

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

LÍCIA EBURNEO IZEPPE PENA

LIBERDADE DE EXPRESSÃO: LIMITES JURÍDICOS À LUZ DO TESTE DO
PERIGO CLARO E IMINENTE AMERICANO

SÃO PAULO

2022

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

LÍCIA EBURNEO IZEPPE PENA

LIBERDADE DE EXPRESSÃO: LIMITES JURÍDICOS À LUZ DO TESTE DO
PERIGO CLARO E IMINENTE AMERICANO

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie
para o Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu*, com área de
concentração em Direito Político e Econômico (PPGDPE).

Orientador: Professor Doutor José Carlos Francisco

São Paulo

2022

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

LÍCIA EBURNEO IZEPPE PENA

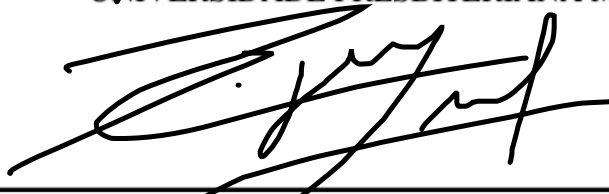
BANCA EXAMINADORA



PROF. DR. JOSÉ CARLOS FRANCISCO
UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE



PROF.ª DR.ª DENISE NEVES ABADE
UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE



PROF. DR. ROGER STIEFELMANN LEAL
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da Mackenzie
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

P3971	<p>Pena, Licia Eburneo Izepe.</p> <p>LIBERDADE DE EXPRESSÃO: LIMITES JURÍDICOS À LUZ DO TESTE DO PERIGO CLARO E IMINENTE AMERICANO : [recurso eletrônico] / Licia Eburneo Izepe Pena. 1014 KB ;</p> <p>Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2023. Orientador(a): Prof(a). Dr(a). José Carlos Francisco. Referências Bibliográficas: f. 100-106.</p> <p>1. Liberdade De Expressão. 2. Suprema Corte Americana. 3. Teste Do Perigo Claro E Iminente. 4. Limites Jurídicos. I. Francisco, José Carlos, <i>orientador(a)</i>. II. Título.</p>
-------	--

Bibliotecário(a) Responsável: Aline Amarante Pereira - CRB 8/9549

DEDICATÓRIA

A Deus, que permite e possibilita todas as coisas.

Aos meus pais que me proporcionaram os estudos.

Ao amado Jair, que de forma generosa, abriu-me as portas de seu coração e de sua sofisticada biblioteca.

AGRADECIMENTOS

De início gostaria de agradecer ao Professor José Carlos Francisco, que de forma generosa, me presenteou com seus ensinamentos jurídicos e com conselhos sobre a Magistratura.

Não menos importante, gostaria de agradecer à Professora Zélia Luiza Pierdoná, com quem tive o prazer de publicar meu primeiro artigo científico.

Também é imperioso render minha gratidão a todos os demais professores do mestrado e a todos os meus colegas do curso de pós-graduação, que foram essenciais para o desenvolvimento dos estudos e para a concretização do presente trabalho.

E por fim, meus profundos agradecimentos a todos os funcionários da Universidade Presbiteriana Mackenzie, que sempre nos atenderam com paciência.

*“Abrir o templo de Janus, com suas duas faces
antagônicas, faria agora sentido”*

John Milton

RESUMO

A liberdade de expressão nos Estados Unidos da América é tema recorrente de discussão pelo seu amplo aspecto libertário. O presente trabalho analisará o teste do perigo claro e iminente, formulado pela Suprema Corte no período compreendido entre 1919 e 1969, seu desenvolvimento e os desafios advindos da era moderna, especialmente com a consolidação e a popularização da internet, bem como a possibilidade de aplicação do referido teste no Brasil. O problema da pesquisa consiste, pois, na análise do teste do perigo claro e iminente americano, seus pressupostos e limites, bem como a possibilidade de aplicação da jurisprudência formulada no século passado à era digital, ao passo que a hipótese refere que o precedente formulado em *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969) não está ultrapassado. Também como problema da pesquisa será questionada a viabilidade de aplicação do teste do perigo claro e iminente no Brasil, para o que é apresentada a hipótese de servir como influência e reforço argumentativo para as fontes brasileiras. A conclusão da pesquisa menciona a possibilidade de aplicação do teste formulado no século passado, com as nuances expostas em *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969). Também se afirma pela aplicação dos requisitos do teste no Brasil, com necessidade de resgate da jurisprudência formulada pelo Supremo Tribunal Federal do mesmo período que o teste fora desenvolvido nos Estados Unidos da América. O método de pesquisa utilizado será revisão de literatura, com análise jurisprudencial, estabelecendo como referenciais teóricos a Suprema Corte Americana e o Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão, Suprema Corte Americana, Teste do Perigo Claro e Iminente, Limites Jurídicos.

