations in the advertisement;”

⁴⁷ “The First Amendment of the U.S. Constitution does not protect libelous publications”

⁴⁸ Nas palavras do Justice Brennan: “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.”

⁴⁹ A regra mencionada estabelece que uma publicação deve ser considerada, por si só ofensiva à honra (*libelous per se*), se o seu conteúdo for tendente à injuriar uma pessoa em sua atividade pública, imputando-lhe um comportamento tal que lhe acarrete a falta de confiança perante o público.

⁵⁰ *Syllabus* é o “resumo da decisão que contém os pontos principais, mas não constitui parte do acórdão; resumo do relatório do recurso mas que não faz parte da decisão.”. Cf. *Syllabus*. In: MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário Jurídico português-inglês – inglês-português*. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006, p. 928.

2.2 A opinião da Corte

Devemos inicialmente destacar a manifestação de Brennan no sentido de que a atuação da Corte não estava restrita à elaboração de princípios constitucionais, mas que, em alguns casos específicos, deveria reavaliar as provas a fim de certificar-se da correta aplicação daqueles postulados. Afirmou que o presente caso enquadrava-se nessa ocasião aonde a Suprema Corte deveria rever o processo como um todo, tendo em vista que a questão em debate é uma possível invasão da linha que separa o discurso incondicionalmente protegido e o discurso passível de restrição legítima. Dessa forma, com a análise, pela própria Corte dos elementos apresentados no processo, ter-se-ia a segurança de que o espaço da liberdade de expressão constitucionalmente protegido estaria resguardado ⁵¹.

2.2.1 Os argumentos de Sullivan e a decisão da corte estadual do Alabama

A opinião da Corte foi entregue pelo *Justice* Brennan que, já nas primeiras linhas de seu voto, fez questão de lembrar que, pela primeira vez, a Corte era chamada a se manifestar acerca dos limites do poder dos estados membros quando se trata de exigir indenizações por suposta violação à honra, na crítica da atividade pública de agentes públicos.⁵²

De acordo com a lei do estado do Alabama, um agente público que se sinta ofendido em sua honra por uma publicação que contenha crítica à sua conduta pública, e por isso pretenda ingressar com uma ação de danos contra o responsável, apenas poderá fazê-lo após um pedido escrito e prévio de retratação. Esse pré-requisito foi atendido pelo Sr. Sullivan, que não obteve a retratação, mas recebeu a seguinte resposta do *New York Times*: “we... are somewhat puzzled as to how you

⁵¹ “*This Court’s duty is not limited to the elaboration of constitutional principles; we must also in proper cases review the evidence to make certain that those principles have been constitutionally applied. This is such a case, particularly since the question is one of alleged trespass across “the line between speech unconditionally guaranteed and speech which may legitimately be regulated.” ... examine for ourselves the statements in issue and the circumstances under which they were made to see... so as to assure ourselves that the judgment does not constitute a forbidden intrusion on the field of free expression*”.

⁵² “*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.*”

think the statements in any way reflect on you", bem como que, "you might, if you desire, let us know in what respect you claim that the statements in the advertisement reflect on you". O Sr. Sullivan ignorou a carta do Times e ingressou com a ação poucos dias depois.

Quanto à publicação propriamente dita, Brennan afirma que, dos seus 10 (dez) parágrafos, a ação de danos baseia-se principalmente nos parágrafos terceiro, e em parte do sexto. A exemplo do voto de Brennan, também traremos as passagens mais polêmicas do artigo do *New York Times*. Vejamos:

Terceiro parágrafo:

In Montgomery, Alabama, after students sang "My Country, 'Tis of Thee" on the State Capitol steps, their leaders were expelled from school, and truckloads of police armed with shotguns and tear-gas ringed the Alabama State College Campus. When the entire student body protested to state authorities by refusing to reregister, their dining hall was padlocked in an attempt to starve them into submission.

Sexto parágrafo:

Again and again, the Southern violators have answered Dr. King's peaceful protests with intimidation and violence. They have bombed his home, almost killing his wife and child. They have assaulted his person. They have arrested him seven times -- for "speeding," "loitering" and similar "offenses." And now they have charged him with "perjury" -- a felony under which they could imprison him for ten years.

A carta do *New York Times* ao pedido de retratação do Sr. Sullivan parece fazer sentido. De fato, o artigo não fez referência nominal ao Sr. Sullivan, mas apenas a ação da polícia. Ainda assim, a argumentação do apelado foi no sentido de que as referências à polícia feitas no artigo eram, também, referências a ele como Comissário eleito de Montgomery responsável pela supervisão do Departamento de Polícia.

Dessa forma, a leitura da publicação implicaria no entendimento de ele havia participado diretamente da ação da polícia. Ou seja, de que ele havia participado no suposto cerco ao campus portando armas e bombas de gás lacrimogêneo, no encadeamento do refeitório dos estudantes, bem como, de que ele havia, juntamente à polícia, respondido aos protestos pacíficos do ativista político Dr. Martin Luther King Jr. com violência e intimidação, e o levado à prisão por 07 (sete) vezes.

O *Justice* Brennan, em seu voto, transcreveu parte da argumentação apresentada pelo Sr. Sullivan em suas alegações perante a Corte quanto ao fato de a crítica publicada efetivamente referir-se a ele. Vejamos o trecho, *verbis*.

The reference to respondent as police commissioner is clear from the ad. In addition, the jury heard the testimony of a newspaper editor...; a real estate and insurance man...; the sales manager of a men's clothing store...; a food equipment man...; a service station operator..., and the operator of a truck line for whom respondent had formerly worked... Each of these witnesses stated that he associated the statements with respondent...

A Corte do estado do Alabama restou convencida pela argumentação do Sr. Sullivan, e baseou seu entendimento de que as críticas publicadas pelo *New York Times* faziam referência ao apelado em razão da sua posição hierárquica dentro da estrutura da polícia. O *Justice* Brennan trouxe a seguinte passagem da decisão da Corte estadual do Alabama:

We think it common knowledge that the average person knows that municipal agents, such as police and firemen, and others, are under the control and direction of the city governing body, and more particularly under the direction and control of a single commissioner. In measuring the performance or deficiencies of such groups, praise or criticism is usually attached to the official in complete control of the body.

Esse entendimento de que o texto publicado pelo *Times* criticando a ação da polícia acabava por fazer uma referência ao Sr. Sullivan não convenceu a Suprema Corte dos Estados Unidos. O *Justice* Brennan lembrou, inicialmente, que uma parte das afirmações supostamente difamatórias sequer faziam referência à atividade policial, a exemplo das ações de perjúrio propostas contra o Dr. Martin Luther King Jr.⁵³, ou que os ataques realizados contra sua residência ocorreram antes mesmo da posse do Sr. Sullivan como Comissário, e a polícia nada teve a ver com eles⁵⁴.

Manifestou-se a Suprema Corte, portanto, no sentido de que os argumentos levantados não foram capazes de demonstrar essa ligação⁵⁵. E que a despeito de

⁵³ "There was no reference to respondent in the advertisement, either by name or official position. A number of the allegedly libelous statements -- the charges that the dining hall was padlocked and that Dr. King's home was bombed, his person assaulted, and a perjury prosecution instituted against him -- did not even concern the police..."

⁵⁴ "Although Dr. King's home had, in fact, been bombed twice when his wife and child were there, both of these occasions antedated respondent's tenure as Commissioner, and the police were not only not implicated in the bombings, but had made every effort to apprehend those who were."

⁵⁵ "We also think the evidence was constitutionally defective in another respect: it was incapable of supporting the jury's finding that the allegedly libelous statements were made "of and concerning" respondent."

existir referência expressa à polícia, não é possível uma vinculação, sequer indireta, entre as críticas e o Sr. Sullivan individualmente considerado ⁵⁶.

2.2.2 Questões preliminares analisadas pela Suprema Corte dos EUA

Não apenas com relação à esse tema a decisão da Corte estadual do Alabama foi superada. A Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou, de forma preliminar, que em 02 (dois) aspectos a argumentação da Corte estadual não ultrapassava o teste constitucional ⁵⁷. A primeira questão dizia respeito à aplicação da norma da Primeira e Décima Quarta Emendas nas relações horizontais, ou seja, à ações propostas entre particulares; a segunda à aplicabilidade das garantias das liberdades de expressão e de imprensa à publicações de caráter comercial.

Quanto ao primeiro aspecto, a Suprema Corte americana afastou a alegação de que as normas da Primeira e Décima Quarta Emendas seriam dirigidas unicamente às ações do Estado e, portanto, não aplicável ao caso. Decidiu que, a despeito de tratar-se de uma ação civil entre particulares, e frente ao pleito dos recorrentes de que a aplicação de um princípio de direito público pela Corte estadual estava restringindo suas liberdades constitucionais de expressão e de imprensa, o importante era determinar não a forma como o poder estatal estaria sendo aplicado, mas se, de fato, este poder estaria sendo exercido. Ou seja, que a garantia de proteção à liberdade de expressão e de imprensa possui aplicabilidade independentemente de tratar-se de uma ação civil entre particulares ⁵⁸.

