

Breves apontamentos sobre a liberdade de expressão: Novo enfoque da liberdade de expressão *Teoria do Self Restraint*

De acordo com as teorias tradicionais do direito norte-americano, a liberdade de expressão prevista na primeira emenda - pedra angular do sistema constitucional – fundamenta-se no respeito a ideias e dá proteção ao “conteúdo das mesmas” que é visto como um valor por si só: “a livre expressão é um valor americano”¹.

Para as teorias tradicionais da liberdade de expressão, a proteção do “conteúdo” dos discursos e manifestações de pensamento têm por finalidade a descoberta da verdade e a manutenção do processo de um governo democrático².

Em sua obra “*The Tolerant Society*”, o professor da Universidade de Columbia, Lee Bollinger rebate estas teorias e apresenta uma nova teoria fundamentadora da liberdade de expressão chamada “*The restraint theory*”. A sua preocupação está centrada na “finalidade” da proteção da liberdade de expressão. A lição de Bollinger diz que somente quando conhecemos a finalidade de um determinado instituto é que pode se defende-lo³.

O referido professor acredita que a finalidade da instituição liberdade de expressão estabelecida pela Primeira Emenda não deve mais ser fundamentada para o descobrimento da verdade, e o autor exemplifica, citando o caso de discursos nazistas ou extremistas. Para o autor, é óbvio que essas mensagens irracionais não nos levariam efetivamente a verdade⁴.

No caso de proteção a um discurso extremista, seria do mesmo modo irônico imaginar que a finalidade de proteção seja a defesa de um Estado Democrático, pois

¹ ROSENFELD, Michel. Extremist Speech and the Paradox of Tolerance. *The tolerant society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*. Lee C. Bollinger. Harvard Law Review. 1987. Disponível em: < <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&srctype=smi&srcid=3B15&doctype=cite&docid=100+Harv.+L.+Rev.+1457&key=0acae2937093b1bc18909660174097fc>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2011

² ROSENFELD, Michel. Extremist Speech and the Paradox of Tolerance... *op. cit.* P. 6

³ BOLLINGER, Lee C. *The Tolerant Society*. Oxford University Press, USA. 1988. P. 15

⁴ STRAUSS, David A. Why Be Tolerant? *The tolerant society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*. Lee C. Bollinger. University of Chicago Law Review. 1986. Disponível em: < <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=53+U.+Chi.+L.+Rev.+1485&srctype=smi&srcid=3B15&key=f249fd49e6235f8c875f81f7dc6b43b5>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2011. p. 2

sabemos da existência manifestada do antagonismo entre democracia e ideologias extremistas.

A base da teoria de Bollinger está no conceito de “autocontrole” e “tolerância”. Para Bollinger, a liberdade de expressão funciona como um “ritual didático”, pois a Primeira Emenda (da Liberdade de expressão) nos ensina e demanda que sejamos tolerantes, mesmo com as ideias mais repugnantes e absurdas que nos sejam apresentadas⁵.

A tolerância requer uma forte habilidade de autocontrole, autodisciplina, pois à primeira vista quando se escuta uma ideia absurda, que nos cause aversão, a primeira reação que temos é a de repressão em repensá-la. Portanto, o autocontrole é visto como uma virtude extremamente necessária, pois a sua negativa poderia causar um prejuízo maior do que o seu impedimento à comunidade. O autor alerta que a intolerância gera intolerância, para ele, esta intolerância pode acarretar em um dano social que seria um dano maior do que o exercício da tolerância.

De acordo com Bollinger, a “finalidade” da liberdade de expressão seria algo meramente simbólico e pedagógico, pois sua finalidade é a “instituição da ética da tolerância”⁶. Bollinger diferencia a tolerância da passividade e fala que a tolerância é a capacidade ativa e não passiva⁷.

Em síntese, para teoria da *self restraint*, a tolerância se sobrepõe ao conteúdo do discurso, portanto a lição de Bollinger é que as ideias não possuem valor em si mesmas, o essencial é o autocontrole.

Críticas a *Self-Restraint Theory*

Michael Rosenfeld questiona e se opõe a ideia de autocontrole, e o considera, como gerador da possibilidade de uma “tolerância passiva”, se praticado durante muito tempo. E ainda alerta que, no caso de um discurso de extremista, essas ideias podem levar a conversão dos que ainda não se posicionaram sobre o tema “*bystanders*”. Estes seriam os convertidos, pois estes se sentiriam “à vontade” em apoiar discursos, já que é

⁵ ROSENFELD, Michel. Extremist Speech and the Paradox of Tolerance. ... *op. cit* p. 8

⁶ ROSENFELD, Michel. Extremist Speech and the Paradox of Tolerance. ... *op. cit*. p. 8

⁷ STRAUSS, David A. Why Be Tolerant? The tolerant society ... *op. cit* p. 4

permitido “socialmente” pode não ser visto como maléfico. Mas, seus efeitos, ao longo do tempo podem resultar na disseminação de intolerância e ódio na comunidade⁸.

Com ceticismo, David Strauss, critica o otimismo de Bollinger e ressalta que a sociedade é na verdade extremamente conformista e intolerante. O autor argumenta que a tolerância a manifestações de grupos extremistas serve como um “instrumento perverso” e não valioso. Ainda analisa Strauss “que esta tolerância representa uma forma muito barata e fácil de solução, já que os Estados Unidos, por exemplo, nunca enfrentaram o Nazismo”⁹.