ABSTRACT

Freedom of speech in the United States of America is a recurrent topic of discussion because of its broad libertarian aspect. This paper will analyze the clear and present danger test, formulated by the Supreme Court between 1919 and 1969, its development and the challenges of the modern era, especially with the consolidation and popularization of the internet, as well as the possibility of applying this test in Brazil. The research problem consists, therefore, in the analysis of the American clear and present danger test, its assumptions and limits, as well as the possibility of applying the jurisprudence formulated in the last century to the digital age, while the hypothesis states that the precedent formulated in *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969) is not outdated. Also as a research problem, the feasibility of applying the clear and present danger test in Brazil will be questioned, for which the hypothesis is presented to serve as an influence and argumentative reinforcement for Brazilian sources. The conclusion of the research mentions the possibility of applying the test formulated in the last century, with the nuances exposed in *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969). It also affirms the application of the test's requirements in Brazil, with the need to rescue the jurisprudence formulated by the Federal Supreme Court from the same period that the test was developed in the United States. The research method used will be literature review, with jurisprudential analysis, establishing as theoretical references the American Supreme Court and the Federal Supreme Court.

Keywords: Freedom of Speech, U.S. Supreme Court, Clear and Present Danger Test, Legal Limits.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA AMERICANA	12
1.1 Democracia e tirania.....	15
1.2 A livre manifestação do pensamento político e a democracia.....	19
1.3 A liberdade de expressão e a <i>common law</i> norte-americana.	23
1.4 O realismo jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr.	27
2 O TESTE DO <i>CLEAR AND PRESENT DANGER</i>	31
2.1 O nascimento do teste: <i>Schenck v. United States</i> 249 U.S. 47 e <i>Debs v. United States</i> 249 U.S. 211, ambos de 1919.	33
2.2 Uma nova versão do teste de Holmes: <i>Abrams v. United States</i> 250 U.S. 616 (1919).	37
2.2.1 A Corte segue com <i>Schenck</i>	40
2.2.2 <i>Pierce v. United States</i> 252 U.S. 239 (1920) e <i>Gitlow v. People of the State of New York</i> 268 U.S. 652 (1925).	41
2.3 O contradiscurso.	45
2.4 A Segunda Grande Guerra e a <i>Smith Act</i> de 1940.	50
2.5 <i>Brandenburg v. Ohio</i> 395 U.S. 444 (1969): o fim do Teste de Holmes?	55
3. DE <i>BRANDENBURG V. OHIO</i> , 395 U.S. 444 (1969) ÀS MÍDIAS SOCIAIS.	60
3.1 A sociedade dos algoritmos.	61
3.2 As plataformas de mídia social.	66
3.3 É possível a aplicação do teste às plataformas de mídia social?	70
3.4 As diferentes perspectivas sobre a Liberdade de Expressão no Brasil e nos Estados Unidos	75
4 O TESTE DO PERIGO CLARO E IMINENTE E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	76
4.1 A jurisprudência brasileira entre 1919 e 1969.	77

4.2 Ação Penal nº 1044 (o caso Daniel Silveira).....	81
4.3 As ações da ativista Sara Winter e as publicações veiculadas pelo Partido Da Causa Operária: O Inquérito do Fim do Mundo.....	84
4.4 A Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 11.527.....	87
4.5 As manifestações de 08 de janeiro de 2023.....	89
4.6 Revisitando a jurisprudência brasileira.....	93
CONCLUSÃO.....	97
REFERÊNCIAS.....	100
ANEXO.....	107
1 SCHENCK V. ESTADOS UNIDOS, 249 U.S. 47 (1919).....	107
2 ABRAMS V. ESTADOS UNIDOS, 250 U.S. 616 (1919).....	111
3 WHITNEY V. POVO DO ESTADO DA CALIFÓRNIA (274 U.S. 357) 1927.....	122
4 BRANDENBURG V. OHIO, 395 U.S. 444 (1969).....	140