⁵⁶ “[...] *it is plain that these statements could not reasonably be read as accusing respondent of personal involvement in the acts in question. [...] Although the statements may be taken as referring to the police, they did not, on their face, make even an oblique reference to respondent as an individual.*”

⁵⁷ “*We may dispose at the outset of two grounds asserted to insulate the judgment of the Alabama courts from constitutional scrutiny. The first is the proposition relied on by the State Supreme Court -- that "The Fourteenth Amendment is directed against State action, and not private action." That proposition has no application to this case. [...].*

The second contention is that the constitutional guarantees of freedom of speech and of the press are inapplicable here, at least so far as the Times is concerned, because the allegedly libelous statements were published as part of a paid, "commercial" advertisement.”

⁵⁸ *The first is the proposition relied on by the State Supreme Court -- that "The Fourteenth Amendment is directed against State action, and not private action." That proposition has no application to this case. Although this is a civil lawsuit between private parties, the Alabama courts have applied a state rule of law which petitioners claim to impose invalid restrictions on their constitutional freedoms of speech and press. It matters not that that law has been applied in a civil action and that it is common law only, though supplemented by statute. See, e.g., Alabama Code, Tit. 7, §§ 908-917. The test is not the form in which state power has been applied but, whatever the form, whether such power has,*

Quanto à aplicabilidade das garantias das liberdades de expressão e de imprensa à publicações de carácter comercial, a Suprema Corte afirmou que, a despeito de tratar-se de um texto elaborado por uma associação da sociedade civil, e, portanto, publicado pelo *New York Times* mediante pagamento, não se tratava de uma publicação propriamente comercial. O voto de Brennan lembrou que o texto transmitia informação expressando uma opinião específica, citando queixas de determinado segmento da sociedade e angariando fundos para um movimento cuja existência e objetivos eram de grande interesse público ⁵⁹.

Sob essa fundamentação, a argumentação da Corte estadual de que o texto *Heed Their Rising Voices*, por ter sido publicado mediante pagamento poderia ser considerado como publicação comercial e, portanto, fora da guarda constitucional, foi rejeitada pela *Supreme Court*.

2.2.3 A regra da *actual malice* e a inevitabilidade do erro

Superadas essas questões iniciais, devemos observar a construção da regra proposta por esse precedente: a regra da *actual malice*. Os pontos nevrálgicos dessa regra encontram-se na (in)veracidade dos fatos descritos, e na possível verificação de que o veículo de comunicação tinha plena ciência dessa circunstância, ou que tenha desprezado essa possibilidade como sinal de erro grosseiro e de descaso ⁶⁰.

Assinale-se também que, de acordo com a regra da *actual malice*, o ônus de provar os seus requisitos – que, se verificados, justificariam o afastamento da

in fact, been exercised. See Ex parte Virginia, 100 U.S. 339, 346-347; American Federation of Labor v. Swing, 312 U.S. 321.

⁵⁹ “The publication here was not a “commercial” advertisement in the sense in which the word was used in *Chrestensen*. It communicated information, expressed opinion, recited grievances, protested claimed abuses, and sought financial support on behalf of a movement whose existence and objectives are matters of the highest public interest and concern.”

⁶⁰ “A State cannot, under the First and Fourteenth Amendments, award damages to a public official for defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves “**actual malice**” -- **that the statement was made with knowledge of its falsity or with reckless disregard of whether it was true or false.**” [Grifo nosso].

proteção constitucional, autorizando a concessão de indenização por danos à honra – encontra-se no autor da ação, no caso, o Sr. Sullivan ⁶¹.

Quanto ao conteúdo da notícia veiculada pelo artigo, a Corte afirmou ser de interesse público, e, dessa forma, sob a guarda constitucional ⁶². A questão, segundo o *Justice* Brennan, seria saber se em razão da conhecida falsidade de alguns dos fatos descritos, e da suposta difamação ao Sr. Sullivan, esta publicação perderia sua proteção constitucional ⁶³.

Foi admitido sem qualquer discussão que alguns dos eventos narrados no artigo não correspondem precisamente à realidade do que ocorreu em Montgomery ⁶⁴. Dentre as principais divergências entre o artigo e a realidade, destacam-se o fato de o campus não ter sido cercado pela polícia; o fato de que o refeitório dos estudantes não foi em nenhuma ocasião trancado pela polícia; e o fato de que o Dr. Martin Luther King Jr. não foi preso 07 (sete) vezes, mas 04 (quatro).

O caso, como se verá, não propôs a proteção de toda sorte de erros por parte da imprensa, apenas deixou registrado que o debate livre implica necessariamente na ocorrência de eventuais erros ⁶⁵. Para reforçar seu argumento, *Justice* Brennan fez uso das seguintes palavras de James Madison: “*some degree of abuse is inseparable from the proper use of everything*”.

Especificamente quanto a publicação de notícia contendo erros de fato – e claramente defendendo as bases da regra da *actual malice* –, ficou consignado no voto que autorizada doutrina sobre a Primeira Emenda tem recusado consistentemente qualquer espécie de exceção a qualquer teste da verdade.

⁶¹ Quanto ao ponto, a Suprema Corte dos EUA acompanhou o precedente da Corte estadual do Kansas, em *Coleman v. MacLennan*, 78 Kan. 711, 98 P.281 (1908), que assim se posicionou: “[...] and in such a case the burden is on the plaintiff to show actual malice in the publication of the article.”

⁶² “*The present advertisement, as an expression of grievance and protest on one of the major public issues of our time, would seem clearly to qualify for the constitutional protection [...]*”

⁶³ “*The present advertisement, as an expression of grievance and protest on one of the major public issues of our time, would seem clearly to qualify for the constitutional protection. The question is whether it forfeits that protection by the falsity of some of its factual statements and by its alleged defamation of respondent.*”

⁶⁴ “*It is uncontroverted that some of the statements contained in the two paragraphs were not accurate descriptions of events which occurred in Montgomery.*”

⁶⁵ “*That erroneous statement is inevitable in free debate, and that it must be protected if the freedoms of expression are to have the “breathing space” that they “need . . . to survive,” NAACP v. Button, 371 U.S. 415, 433 [...]*”

Principalmente quanto aqueles que colocam o ônus de provar a veracidade das alegações sobre aquele que as expressa ⁶⁶.

A posição da Corte foi firme e bem clara quanto à existência de falsidade em alguns dos fatos descritos e da possibilidade de aplicação de algum teste da verdade à publicação.

Em seu voto, Brennan afirmou que uma regra que determine que aquele que critica a conduta de agentes públicos ou a conduta do governo, deve garantir a verdade dos fatos narrados (ou seja, deve carregar o ônus da prova), sob a mira de um processo por difamação capaz de gerar uma indenização virtualmente ilimitada, é comparável à autocensura. Lembrou que propor um teste da verdade, com o ônus da prova sobre o autor da crítica, não significa que apenas o discurso maldoso será detido. E isso porque, segundo frisou, mesmo os críticos crentes na verdade de suas afirmações possivelmente deixariam de publicá-las por medo de não lograr provar em juízo a precisa verdade dos fatos. Ou ainda por medo dos gastos implicados em ter que provar suas alegações perante um júri ⁶⁷.

Brennan acerta em lembrar que existe certa dificuldade de provar em juízo todos os detalhes particulares de uma crítica, o que de fato parece ser verdadeiramente difícil. E que a aplicação de um teste da verdade seria como “jogar um balde de água fria” limitando o vigor do debate público. Circunstância claramente antagônica à dogmática da Primeira e Décima Quarta emendas ⁶⁸.

A rejeição de qualquer teste da verdade parte da premissa de que o erro é inevitável. E que inclusive as publicações que contenham alegações falsas devem ser protegidas, não apenas por serem inerentes ao livre debate, mas também a fim

⁶⁶ “*Authoritative interpretations of the First Amendment guarantees have consistently refused to recognize an exception for any test of truth -- whether administered by judges, juries, or administrative officials -- and especially one that puts the burden of proving truth on the speaker. Cf. Speiser v. Randall, 357 U.S. 513, 525-526.*”

⁶⁷ “*A rule compelling the critic of official conduct to guarantee the truth of all his factual assertions -- and to do so on pain of libel judgments virtually unlimited in amount -- leads to a comparable “self-censorship.” Allowance of the defense of truth, with the burden of proving it on the defendant, does not mean that only false speech will be deterred. Even courts accepting this defense as an adequate safeguard have recognized the difficulties of adducing legal proofs that the alleged libel was true in all its factual particulars. See, e.g., Post Publishing Co. v. Hallam, 59 F. 530, 540 (C.A. 6th Cir. 1893); see also Noel, Defamation of Public Officers and Candidates, 49 Col.L.Rev. 875, 892 (1949). Under such a rule, would-be critics of official conduct may be deterred from voicing their criticism, even though it is believed to be true and even though it is, in fact, true, because of doubt whether it can be proved in court or fear of the expense of having to do so.”*

⁶⁸ “*The rule thus dampens the vigor and limits the variety of public debate. It is inconsistent with the First and Fourteenth Amendments.*”

de proporcionar um espaço suficiente ao adequado desenvolvimento da liberdade de expressão ⁶⁹.