Um aspecto de caráter psicológico da teoria de Bollinger, que não encontra fundamentação empírica, é a de que não se pode afirmar que uma pessoa forçada a ser tolerante, será necessariamente, ela mesma tolerante com os outros¹⁰.

Interessante é a pergunta reflexiva formulada por alguns juristas americanos críticos da teoria do autocontrole: “se a tolerância do intolerante não levaria à intolerância? Exemplificando: quando há tolerância do discurso nazista ou de qualquer extremista, impera a intolerância. Esse fenômeno descrito é chamado por alguns juristas americanos de ‘O paradoxo da intolerância’”.

Fruto da liberdade de expressão ampla e irrestrita surge o famoso e tão discutido “*hate speech*”, ou “discurso de ódio”, é uma conduta social americana que ganhou força ao longo dos anos e transformou-se em uma das mais acirradas discussões jurídicas da atualidade. A questão da delimitação da liberdade de expressão tem a sido matéria de centenas de batalhas judiciais que dividem a Suprema Corte americana, especialmente no que concerne o “*hate speech*”¹¹.

De acordo com Hobbes, a lei da natureza prescreve que os indivíduos estabeleçam relações de paz entre si, como uma condição de escapar da condição natural primitiva, que leva a hostilidade e a guerra. Indivíduos não devem buscar mais direitos do que os outros. Na passagem de sua obra ele se posiciona sobre “*hate speech*” –“*he holds that it constitutes a violation of natural law for any person by Word or deed to declare Hatred, or Contempt of another*” because “*all signs of hatred, or contempt, provoke to fight*”¹².

⁸ ROSENFELD, Michel. Extremist Speech and the Paradox of Tolerance. ... *op. cit* p. 10

⁹ STRAUSS, David A. Why Be Tolerant? The tolerant society ... *op. cit* p. 11

¹⁰ STRAUSS, David A. Why Be Tolerant? The tolerant society ... *op. cit* p. 8

¹¹ BAKER, Milena G. Reflexões sobre o 'hate speech' (discurso de ódio). Boletim IBCCRIM, v. 20. 2012. p. 12.

¹² HEYMAN, Steven J. Free Speech and a Human Dignity. Yale University Press. 2008. p. 171

Já Locke com base no “contrato social” reforça a obrigação de indivíduos em uma comunidade de reconhecimento de cada membro como cidadão. Para Locke, discursos desta categoria destroem as bases de uma sociedade e não devem merecer proteção legal. Em sua obra “*A Letter Concerning Toleration*”, Locke foi defensor da liberdade de expressão, mas ao mesmo tempo argumentou que a liberdade não se estende para o discurso, que recusa a tolerância aos outros ou que proclame a superioridade ou dominação e, ainda argumenta que esta modalidade de discursos destrói a base de uma sociedade e não deve receber proteção legal ¹³.

Jeremy Waldron argumenta que o “*hate speech*” contribui para a sensação de insegurança e intranquilidade das minorias, portanto proteger o discurso de ódio é “retirar do cidadão seu direito à segurança¹⁴. Ele ensina que: “*When society is defaced with anti-Semitic signage, burning crosses, or defamatory racial leaflets, that sort of assurance evaporates. A vigilant police force and Justice Department may still keep people from being attacked or excluded, but people no longer have the benefit of a general public assurance to this effect, provided and enjoyed as a public good, furnished by all*¹⁵”. Para finalizar a expressão usada por Jeremy Waldron para este fenômeno de insegurança das vítimas é “restrição de liberdade”. De acordo com o autor, as vítimas se sentiriam tão amedrontadas com o discurso de ódio que temeriam sair nas ruas.

¹³ HEYMAN, Steven J. Free Speech and ... *op. cit.* p. 172

¹⁴ WALDRON, Jeremy. Dignity and Defamation: The Visibility of Hate. 2009. Disponível em: <http://www.harvardlawreview.org/issues/123/may10/2009_Oliver_Wendell_Holmes_Lectures_7058.php>. Acesso em: 11 de dezembro de 2011. p. 1631

¹⁵ WALDRON, Jeremy. Dignity and Defamation: The Visibility of Hate... *op. cit.* p. 1627

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAKER, Milena G. Reflexões sobre o "hate speech" (discurso do ódio). Boletim IBCCRIM n. 236 v. 20, jul. 2012. p. 12-14.

BOLLINGER, Lee C. *The Tolerant Society*. Oxford University Press, USA. 1988.

HEYMAN, Steven J. *Free Speech and a Human Dignity*. Yale University Press. 2008

ROSENFELD, Michel. *Extremist Speech and the Paradox of Tolerance. The tolerant society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*. Lee C. Bollinger. Harvard Law Review. 1987. Disponível em: < <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&srctype=smi&srcid=3B15&doctype=cite&docid=100+Harv.+L.+Rev.+1457&key=0acae2937093b1bc18909660174097fc>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2011

STRAUSS, David A. *Why Be Tolerant? The tolerant society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*. Lee C. Bollinger. University of Chicago Law Review. 1986. Disponível em: < <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=53+U.+Chi.+L.+Rev.+1485&srctype=smi&srcid=3B15&key=f249fd49e6235f8c875f81f7dc6b43b5>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2011

WALDRON, Jeremy. *Dignity and Defamation: The Visibility of Hate*. 2009.

Disponível em:

<http://www.harvardlawreview.org/issues/123/may10/2009_Oliver_Wendell_Holmes_Lectures_7058.php>. Acesso em: 11 de dezembro de 2011