INTRODUÇÃO

Quem, na atualidade brasileira, se propõe a discutir sobre liberdade de expressão, sejam questões ligadas à imprensa e ao discurso de ódio na era das redes sociais, seja ao incitamento à violência, à pornografia ou à propaganda política, é recomendável passar pelas teorias desenvolvidas na Suprema Corte Americana, pela importância na compreensão da democracia contemporânea.

Não obstante as críticas apresentadas aos precedentes formulados no século passado, especialmente às relacionadas à imprecisão de conceitos e à indefinição de alguns parâmetros de aplicação, além da discussão sobre a necessidade de revisão diante da era cibernética, fato é que as lições de Juízes como Holmes e Brandeis são festejadas por toda a sociedade americana e permanecem como precedentes obrigatórios (*doctrine of binding precedent*, também conhecida como *stare decisis*) para as cortes inferiores de todo o país.

A livre manifestação do pensamento nos Estados Unidos não é, portanto, fruto exclusivo dos Pais Fundadores, mas também das interpretações da Primeira Emenda, as quais vem sendo desenhadas no tempo pelo sistema da *common law*, na figura da Suprema Corte.

Nesse aspecto, o problema da pesquisa consiste em analisar a forma pela qual se deu o desenvolvimento da doutrina da Primeira Emenda ao longo do século XX, trazendo como recorte temático o teste do perigo claro e iminente, ao passo que a hipótese refere que o precedente formulado em *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969), não está ultrapassado, sendo perfeitamente aplicado na era digital.

Também como problema, este estudo pretende enfrentar a possibilidade de aplicação do precedente americano no Brasil, para o que é apresentada a hipótese de servir como influência e reforço argumentativo para as fontes brasileiras.

O objetivo geral, portanto, será a análise da jurisprudência da liberdade de expressão nos Estados Unidos no período compreendido entre 1919 e 1969, tendo como objetivo específico a comprovação de que os respectivos precedentes são perfeitamente aplicáveis no presente século, argumentando, nesse ponto, pela impossibilidade de aplicação direta em solo brasileiro, limitando a utilização do teste do perigo claro e iminente como influência e norte para o aperfeiçoamento das decisões, e necessidade de resgate da jurisprudência pátria elaborada no mesmo período em que o teste do perigo claro e iminente foi desenvolvido.

O método de pesquisa utilizado será revisão de literatura, com análise jurisprudencial entre 1919 e 1969, tanto nos Estados Unidos da América quanto no Brasil, estabelecendo como

referenciais teóricos a Suprema Corte Americana e o Supremo Tribunal Federal. Importante mencionar que o conceito trazido na Primeira Emenda se refere a quatro pilares: liberdade de imprensa, liberdade religiosa, liberdade de opinião e liberdade de associação. A pesquisa restringiu-se à liberdade de opinião, circunscrevendo-se à manifestação do pensamento político.

De início, é pontuada a importância da livre manifestação do pensamento para a saúde democrática, inaugurando-se os principais questionamentos levantados sobre a Primeira Emenda e sobre a liberdade de opinião, corolário das democracias.

Em seguida, são analisados aspectos específicos do sistema de direito americano da *common law*, que possibilitaram, por meio dos precedentes obrigatórios, a construção jurisprudencial da doutrina da liberdade de expressão, com observação do pensamento de Oliver Wendell Holmes Jr, considerado o precursor do realismo jurídico norte-americano.

Adentra-se, na sequência, no teste do perigo claro e iminente desenvolvido entre 1919 e 1969, com a apresentação cronológica das decisões que formaram a referida doutrina, iniciando-se por *Schenck v. United States* 249 U.S. 47 (1919), chegando-se em *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969).