Nesse sentido o *Justice* Brennan afirma o “profundo compromisso” daquela nação com a ideia de que o debate sobre assuntos de interesse público deve ser livre, robusto e pleno. Foi desenvolvendo essa argumentação que Brennan teceu uma frase que tornou-se célebre:

*Thus, we consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that **debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open** [...] [Grifo nosso]*

Ainda sobre a defesa de publicações com conteúdo inverídico, o *Justice* Brennan citou um precedente da Corte estadual do Kansas (*Coleman v. MacLennan*, 78 Kan. 711, 98 P.281 [1908]), e transcreveu a seguinte passagem dessa decisão:

*Where an article is published and circulated among voters for the sole purpose of giving what the defendant believes to be truthful information concerning a candidate for public office and for the purpose of enabling such voters to cast their ballot more intelligently, **and the whole thing is done in good faith and without malice, the article is privileged, although the principal matters contained in the article may be untrue, in fact, and derogatory to the character of the plaintiff, and in such a case the burden is on the plaintiff to show actual malice in the publication of the article.** [Grifo nosso]*

No caso ora analisado, os erros de fato localizados na publicação levaram, posteriormente, à verificação da boa-fé do veículo de comunicação demonstrada pelo procedimento adotado antes da publicação do artigo.

O *Justice* Brennan lembra que se tratava de um artigo pago (*paid advertisement*), ou seja, um texto que não foi elaborado pelo editorial do jornal. Esse artigo, cujo custo de divulgação teria sido de U\$ 4.800,00 (quatro mil e oitocentos dólares), foi submetido ao *New York Times* por uma agência de publicidade em nome do Comité signatário do texto, o *Committee to Defend Martin Luther King and the Struggle for Freedom in the South*. O texto também foi subscrito por outros 64 (sessenta e quatro) particulares.

Sobre o procedimento adotado pelo *New York Times* antes da divulgação do artigo, temos que o texto foi submetido ao seu Departamento de Controle (*Advertising Acceptability Department*) com uma carta do Presidente do referido

⁶⁹ “*That erroneous statement is inevitable in free debate, and that it must be protected if the freedoms of expression are to have the “breathing space” that they “need . . . to survive [...]”*”

Comitê, o Sr. Philip Randolph, certificando que os subscreventes particulares haviam dado sua permissão para tal.

Brennan afirma que todos aqueles que tiveram os nomes subscritos ao artigo negaram que tenham concedido tal autorização. Ou seja, o que se tem notícia é que o *New York Times* respaldou-se, unicamente, na palavra do Sr. Philip Randolph para proceder à publicação. E a despeito desse fato, afirmou que este Sr., Presidente do Comitê responsável pelo texto, era conhecido pelo Departamento de Controle do *New York Times* como uma pessoa responsável, e, portanto, sua carta foi tida como prova bastante da autorização dos particulares citados, e assim, o procedimento de praxe foi seguido ⁷⁰.

Em seu testemunho o gerente do Departamento de Controle do jornal afirmou que aprovou o artigo por não ter qualquer motivo que o fizesse acreditar que havia algum fato falso no texto ⁷¹. E esse provavelmente tenha sido um dos principais elementos úteis no afastamento da suposta ma-fé por parte do *New York Times*.

O fato de o jornal utilizar-se unicamente de uma carta a fim de aprovar a publicação de um artigo é demonstrativo de negligência. Além de basear-se exclusivamente na carta do Presidente do Comitê, consta do voto do *Justice Brennan* que o jornal não procurou saber, por qualquer outro meio, acerca da veracidade dos fatos narrados no artigo que estava prestes a ser publicado ⁷². E essa negligência do veículo de comunicação culminou na publicação de uma matéria com conteúdo parcialmente falso.

Frente a não existência de ma-fé por parte do jornal, fosse pela ciência da falsidade dos fatos noticiados, fosse pelo descaso grosseiro com a veracidade desses fatos, a Corte entendeu que os erros contidos na publicação permaneciam sujeitos à proteção constitucional. E isso em razão de que as evidências encontradas faziam prova unicamente da negligência por parte do jornal, mas eram

⁷⁰ “Mr. Randolph was known to the Times’ Advertising Acceptability Department as a responsible person, and, in accepting the letter as sufficient proof of authorization, it followed its established practice.”

⁷¹ “The manager of the Advertising Acceptability Department testified that he had approved the advertisement for publication because he knew nothing to cause him to believe that anything in it was false, and because it bore the endorsement of ‘a number of people who are well known and whose reputation’ he ‘had no reason to question’.”

⁷² “Neither he [referindo-se ao gerente do Departamento de Controle do jornal] nor anyone else at the Times made an effort to confirm the accuracy of the advertisement, either by checking it against recent Times news stories relating to some of the described events or by any other means.”

insuficientes para demonstrar o nível de descaso com a verdade necessário para atender os quesitos da regra da *actual malice*⁷³.

A posição da Corte quanto à publicação de fatos inverídicos em assuntos de interesse público é inequívoca: a existência de erros de fato, desde que não se enquadrem na regra da malícia efetiva – ciência da falsidade dos fatos publicados ou descaso grosseiro quanto à veracidade desses fatos – não são suficientes para justificar a perda da proteção constitucional.

2.2.4 A incapacidade do conteúdo difamatório em afastar a proteção constitucional do debate público

De acordo com o *Justice* Brennan, afirmado o interesse público na publicação do artigo *Heed Their Rising Voices*, a questão estava em saber se este perderia a proteção constitucional oferecida pelas Emendas Primeira e Décima Quarta em razão dos erros de fato ali narrados, ou então em razão do conteúdo supostamente difamatório à honra do Sr. Sullivan⁷⁴.

A questão acerca da existência inevitável de erros de fato na arena do debate público já foi devidamente pontuada acima. O que se pretende agora é saber se o conteúdo de uma crítica, quando considerado difamatório ao seu objeto, perde a sua proteção constitucional.

O *Justice* Brennan ao afirmar que a argumentação do recorrido, assim como a da Corte estadual do Alabama, é no sentido de que a Constituição norte-americana não protege publicações difamatórias, deixou claro que essa alegação não merece prosperar. Frisou que nenhum dos precedentes citados pelo recorrido ou pela decisão combatida defendem a utilização das leis de crimes contra honra para impor sanções sobre a crítica à atividade do governo e de seus agentes⁷⁵. Nesse sentido,

⁷³ “We think the evidence against the Times supports, at most, a finding of negligence in failing to discover the misstatements, and is constitutionally insufficient to show the recklessness that is required for a finding of actual malice. Cf. *Charles Parker Co. v. Silver City Crystal Co.*, 142 Conn. 605, 618, 116 A.2d 440, 446 (1955); *Phoenix Newspapers, Inc., v. Choisser*, 82 Ariz. 271, 277-278, 312 P.2d 150, 154-155 (1957).”

⁷⁴ “The question is whether it forfeits that protection by the falsity of some of its factual statements and by its alleged defamation of respondent.”

⁷⁵ “Respondent relies heavily, as did the Alabama courts, on statements of this Court to the effect that the Constitution does not protect libelous publications. Those statements do not foreclose our inquiry

Brennan afirmou que no precedente *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, a Suprema Corte, a despeito de manter uma decisão da Corte do estado de Illinois que considerou uma publicação difamatória de um grupo racial, bem como, responsável por causar violência e desordem, foi cuidadosa ao lembrar que detinha a autoridade para anular qualquer ação que invada a liberdade de discurso sob o preceito de uma punição por difamação ⁷⁶.