Com efeito, a partir da Primeira Guerra Mundial, a Suprema Corte se deparou com inúmeros casos postos ao seu juízo relacionados à liberdade de expressão. Apesar de alguns votos dissidentes que forneceram valorosas bases para a interpretação da Primeira Emenda, o que se percebia à época era uma movimentação da Corte tendente à restrição do pensamento. Após o período das grandes guerras, a partir da terça parte do século passado, a Suprema Corte voltou-se com vigor à defesa da liberdade de expressão, especialmente em relação ao discurso político.

O texto prossegue trazendo alguns apontamentos sobre a internet, especialmente sobre os problemas relacionados à ampla manifestação do pensamento na era da cibernética em que o mercado de ideias pulsa como nunca vislumbrado.

Nesse ponto, são tecidas percepções sobre a sociedade dos algoritmos, os robôs e o exército de trolls, com menção sobre os problemas advindos da utilização do mercado de ideias como ferramenta de censura e de desinformação. Ainda são apontadas as discussões sobre a restrição de publicações por parte das grandes empresas de tecnologia, que detém a guarda de dados de milhões de cidadãos de todo o mundo, e que de certa forma, possuem o poder de delimitar o conteúdo de suas páginas.

Por fim, é analisada a possibilidade de aplicação do teste do perigo claro e iminente no Brasil, trazendo a jurisprudência brasileira entre 1919 e 1969, formuladas pelo Supremo

Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 4.781, de 05 de abril de 1919, na Apelação Criminal nº 1.436, julgada em 10 de agosto de 1950, no Recurso Extraordinário nº 27.234, de 24 de outubro de 1955 e no Habeas Corpus nº 44.002, decidido em 03 de abril de 1967.

Em seguida, são examinadas, à luz do teste do perigo claro iminente, quatro recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas na Ação Penal nº 1044 (caso Daniel Silveira), no Inquérito nº 4781 (casos Sara Winter e Partido da Causa Operária) e na Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 11.527. Também são trazidos apontamentos sobre as manifestações ocorridas em Brasília em 08 de janeiro de 2023, que culminaram com a invasão na sede do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal.

Conclui-se, nesse ponto, pela inaplicabilidade direta do precedente *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), diante da ausência de expressa disposição constitucional nesse sentido, advogando-se pela utilização do teste do perigo claro e iminente como norte para o aprimoramento do processo de tomada de decisão, bem como pela necessidade de extensão dos contornos da interpretação do artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal, com a necessidade de comprovação da iminência e da periculosidade do discurso, além da alta probabilidade do resultado, resgatando-se a jurisprudência brasileira formulada entre 1919 e 1969.

Essa dissertação está vinculada à linha de pesquisa Cidadania Modelando o Estado, do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, na medida em que articula as atitudes e os movimentos da sociedade em temas de liberdade de expressão política, refletidos em julgamentos da Suprema Corte Americana e do Supremo Tribunal Federal.

1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA AMERICANA

Há 235 anos, uma convenção realizada no Estado da Filadelfia em 14 de maio de 1787, por um grupo de distintos homens, concedeu aos Estados Unidos sua Constituição, vigente até os dias de hoje, conservando-se ao teste do tempo.

Presidindo a sessão estava George Washington, que representava a nacionalidade e independência americanas. Ao seu lado achava-se Benjamin Franklin, considerado o patriarca da nação. Apesar de ausentes na Convenção, algumas figuras como Thomas Jefferson, John Adams, Thomas Paine, Patrick Henry e Samuel Adams¹, foram importantes para o ato.

¹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Campinas: Russell Editores, 2010, p. 17.

A Convenção reuniu-se em um período crítico do país, que acabara de sair da guerra da independência. Os Estados Unidos estavam começando a emergir de uma depressão econômica e a agitação política era intensa. Nesse contexto econômico-social, a Constituição fora formulada, e a partir de então, de acordo com o artigo XIII dos Artigos da Confederação, foi encaminhada aos Estados para a ratificação.

Nesse ponto, foram realizadas convenções em cada Estado, e seus membros foram eleitos especificamente para essa finalidade. A Constituição estava, portanto, apresentada ao endosso popular.

As campanhas pró e contra a ratificação tiveram início. Vozes eram ouvidas por todos os cantos do país. Cidadãos, anônimos ou não, escreviam nos jornais locais tecendo elogios e críticas à Lei Fundamental.