Defendendo a liberdade plena da palavra, no sentido de que não cabe ação de difamação – *libel suit* – em se tratando de debate de interesse público sob pena de restrição da liberdade de expressão, Brennan citou as palavras do Justice Brandeis, em *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, consideradas como a formulação clássica desse princípio. A seguir, as palavras do Justice Brandeis:

Those who won our independence believed... that public discussion is a political duty, and that this should be a fundamental principle of the American government. They recognized the risks to which all human institutions are subject. But they knew that order cannot be secured merely through fear of punishment for its infraction; that it is hazardous to discourage thought, hope and imagination; that fear breeds repression; that repression breeds hate; that hate menaces stable government; that the path of safety lies in the opportunity to discuss freely supposed grievances and proposed remedies, and that the fitting remedy for evil counsels is good ones. Believing in the power of reason as applied through public discussion, they eschewed silence coerced by law -- the argument of force in its worst form. Recognizing the occasional tyrannies of governing majorities, they amended the Constitution so that free speech and assembly should be guaranteed.

As palavras do Justice Brandeis, acolhidas no caso *New York Times v. Sullivan*, demonstram nitidamente o posicionamento da Corte quanto à questão do conteúdo difamatório no debate político e sua proteção constitucional. Ao afirmar que a ordem não pode ser assegurada pela simples imposição do medo de uma punição, assim como, que o caminho mais seguro reside na oportunidade de discutir livremente as eventuais desavenças e possíveis soluções; e que o remédio cabível para os conselhos maléficos são os bons conselhos, a Corte sinaliza não apenas que o debate é livre e nele se aceitam os erros de fato, mas também que inclusive o

here. None of the cases sustained the use of libel laws to impose sanctions upon expression critical of the official conduct of public officials. [...]

⁷⁶ *"In Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250, the Court sustained an Illinois criminal libel statute as applied to a publication held to be both defamatory of a racial group and "liable to cause violence and disorder." But the Court was careful to note that it "retains and exercises authority to nullify action which encroaches on freedom of utterance under the guise of punishing libel"; for "public men are, as it were, public property," and "discussion cannot be denied, and the right, as well as the duty, of criticism must not be stifled"."*

conteúdo difamatório, quando produzido dentro do debate de interesse público, é protegido constitucionalmente.

E isso porque, segundo acrescentou, o comprometimento dos Estados Unidos é com um debate livre sobre os assuntos de interesse público. E esse compromisso implica que eventualmente ocorram ataques veementes, cáusticos, e desagradavelmente afiados contra o governo e seus agentes ⁷⁷.

O *Justice* Brennan citou ainda outro precedente que corrobora com o posicionamento que a Corte estava adotando. Trata-se do caso *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, oportunidade em que se afirmou, dentre outras coisas, que no âmbito do debate político, não raras vezes, a fim de persuadir sua audiência, o postulante lança mão do exagero, da vilificação dos seus opositores, e inclusive do falso testemunho. E que, a despeito disso, e de toda sorte, o povo daquela nação no decorrer dos tempos tem entendido que a longo prazo as liberdades são essenciais para o esclarecimento da opinião e da conduta correta. A seguir transcrevemos a passagem trazida por Brennan da decisão do caso *Cantwell v. Connecticut*. *Verbis*

In the realm of religious faith, and in that of political belief, sharp differences arise. In both fields, the tenets of one man may seem the rankest error to his neighbor. To persuade others to his own point of view, the pleader, as we know, at times resorts to exaggeration, to vilification of men who have been, or are, prominent in church or state, and even to false statement. But the people of this nation have ordained, in the light of history, that, in spite of the probability of excesses and abuses, these liberties are, in the long view, essential to enlightened opinion and right conduct on the part of the citizens of a democracy. [Grifos nossos]

O discurso, portanto, é protegido ainda que contenha declarações tidas por difamatórias da reputação de um agente público. Segundo Brennan, a crítica da conduta pública de um agente público não pode perder sua proteção constitucional unicamente por ter sido uma crítica contundente que acabou por enfraquecer a reputação do agente objeto da crítica ⁷⁸.

Um outro precedente trazido por Brennan, este talvez ainda mais incisivo, é a manifestação da corte do estado do Kansas em sede de apelação (78 Kan. at 723, 98 P. at 285) com os seguintes dizeres:

⁷⁷ “Thus, we consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials. See *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 4; *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353 [...]”

⁷⁸ “Criticism of their official conduct does not lose its constitutional protection merely because it is effective criticism, and hence diminishes their official reputations.”

It is of the utmost consequence that the people should discuss the character and qualifications of candidates for their suffrages. The importance to the state and to society of such discussions is so vast, and the advantages derived are so great, that they more than counterbalance the inconvenience of private persons whose conduct may be involved, and occasional injury to the reputations of individuals must yield to the public welfare, although at times such injury may be great. The public benefit from publicity is so great, and the chance of injury to private character so small, that such discussion must be privileged.

[...]

In such a case the occasion gives rise to a privilege, qualified to this extent: any one claiming to be defamed by the communication must show actual malice or go remediless. This privilege extends to a great variety of subjects, and includes matters of public concern, public men, and candidates for office.

A corte estadual do Kansas, como se vê, realizando a ponderação entre o interesse da sociedade e do Estado num debate plenamente livre sobre os assuntos de interesse público e os interesses do indivíduo, objeto da crítica, na sua reputação eventualmente agredida, entendeu que o interesse coletivo no debate livre supera com folgas os inconvenientes sofridos por indivíduos cujas condutas possam estar envolvidas nas questões discutidas. Este interesse, portanto, deve ceder.

Na segunda parte da passagem colacionada temos que, a única solução para aquele que busque uma reparação por sentir-se difamado por qualquer meio de comunicação, é a comprovação da *actual malice*.

Foi ainda destacado no voto de Brennan que a garantia constitucional, segundo já se manifestara a própria Corte, foi construída para assegurar um intercâmbio livre de idéias capaz de demonstrar os desejos de mudanças sociais e políticas do povo ⁷⁹. E aí reside o núcleo da proteção constitucional das alegações tidas por difamatórias; ou seja, essas palavras manterão sua proteção desde que se encontrem num contexto de diálogo social ou político. Um debate de interesse público.

Brennan foi categórico ao afirmar que a Corte não estava sustentando que a Constituição protegeria declarações difamatórias direcionadas contra a vida privada dos agentes públicos tendo em vista que esse tipo de informação, referente exclusivamente à vida particular do agente público – assim como do cidadão comum –, em nada acrescenta aos fins de auto-governo do povo e de busca pela mudança

⁷⁹ “The constitutional safeguard, we have said, “was fashioned to assure unfettered interchange of ideas for the bringing about of political and social changes desired by the people.” *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 484.”

protegidos pelas emendas à Constituição americana. De acordo com o *Justice*, as liberdades de expressão e de imprensa tem como objetivo assegurar que o governo responda à vontade do povo, dando espaço para que as mudanças desejadas sejam atingidas de forma pacífica, através do debate. E as declarações de cunho difamatório da vida privada de qualquer cidadão, agente público ou não, em nada contribuem com esse propósito; razão pela qual, segundo consignado na decisão em *New York Times v. Sullivan*, não se encontram sob a guarida constitucional⁸⁰.

E por fim, quanto ao ponto, conclui que se nem os erros de fato – desde que não caracterizada a regra da *actual malice* –, nem o conteúdo difamatório – desde que trate de tema de interesse público e também não se caracterize a malícia efetiva –, se mostram suficientes para remover a proteção constitucional da crítica à conduta pública, a combinação desses dois fatores não se mostra suficiente para mudar essa circunstância⁸¹.

2.2.5 O objeto da garantia constitucional e as conclusões do *Justice Brennan*

O principal legado do precedente *New York Times v. Sullivan* é, sem dúvidas, a construção da regra da *actual malice*. Ao estabelecer essa regra a Suprema Corte delimitou precisamente o âmbito de proteção da liberdade de expressão e de imprensa nos Estados Unidos.

Essa regra foi assim resumida pelo *Justice Brennan*:

The constitutional guarantees require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with "actual malice" -- that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not.

⁸⁰ “This is not to say that the Constitution protects defamatory statements directed against the private conduct of a public official or private citizen. Freedom of press and of speech insures that government will respond to the will of the people, and that changes may be obtained by peaceful means. Purely private defamation has little to do with the political ends of a self-governing society. The imposition of liability for private defamation does not abridge the freedom of public speech or any other freedom protected by the First Amendment. This, of course, cannot be said “where public officials are concerned, or where public matters are involved... [O]ne main function of the First Amendment is to ensure ample opportunity for the people to determine and resolve public issues. Where public matters are involved, the doubts should be resolved in favor of freedom of expression, rather than against it”.”

⁸¹ “If neither factual error nor defamatory content suffices to remove the constitutional shield from criticism of official conduct, the combination of the two elements is no less inadequate.”

Note-se que com o estabelecimento dessa regra a Corte constitucional norte-americana apontou para uma direção diametralmente oposta àquela apontada pela Corte do estado do Alabama – que havia aplicado a proposição de que a publicação *Heed Their Rising Voices* deveria ser considerada *libelous per se*.

Já foi visto que a regra *libelous per se* determina que quando uma publicação é tendente a injuriar uma pessoa com alegações que difamam sua reputação ou profissão, ela deverá ser considerada, por suas próprias palavras, difamatória, desde que o objeto da queixa esteja referindo-se ao queixoso ⁸². Ao passo que a regra da malícia efetiva – *actual malice* – impõe uma barreira muito difícil de ser vencida pelos agentes públicos – *public officials* – que pretendam obter da imprensa alguma espécie de indenização, com a necessidade de comprovação da ciência dos erros de fato ou da grave imprudência por parte daquele que exerceu a crítica.

A regra da malícia efetiva se propõe a proteger e garantir o livre exercício da liberdade de expressão e de imprensa nos Estados Unidos como um instrumento assegurador da livre manifestação política e social de parte comunidade. Nesse sentido foi o precedente citado por Brennan, o caso *Roth v. United States* (354 U.S. 476) onde afirmou-se: "*The constitutional safeguard, we have said, "was fashioned to assure unfettered interchange of ideas for the bringing about of political and social changes desired by the people."*

Outro precedente citado e que demonstra o verdadeiro objeto da garantia constitucional é o *Stromberg v. California* (283 U.S. 359), nas seguintes palavras:

The maintenance of the opportunity for free political discussion to the end that government may be responsive to the will of the people and that changes may be obtained by lawful means, an opportunity essential to the security of the Republic, is a fundamental principle of our constitutional system.

Note-se o caráter destacadamente instrumental da garantia das liberdades de expressão e de imprensa. Essas liberdades, na forma como defendidas pelo Justice Brennan, não existem como um fim em si mesmo, mas sim como uma forma de garantir a livre discussão sobre assuntos sociais e políticos por parte do povo.

⁸² "*Under Alabama law, as applied in this case, a publication is "libelous per se" if the words "tend to injure a person... in his reputation" or to "bring [him] into public contempt"; the trial court stated that the standard was met if the words are such as to "injure him in his public office, or impute misconduct to him in his office, or want of official integrity, or want of fidelity to a public trust...."*

No voto são transcritas diversas passagens do pensamento de James Madison apontando exatamente para esse caráter instrumental das garantias das liberdades de imprensa e de expressão, no sentido de que é o povo o verdadeiro detentor tanto da soberania como do poder de censura⁸³. A argumentação é sempre no sentido de que o princípio fundamental é o do direito à livre discussão dos assuntos de interesse público⁸⁴.

Brennan lembra que o *Sedition Act*⁸⁵, do ano de 1798, foi tido por inconstitucional exatamente por restringir as críticas ao governo e seus agentes. E essa restrição era incompatível com a Primeira Emenda⁸⁶.

A própria conclusão de Brennan, na última parte do seu voto, demonstra que a regra da *actual malice* ficou restrita aos casos envolvendo agentes públicos, contudas de governo e assuntos de interesse público. Deixando evidente que a liberdade de expressão se propõe a proteger o debate e as críticas envolvendo temas referentes a esse núcleo: agentes públicos e suas condutas públicas.

Vejamos o trecho do voto:

We hold today that the Constitution delimits a State's power to award damages for libel in actions brought by public officials against critics of their official conduct. Since this is such an action, the rule requiring proof of actual malice is applicable.

Em suas conclusões finais, Brennan afirmou a aplicabilidade da regra da *actual malice* por tratar-se de ação de danos proposta por agente público, pleiteando indenização em virtude de suposta difamação veiculada por críticas à sua conduta oficial.

⁸³ As seguintes passagens, da lavra de Madison, foram transcritas por Brennan em seu voto: "*The people, not the government, possess the absolute sovereignty.*"; "*If we advert to the nature of Republican Government, we shall find that the censorial power is in the people over the Government, and not in the Government over the people.*"

⁸⁴ Em outra transcrição do pensamento de Madison afirma-se que o princípio fundamental não trata da livre discussão de assuntos de interesse público, mas de assuntos acerca da gestão pública: "*The right of free public discussion of the stewardship of public officials was thus, in Madison's view, a fundamental principle of the American form of government.*"

⁸⁵ Esse Ato criava a seguinte tipificação penal: "*if any person shall write, print, utter or publish... any false, scandalous and malicious writing or writings against the government of the United States, or either house of the Congress... or the President... with intent to defame... or to bring them, or either of them, into contempt or disrepute; or to excite against them, or either or any of them, the hatred of the good people of the United States.*"

⁸⁶ "*These views reflect a broad consensus that the Act, because of the restraint it imposed upon criticism of government and public officials, was inconsistent with the First Amendment.*"

Ficou ainda consignado que as provas apresentadas não lograram demonstrar de forma eficaz o grau de malícia efetiva necessário para o enquadramento na regra ⁸⁷ – e assim autorizar a concessão de indenização por danos com a consequente restrição da liberdade de expressão. Os fatos – principalmente o procedimento realizado pelo *New York Times* antes da publicação do artigo – não autorizaram a caracterização da malícia efetiva. Mesmo a par da negativa do jornal em retratar-se ao Sr. Sullivan, ou da não verificação em seus próprios arquivos acerca da veracidade dos fatos, ficou determinado que se observava apenas um comportamento negligente por parte do jornal, e não a imprudência necessária à caracterização da regra ⁸⁸.

No intuito de encerrar essa passagem, colacionamos um trecho do voto de Brennan que aborda a questão do procedimento adotado pelo *New York Times* apontando pela não visualização *in casu* da malícia efetiva. Vejamos:

Finally, there is evidence that the Times published the advertisement without checking its accuracy against the news stories in the Times' own files. The mere presence of the stories in the files does not, of course, establish that the Times "knew" the advertisement was false, since the state of mind required for actual malice would have to be brought home to the persons in the Times' organization having responsibility for the publication of the advertisement. With respect to the failure of those persons to make the check, the record shows that they relied upon their knowledge of the good reputation of many of those whose names were listed as sponsors of the advertisement, and upon the letter from A. Philip Randolph, known to them as a responsible individual, certifying that the use of the names was authorized. There was testimony that the persons handling the advertisement saw nothing in it that would render it unacceptable under the Times' policy of rejecting advertisements containing "attacks of a personal character"; their failure to reject it on this ground was not unreasonable. We think the evidence against the Times supports, at most, a finding of negligence in failing to discover the misstatements, and is constitutionally insufficient to show the recklessness that is required for a finding of actual malice.

Por fim, Brennan afirma que a regra aplicada pela corte do estado do Alabama – regra que considerou o artigo *Heed Their Rising Voices* como *libelous per se* – deve ser afastada por atingir exatamente o núcleo protegido pela liberdade

⁸⁷ “Applying these standards, we consider that the proof presented to show actual malice lacks the convincing clarity which the constitutional standard demands, and hence that it would not constitutionally sustain the judgment for respondent under the proper rule of law.”

⁸⁸ “As to the Times, we similarly conclude that the facts do not support a finding of actual malice. [...] The Times' failure to retract upon respondent's demand, although it later retracted upon the demand of Governor Patterson, is likewise not adequate evidence of malice for constitutional purposes. [...]”

de expressão. Ou seja, por ter como um de seus efeitos, que a crítica política feita de boa-fé possa, eventualmente, ser penalizada ⁸⁹.

2.3 As opiniões concorrentes

As opiniões concorrentes foram entregues à Corte pelos *Justices* Black e Goldberg. Ambos acompanhados pelo *Justice* Douglas.

Black afirma que, de acordo com seu entendimento, as emendas Primeira e Décima Quarta não apenas delimitaram o poder dos estados em conceder indenizações por danos à agentes públicos em razão de críticas às suas condutas públicas, mas que essas emendas proíbem completamente o exercício desse poder ⁹⁰.

Critica a regra da *actual malice* estabelecida pela Suprema Corte, no sentido de que “malícia” é um termo abstrato, difícil tanto de ser provado como de ser refutado. Que é frágil a proteção oferecida por essa regra ao discurso altamente crítico de assuntos de interesse público, e que essa medida não atende à exigência de garantia feita pela Primeira Emenda ⁹¹. Não visão do *Justice* Black, regras como a da malícia efetiva são, além de medidas meramente paliativas, medidas insuficientes ⁹².

⁸⁹ “Raising as it does the possibility that a good faith critic of government will be penalized for his criticism, the proposition relied on by the Alabama courts strikes at the very center of the constitutionally protected area of free expression. We hold that such a proposition may not constitutionally be utilized to establish that an otherwise impersonal attack on governmental operations was a libel of an official responsible for those operations.”

⁹⁰ “I base my vote to reverse on the belief that the First and Fourteenth Amendments not merely “delimit” a State’s power to award damages to “public officials against critics of their official conduct,” but completely prohibit a State from exercising such a power.”