Mas uma publicação sobressaiu: eram os manifestos de “Publius”, que batalhava no Estado de Nova York em prol da ratificação. “Publius” publicou, sucessivamente, entre outubro de 1787 a maio de 1788, oitenta e cinco artigos defendendo a nova Constituição.

Esses artigos chamaram a atenção rapidamente dada a maestria com que eram apresentados à população. Soube-se, tempo depois, que os textos eram fruto dos pensamentos de Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, que se utilizavam do referido pseudônimo para apresentarem sua defesa em prol da ratificação. Esses manuscritos foram reunidos no livro *O Federalista*.

Em forma de livro, na primavera de 1788, sob o título O Federalista, foram encontrados os trabalhos de “Publius”, os quais eram o resultado do esforço conjunto de Alexander Hamilton, John Jay e James Madison. Hamilton e Madison tinham sido membros da Convenção de Filadélfia; Hamilton tinha sido largamente responsável pela convocação da Convenção e Madison mereceu excelentemente, mais do que qualquer outro, o título de “pai da Constituição”. Hamilton e Jay estavam entre os advogados mais distintos de seu tempo; Madison, um filósofo político da maior importância contemporânea. Todos esses três homens ocuparam cargos de honra e distinção no novo governo².

Após dois anos de acalorados debates, a Constituição Americana foi ratificada pelos Treze Estados. A Constituição escrita da Filadélfia não incluiu a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*³), que só nasceria em 1791, durante a primeira sessão do primeiro Congresso, sob a liderança de Madison, quando foram proclamadas as dez primeiras emendas.

² HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Campinas: Russell Editores, 2010. p. 21.

³ Conjunto de dez emendas que asseguram a Declaração de Direitos do povo dos Estados Unidos.

Na esteira de João Carlos Souto, o *Bill of Rights* era exigência de alguns Estados para ratificarem a Constituição, já que duas décadas antes, ainda na condição de Colônia, os colonos haviam se rebelado contra a Coroa Inglesa justamente em busca de liberdade, de modo que uma Constituição que não assegurasse tal prerrogativa contrariava a própria luta⁴.

Desde a Convenção da Filadélfia, portanto, e antes mesmo que a Constituição Norte-Americana fosse ratificada pelos Estados, ou seja, antes da existência do próprio Estado de Direito, a lei fundamental pós independência foi confiada ao povo estadunidense para apreciação e ratificação.

A Declaração de Direitos e sua Primeira Emenda eram inexistentes quando, em solo americano, surgiram amplos e acalorados discursos sobre a ratificação (ou não) da Constituição, que incluíam debates acerca do sistema e do regime de governo, do regime de Estado, da separação de poderes.

Seja por meio de manifestações explícitas, seja por escritos de pessoas que se valiam de pseudônimos, pode-se afirmar que a liberdade de expressão é contemporânea à independência americana e anterior à formação dos Estados Unidos como Estado de Direito⁵.

É verdade, também, conforme Adhemar Ferreira Maciel, que muitos revolucionários, constituintes e legisladores norte-americanos, estudaram direito na Inglaterra e trouxeram para seu país as lições de Edward Coke (*Second Institute*), que eram repetidas de cor pelos estudantes. Ninguém mais que Coke se bateu pela liberdade de religião, liberdade de pensamento e liberdade de imprensa⁶.

Não só. Dez anos da morte de Coke e John Milton apresenta, em 1644, uma defesa acalorada da liberdade de imprensa ao Parlamento Inglês⁷. Naquela tribuna, Milton não nega a importância para a Igreja e para a Commonwealth da manutenção de um olhar vigilante sobre o comportamento dos homens e dos livros. Ele argumenta que os livros são tão vivos e tão

⁴ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos Principais Decisões**. São Paulo: Atlas, 2015. p.107.

⁵ “É correto assinalar, aliás, que esse feixe de Direitos do Homem antecede, inclusive, a própria Constituição dos Estados Unidos e suas dez primeiras emendas (*Bill of Rights*), porquanto presente nos manifestos iluministas na Europa e na América pré e pós-independência, a exemplo da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, promulgada em janeiro de 1776, antes, portanto, que as Treze Colônias inglesas da América resolvessem cortar o liame que as mantinha subjugadas à metrópole” (SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos Principais Decisões**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 111).