⁹¹ “The Court goes on to hold that a State can subject such critics to damages if “actual malice” can be proved against them. “Malice,” even as defined by the Court, is an elusive, abstract concept, hard to prove and hard to disprove. The requirement that malice be proved provides, at best, an evanescent protection for the right critically to discuss public affairs, and certainly does not measure up to the sturdy safeguard embodied in the First Amendment.”

⁹² “Stopgap measures like those the Court adopts are, in my judgment, not enough.”

Afirmou que, tanto o *Times* quando os indivíduos que fizeram parte da ação movida por Sullivan, têm o direito constitucional absoluto e incondicional de publicar suas críticas sobre os agentes e as instituições públicos de Montgomery ⁹³.

Entendeu que existia uma ameaça pairando sobre a imprensa norte americana pondo em risco a existência de uma imprensa forte o suficiente para publicar pontos de vista impopulares sobre assuntos de interesse público, e que a multa de U\$ 500.000 (quinhentos mil dólares), bem como o conjunto dos fatos ocorridos no precedente demonstravam essa enorme e iminente ameaça ⁹⁴.

Ainda sobre o risco sobre a imprensa norte americana lembrou das demais ações que, na esteira do caso Sullivan, já estavam em andamento contra o *Times*. Em uma delas uma indenização – no mesmo montante de U\$ 500.000 (quinhentos mil dólares) – já havia sido concedida a outro Comissário, com base na mesma publicação. E dessa forma, de acordo com Black, tudo leva a crer que mais ações e indenizações como essas estariam a caminho contra quem quer que se atrevesse a criticar algum agente público ⁹⁵.

Ponderado o risco que essas ações de danos causavam à imprensa livre, lembrou ainda que os agente públicos são responsáveis, perante a população, pelos seus atos de governo e administração. E que uma democracia representativa se extingue quando os funcionários públicos são desencarregados da sua responsabilidade com o povo – e isso ocorre, no caso, quando estes são impedidos, por qualquer meio, de falar, escrever ou publicar assuntos de interesse público ⁹⁶.

⁹³ “Unlike the Court, therefore, I vote to reverse exclusively on the ground that the *Times* and the individual defendants had an absolute, unconditional constitutional right to publish in the *Times* advertisement their criticisms of the Montgomery agencies and officials.”

⁹⁴ “The half-million-dollar verdict does give dramatic proof, however, that state libel laws threaten the very existence of an American press virile enough to publish unpopular views on public affairs and bold enough to criticize the conduct of public officials. The factual background of this case emphasizes the imminence and enormity of that threat.”

⁹⁵ “Moreover, a second half-million-dollar libel verdict against the *Times* based on the same advertisement has already been awarded to another Commissioner. There, a jury again gave the full amount claimed. There is no reason to believe that there are not more such huge verdicts lurking just around the corner for the *Times* or any other newspaper or broadcaster which might dare to criticize public officials. In fact, briefs before us show that, in Alabama, there are now pending eleven libel suits by local and state officials against the *Times* seeking \$5,600,000, and five such suits against the Columbia Broadcasting System seeking \$1,700,000.”

⁹⁶ “For a representative democracy ceases to exist the moment that the public functionaries are by any means absolved from their responsibility to their constituents, and this happens whenever the constituent can be restrained in any manner from speaking, writing, or publishing his opinions upon any public measure, or upon the conduct of those who may advise or execute it.”

Expostos seus argumentos, o *Justice Black* conclui que a Constituição Federal dos Estados Unidos tratou o tema da única forma possível a fim manter uma imprensa livre dos riscos apontados: garantindo-lhe uma imunidade absoluta quando se trata do exercício da crítica dos agentes públicos e da forma como eles exercem suas funções ⁹⁷. Que a melhor interpretação da Primeira Emenda deve ser no sentido de deixar livres as pessoas e a imprensa para livremente criticar agentes públicos e discutir assuntos de interesse público ⁹⁸.

Afastou, portanto, a aplicação da regra da malícia efetiva ou de qualquer outra regra. Em nenhuma hipótese, de acordo com o *Justice Black*, uma ação poderia ser proposta contra um órgão da imprensa ou contra um cidadão em razão das suas manifestações críticas à agentes públicos e sobre assuntos de interesse público.

Por fim, encerra seu voto concorrente: “*An unconditional right to say what one pleases about public affairs is what I consider to be the minimum guarantee of the First Amendment.*”

O *Justice Goldberg* chegou a mesma conclusão do *Justice Black*. De que, a despeito dos riscos causados pelos possíveis excessos e abusos, as emendas Primeira e Décima quarta ofereciam ao cidadão, bem como à imprensa, um privilégio absoluto e incondicional de criticar as condutas oficiais de governo ⁹⁹.

Argumentou que pelo entendimento esposado pela Corte, a Constituição ofereceria aos cidadãos e imprensa um privilégio condicional, imunizando apenas erros de fato, concernentes a condutas e agentes de governo, gerados sem malícia. E que, de acordo com o seu entendimento, a proteção constitucional oferecida pela Primeira Emenda era, de fato, muito superior a esse parâmetro ¹⁰⁰.

⁹⁷ “*In my opinion, the Federal Constitution has dealt with this deadly danger to the press in the only way possible without leaving the free press open to destruction -- by granting the press an absolute immunity for criticism of the way public officials do their public duty. Compare Barr v. Matteo, 360 U.S. 564.*”

⁹⁸ “*We would, I think, more faithfully interpret the First Amendment by holding that, at the very least, it leaves the people and the press free to criticize officials and discuss public affairs with impunity.*”

⁹⁹ “*In my view, the First and Fourteenth Amendments to the Constitution afford to the citizen and to the press an absolute, unconditional privilege to criticize official conduct despite the harm which may flow from excesses and abuses.*”

¹⁰⁰ “*The Court thus rules that the Constitution gives citizens and newspapers a "conditional privilege" immunizing nonmalicious misstatements of fact regarding the official conduct of a government officer. The impressive array of history and precedent marshaled by the Court, however, confirms my belief that the Constitution affords greater protection than that provided by the Court's standard to citizen and press in exercising the right of public criticism.*”

Argumentou que o direito de manifestar-se sobre assuntos públicos não deveria depender do entendimento de um júri acerca das motivações de quem se expressa. Afirmou que a teoria da Constituição norte-americana aponta para o direito de todo cidadão de falar o que lhe aprouver e da imprensa expressar seus pontos de vista sobre assuntos de interesse público; e que esses direitos não podem ser limitados apenas porque aqueles que estão no governo entendem que o que foi dito ou publicado seja injusto, falso ou malicioso ¹⁰¹.

Goldber destacou que a verdadeira questão nesse precedente era saber se a liberdade de expressão poderia ser efetivamente protegida por uma regra que autorizasse a concessão de indenização por danos, a ser determinada por um júri a partir da aferição do *animus* do agente que se manifesta ¹⁰².

Em seu voto concorrente aduziu ainda, dentre outras coisas, que em uma sociedade democrática aquele que se proponha a assumir um função pública deve esperar que sua atividade seja comentada e criticada. E que tal crítica não pode ser restringida por ações de difamação ¹⁰³.

Lembrou que se os cidadãos estiverem sujeitos às penas das ações de difamação em razão das suas palavras sobre o governo e seus agentes, e os jornais passíveis de responsabilização por publicações sobre assuntos de interesse público – para isso bastaria que um júri entedesse pela caracterização *in casu* da *actual malice* –, Goldber afirma que não restariam dúvidas de que o debate público sofreria restrições, bem como, de que os grupos minoritários da sociedade teriam dificuldade em assegurar a publicação de seus pontos de vista ¹⁰⁴. Dificultando seu ingresso nesse debate, portanto.

¹⁰¹ “The right should not depend upon a probing by the jury of the motivation [n2] of the citizen or press. The theory [p299] of our Constitution is that every citizen may speak his mind and every newspaper express its view on matters of public concern, and may not be barred from speaking or publishing because those in control of government think that what is said or written is unwise, unfair, false, or malicious.”

¹⁰² “That argument, however, is not responsive to the real issue presented by this case, which is whether that freedom of speech which all agree is constitutionally protected can be effectively safeguarded by a rule allowing the imposition of liability upon a jury’s evaluation of the speaker’s state of mind.”

¹⁰³ “In a democratic society, one who assumes to act for the citizens in an executive, legislative, or judicial capacity must expect that his official acts will be commented upon and criticized. Such criticism cannot, in my opinion, be muzzled or deterred by the courts at the instance of public officials under the label of libel.”

¹⁰⁴ “If individual citizens may be held liable in damages for strong words, which a jury finds false and maliciously motivated, there can be little doubt that public debate and advocacy will be constrained. And if newspapers, publishing advertisements dealing with public issues, thereby risk liability, there

Defendendo a proteção incondicional da crítica política e do debate público, Goldberg traz uma passagem do voto do *Chief Justice* Hughes, no caso *Jonge v. Oregon* (299 U.S. 353). A passagem é marcante pela demonstração do caráter instrumental aplicado pelo caso à liberdade de expressão e por resumir de forma sucinta a posicionamento adotado pelo *Justice* Goldberg. *verbis*

[I]mperative is the need to preserve inviolate the constitutional rights of free speech, free press and free assembly in order to maintain the opportunity for free political discussion, to the end that government may be responsive to the will of the people and that changes, if desired, may be obtained by peaceful means. Therein lies the security of the Republic, the very foundation of constitutional government.

Frente a toda essa argumentação, Goldber fez algumas ressalvas. Inicialmente que as manifestações deliberadamente falsas e maliciosas não possuem o mesmo valor que a liberdade de expressão propriamente dita ¹⁰⁵; também que – e aqui repisando o argumento trazido por Brennan – a Constituição não protege as declarações difamatórias quando dirigidas contra condutas privadas dos agentes públicos, tendo em vista que estas em nada contribuem ao fim político do autogoverno da sociedade ¹⁰⁶; e, por fim, que a tese de que a Constituição oferece aos cidadãos e à imprensa um privilégio absoluto na arena do debate público, não induz à conclusão de que os agentes públicos encontrar-se-ão indefesos contra os ataques do porvir. Resolveu a questão recorrendo ao precedente *Wood v. Georgia* (370 U.S. 375) onde se afirma que sob o sistema de governo norte americano, a contra-argumentação e a educação devem ser as armas dos agentes do governo, não a restrição de direitos ¹⁰⁷.

O Justice Goldberg encerrou assim seu voto concorrente:

can also be little doubt that the ability of minority groups to secure publication of their views on public affairs and to seek support for their causes will be greatly diminished.”

¹⁰⁵ *“It may be urged that deliberately and maliciously false statements have no conceivable value as free speech.”*

¹⁰⁶ *“This is not to say that the Constitution protects defamatory statements directed against the private conduct of a public official or private citizen. Freedom of press and of speech insures that government will respond to the will of the people, and that changes may be obtained by peaceful means. Purely private defamation has little to do with the political ends of a self-governing society. The imposition of liability for private defamation does not abridge the freedom of public speech or any other freedom protected by the First Amendment.”*

¹⁰⁷ *“The conclusion that the Constitution affords the citizen and the press an absolute privilege for criticism of official conduct does not leave the public official without defenses against unsubstantiated opinions or deliberate misstatements.*

“Under our system of government, counterargument and education are the weapons available to expose these matters, not abridgment.... of free speech...” Wood v. Georgia (370 U.S. 375).”

For these reasons, I strongly believe that the Constitution accords citizens and press an unconditional freedom to criticize official conduct. It necessarily follows that, in a case such as this, where all agree that the allegedly defamatory statements related to official conduct, the judgments for libel cannot constitutionally be sustained.

Observa-se, portanto, que ambos os votos concorrentes se posicionaram por uma proteção absoluta da liberdade de manifestação – afastando assim a regra da malícia efetiva, desde que circunscrita ao debate público. Esse é, em linhas gerais, o posicionamento dos *Justices* Black, Goldberg e Douglas.

2.4 Considerações finais

Tratando-se de fazer um balanço do caso *New York Times v. Sullivan*, a conclusão é claramente positiva. Principalmente quando temos em mente o objetivo pretendido pela Corte, qual seja: colocar em posição privilegiada no debate público tanto a imprensa como cidadãos. Uma visão, como já dissemos, instrumentalista da liberdade de expressão.

Ronald Dworkin, notável doutrinador norteamericano, saudou o julgamento do caso com as seguintes palavras:

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. [...] Dificilmente a investigação de Watergate e outras denúncias semelhantes teriam sido possíveis se a Corte não tivesse adotado uma regra como a regra *Sullivan*.¹⁰⁸

De fato, com o julgado a imprensa encontrou-se em posição verdadeiramente privilegiada no cenário do debate público e na divulgação de informação acerca do trato com a coisa pública. Como bem constata Paulo Branco, “em outros quadrantes do mundo democrático não há tão apertadas exigências para se responsabilizar o jornalista por divulgação de fato falso ofensivo à honra do retratado.”¹⁰⁹ Assertiva que reafirma a liberdade concedida pela decisão do caso *Sullivan* aos jornalistas dos

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 312.

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 372. n: 33.

Estados Unidos. Também a doutrina espanhola reconhece o privilégio obtido pela imprensa norte-americana. Vejamos:

*Obviamente, esta resolución coloca a los medios de comunicación en la mejor de las posiciones para cumplir la función que les corresponde en una sociedad democrática, sobretudo porque restringe mucho la posibilidad de que el derecho al honor sea una contrapisa para la crítica política.*¹¹⁰

Mesmo em vista dos votos concorrentes, que buscaram ir além no alcance da Primeira Emenda apontando para o afastamento da regra da *actual malice* – deixando plenamente livres a imprensa e os cidadãos para criticar e comentar os assuntos de interesse público sem qualquer condicionante –, é de se notar a visão exclusivamente instrumental da liberdade de expressão adotada pela Corte.

Esse entendimento defendido pela Suprema Corte recebeu críticas contundentes de Dworkin. O jus filósofo lembrou que se partimos da premissa de que a liberdade de expressão é relevante, não como um fim em si, mas unicamente como instrumento para o bom funcionamento da democracia, chegaremos à conclusão de que “a liberdade de expressão é muito menos importante quando diz respeito à arte ou às decisões pessoais e sociais.”¹¹¹

O doutrinador americano não propõe o afastamento da justificativa instrumental pura e simplesmente. Mas afirma que ela, por não oferecer a proteção adequada à liberdade de expressão, deve ser complementada por outra que chamou de justificativa constitutiva.

A principal passagem na qual Dworkin defende a justificativa constitutiva da liberdade de expressão, a despeito da extensão, entendemos que deva ser trazida por esclarecer muito sobre a importância dessa liberdade. As seguintes palavras iluminam a liberdade de expressão de uma forma não mencionada no caso *Times v. Sullivan*.

O segundo tipo da liberdade de expressão pressupõe que ela é importante não só pelas consequências 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

¹¹⁰ FELIPE, Miguel Beltrán de; GARCIA, Júlio V. Gonzáles. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: Boletín Oficial de Estado, Centro de Estudios Constitucionales, 2006. pp. 318/319.

¹¹¹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 322.

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 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.¹¹²

Como se pode observar, Dworkin empresta um outro relevo à liberdade de expressão. A justificativa constitutiva ofereceria possibilidades muito maiores à essa liberdade, não cabendo, de toda sorte, qualquer espécie de restrição. Do que se percebe que mesmo os votos concorrentes, que pretenderam ir além da tese apresentada por Brennan, ficam muito aquém da tese ventilada por Dworkin.

Como se vê, a decisão da Suprema Corte americana sofreu diversas críticas, uma delas, especialmente interessante, diz respeito a saber qual o propósito do debate livre defendido pela Corte. Afirmou-se que, se de fato a ideia era a defesa de um debate plural, melhor seria assegurar também o direito de resposta ao sujeito submetido às críticas da imprensa. Nesse sentido são as palavras de Jerome Barron, *verbis*

*It was the essential philosophy of the New York Times v. Sullivan that a free press, engaged in public debate, should not have to live in fear of prohibitive libel judgments. But what is the purpose of free debate? It is free so that there shall really be free debate within the Nation. If that is true, then a necessary step to securing debate should have been to require newspapers to provide the subjects of their attacks with an opportunity for reply. This would have been a fair price to extract for the new relative freedom from libel judgments.*¹¹³

¹¹² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 319-320.

¹¹³ DEVOL, Kenneth S. (ed). *Mass Media and the Supreme Court: the legacy of the Warren years*. New York: Hastings House, Publishers Inc., 1971. p. 94.

Em geral a ideia daqueles que se propõe a criticar a regra estabelecida no caso *Sullivan*, é exatamente a de que a falta de regras de controle mais consistentes seria a causa não do aperfeiçoamento do debate público, mas da liberdade desenfreada da imprensa, gerando assim uma consequência nociva ao debate público e não o contrário. Nesse sentido é a crítica de Jerome Merlin ao afirmar que:

[...] *freedom cannot be equated with anarchy, since anarchy results in freedom only for the strongest, the richest, the loudest, or the most numerous. Freedom flourishes when it is limited by the boundaries of self-restraint and the rights of others.*¹¹⁴

Além de algumas críticas pontuais, devemos lembrar também de algumas das aplicações posteriores que vieram acompanhadas da flexibilização da regra estabelecida no caso *New York Times v. Sullivan*. Nesse sentido, e a título de exemplo, temos o caso *Rosenblatt v. Baer*, de 1966, aonde a regra foi estendida a candidatos a ocupante de cargo público; o caso *Curtis Publishing Co. v. Butts*, de 1967, ocasião em que a regra foi aplicada a figuras públicas fora do desempenho de suas funções públicas; e em *Rosenbloom v. Metromedia*, do ano de 1971, talvez uma das interpretações extensivas mais interessantes, aplicando a regra não apenas aos casos em que forem partes agentes públicos, mas também aos casos que tratem de assunto de transcendência pública¹¹⁵.

Da observância da regra inicial – *actual malice* – estabelecida no caso *Times v. Sullivan*, com a sua posterior flexibilização, nota-se a amplitude de assuntos sujeitos ao crivo da imprensa. Tamanha foi a responsabilidade que lhe foi concedida, que chegou a ser chamada de “cão de guarda” dos assuntos de interesse público¹¹⁶. Nos parece que andou bem a evolução da regra da *actual malice*.

Dessa forma, é de se concluir, por tudo, que, a despeito de ser passível de críticas diversas, a regra da *actual malice* tem protegido de forma satisfatória a imprensa norte-americana, assegurando a sua liberdade de expressão. Sendo ela,

¹¹⁴ DEVOL, Kenneth S. (ed). *Mass Media and the Supreme Court: the legacy of the Warren years*. New York: Hastings House, Publishers Inc., 1971. p. 252.

¹¹⁵ FELIPE, Miguel Beltrán de; GARCIA, Júlio V. Gonzáles. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: Boletín Oficial de Estado, Centro de Estudios Constitucionales, 2006. p. 319.

¹¹⁶ “The Warren Court gave increasingly wide latitude to the press in fulfilling its functions as ‘watchdog’ of the public business and, consequently, has made it increasingly difficult for public figures to collect damages in libel suits against the media.” Cf. DEVOL, Kenneth S (ed). *Mass Media and the Supreme Court: the legacy of the Warren years*. New York: Hastings House, Publishers Inc., 1971. p. 211.

“hoje, sem dúvida, o mais valorizado direito fundamental no âmbito da jurisprudência constitucional norte-americana.”¹¹⁷

¹¹⁷ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *Hate Speech*. *Revista de Direito do Estado*. Ano 1, n. 4, out/dez de 2006. p. 57.

CONCLUSÃO

Em razão da posição de destaque ocupada pela imprensa no exercício do seu mister informativo, é nítido que ela deva desfrutar de um determinado privilégio quando os valores que respaldam sua atividade entrarem em conflito com valores como os da imagem e honra de pessoas públicas.

A despeito das críticas referentes aos parâmetros estabelecidos em *Times v. Sullivan*, em sua grande maioria bastante construtivas, o fato é que a Suprema Corte norte-americana procurou definir aquele privilégio conferido à imprensa da melhor maneira possível. E o fez de forma adequada.

A relevância dos *standards* fixados por *Times v. Sullivan* é notório. Do que se tem notícia, tornou-se uma forte inspiração inclusive para a Corte Européia de Direitos Humanos, e a exemplo disso é o caso *Lingens* que recorreu a boa parte das regras adotadas no precedente aqui estudado ¹¹⁸.

O estabelecimento da regra da *actual malice*, ainda que entendida como adequada para aquele contexto histórico, não indica, de forma alguma, que ela deva ser adotada e a busca por outros caminhos encerrada. Mas ao contrário, apenas fornece parâmetros para o encontro de novas soluções para os nossos conflitos. E dessa forma, se puder ao menos oferecer mais elementos para o enriquecimento do debate jurídico, esse estudo terá atingido seu objetivo central.

Basta que olhemos ao redor para perceber que os estudos sobre a liberdade de expressão da imprensa e sua limitação pelos direitos de imagem e à honra de pessoas e agentes públicos ainda está longe de chegar ao nível desejável para uma democracia como a nossa. Um olhar para as nações vizinhas também comprova a necessidade do debate em torno dessa temática.

Essa percepção é comprovada pela notícia veiculada pelo jornal *O Estado de São Paulo* ¹¹⁹, no dia 22 de julho de 2011, informando que a justiça do Equador, em primeira instância, condenou o periódico *El Universo*, 03 (três) de seus diretores e 01 (um) ex-editor ao pagamento de uma multa no valor astronômico de U\$

¹¹⁸ FELIPE, Miguel Beltrán de; GARCIA, Júlio V. Gonzáles. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: Boletín Oficial de Estado, Centro de Estudios Constitucionales, 2006. p. 320.

¹¹⁹ RAATZ, Luiz. Jornal é condenado por críticas a Correa. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. A14, 22 jul. 2011.

40.000.000,00 (quarenta milhões de dólares), combinada com 03 (três) anos de prisão. O pedido inicial de Correa era pela condenação em U\$ 80 milhões, e como informa o editorial do Estado de São Paulo do dia 23 de julho de 2011:

Deixou claro assim que, mais do que punir os responsáveis por uma presumível calúnia publicada contra si, desejava o fechamento do jornal, no que não passa de uma nova manifestação de endurecimento no cerco que vem empreendendo ao que resta da imprensa livre no Equador.¹²⁰

Esse tipo de notícia não é privilégio de países submetidos a um regime político distante da democracia. Em território nacional também temos informações de indenizações concedidas à pessoas públicas por suposta violação à imagem e à honra. Temos, como exemplo, 02 (dois) casos bastante recentes julgados pela justiça brasileira. No Paraná, o desembargador Dr. Celso Rotoli de Macedo, ex-presidente do Tribunal de Justiça daquele estado, teve seu pleito provido e o jornal *Editora Gazeta do Povo* e um colunista do jornal foram solidariamente condenados ao pagamento de R\$ 100.000 (cem mil reais) a título de indenização por dano moral¹²¹. O segundo caso é uma ação proposta pelo ex-Presidente da República e Senador Fernando Collor contra a editora *Abril*¹²² em razão de um artigo que se referia a ele como “corrupto desvairado”. De acordo com o sítio eletrônico do STJ, a Terceira Turma do Egrégio Tribunal fixou a indenização em R\$ 500.000 (quinhentos mil reais) também a título por danos morais¹²³.

Com essa ilustração não se pretende, por óbvio, adentrar no mérito de qualquer dos precedentes mencionados. O que se pretendeu demonstrar é que de fato as controvérsias sobre assuntos de indiscutível interesse público seguem batendo às portas do Judiciário, os conflitos entre liberdade de imprensa e direito à imagem e à honra de personalidades públicas seguem sendo ponderados e o direito segue sendo aplicado. O debate deve, portanto, ser cada vez mais reavivado.

¹²⁰ FAÇANHA ditatorial no Equador. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. A3, 23 jul. 2011.

¹²¹ JORNAL é condenado a indenizar desembargador no PR. *Consultor Jurídico*, 05 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 06 mar.2012.

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1068824; Recurso Especial 1120971.

¹²³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sala de notícias. Disponível em:<www.stj.jus.br> Acesso em: 06 mar. 2012.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 191-211, abr./jun. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1068824.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1120971.

COOLEY, Thomas McIntyre. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Tradução de Alcides Cruz. 2 ed., reprodução fac-similar parcial da ed. de 1909, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982. p. 323.

DEVOL, Kenneth S. (ed). *Mass Media and the Supreme Court: the legacy of the Warren years*. New York: Hastings House, Publishers Inc., 1971. p. 94.

DOUGLAS, Willian Orville. *Uma carta viva de direitos*. Tradução de Wilson Rocha. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976. p. 11.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 327-ss..

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Certiorari. *New York Times Co. v. Sullivan* (376 u.s. 254).

FAÇANHA ditatorial no Equador. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. A3, 23 jul. 2011.

FELIPE, Miguel Beltrán de; GARCIA, Júlio V. Gonzáles. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: Boletín Oficial de Estado, Centro de Estudios Constitucionales, 2006. p. 317.

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de Expressão: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação*. São Paulo: Editora Pillares, 2005, p. 22.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 12.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JORNAL é condenado a indenizar desembargador no PR. *Consultor Jurídico*, 05 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 06 mar.2012.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Um Símbolo nacional norte-americano e o direito de expressão. *Revista de Informação Legislativa*. v. 45, n. 178. abr/jun: 2008, Brasília.

MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário Jurídico português-inglês – inglês-português*. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAATZ, Luiz. Jornal é condenado por críticas a Correa. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. A14, 22 jul. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do Hate Speech. *Revista de Direito do Estado*. Ano 1, n. 4, out/dez de 2006. p. 57/105.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 241.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sala de notícias. Disponível em:<www.stj.jus.br> Acesso em: 06 mar. 2012.

UNITED STATES SENATE. Disponível em: <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments>. Acesso em: 20.05.2011.