⁶ MACIEL, Adhemar Ferreira. **O Bill of Rights Amricano: Reflexos no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Delrey, 2016. p. 144.

⁷ Sob o título “Areopagítica”, John Milton discursa em defesa da liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra em novembro de 1644.

vigorosamente fecundos, que uma vez semeados, podem dar nascimento a homens armados. Mesmo assim, ele advoga pela impossibilidade da censura prévia⁸⁹.

Evidentemente, todas essas informações chegaram até os colonos, que também tinham acesso aos pasquins e panfletos ingleses¹⁰, os quais certamente influenciaram os novos moradores e os fundadores do novo país.

Nesse aspecto, antes de adentrar nas questões relacionadas à liberdade de opinião e na doutrina formulada pela Suprema Corte entre os anos de 1919 e 1969, em particular no Teste do *Clear and Present Danger* (traduzido de forma livre como Teste do Perigo Claro e Iminente), necessário tecer alguns apontamentos sobre os conceitos de democracia e tirania, e a importância da livre manifestação do pensamento não só para a formação do Estado de Direito, mas para a saúde democrática.

1.1 Democracia e Tirania

Neste tópico serão trazidos alguns conceitos sobre a democracia, apresentando diferentes pontos de vista sobre o significado e sobre os requisitos de uma sociedade democrática. Apesar de não pretender profunda análise da questão, faz-se necessário tal explanação para constatar que, não obstante a divergência entre democracia formal, relacionada à liberdade, e substancial, atinente à igualdade, ponto comum de toda a sociedade democrática é a necessidade de proteção da liberdade de opinião de seus cidadãos.

Qualquer país que se intitule como democrático, seja ele rico ou pobre, que garanta ou não as condições mínimas existenciais, deve, necessariamente, assegurar a liberdade de

⁸ MILTON, John. **Areopagítica. Discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra. Rio de Janeiro:** Tobooks, 1999, p. 61.

⁹ “Foi de dentro da casca de uma maçã mordida que o conhecimento do bem e do mal, como dois gêneros agarrados um ao outro, saltou para o mundo. E talvez consista nisso a Queda de Adão: conhecer o bem e o mal, quer dizer, conhecer o bem pelo mal. E é nesse estado que o homem hoje se encontra: que sabedoria pode haver na sua escolha, que temperança na sua abstinência, sem o conhecimento do mal? Aquele que é capaz de conceber e contemplar o vício com todos os seus enganos e prazeres ilusórios e, assim mesmo, abster-se, distinguir, preferir o que é, de fato melhor, é o verdadeiro cristão militante. Não posso louvar uma virtude esquiva e enclausulada, sem resistência nem fôlego, que não ousa sair e enfrentar o adversário, mas abandona a corrida ao termo da qual se refere, vencidos poeira e calor, a imortal coroa de louros. É certo que não trazemos inocência para o mundo, e sim impureza. O que nos purifica é a provação, e provação supõe oposição.” (MILTON, John. **Areopagítica. Discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra. Rio de Janeiro:** Tobooks, 1999, p. 91.

¹⁰ Como é o caso da Cato's Letter nº 15 (1720), em que o autor Thomas Gordon aduz, entre outros ditos: *Os melhores príncipes já encorajaram e promoveram a liberdade de expressão; eles sabiam que as medidas eretas se defenderiam, e que todos os homens honestos os defenderiam. Tácito, falando dos reinados de alguns dos príncipes acima mencionados, diz com êxtase, Rara temporum felicitate, ubi sentire quae velis, & quae sentias dicere liceat: [“A rara boa sorte de uma era onde se pode sentir o que se deseja e dizer o que se sente.”] Um tempo abençoado, quando você pode pensar o que você faria, e falar o que você pensou!* (Disponível em: <https://www.thefire.org/catos-letter-no-15/>. Acesso em 20 set, 2022).

manifestação do pensamento dos indivíduos. Por outro ângulo, o governo que não permite a livre manifestação de ideias, por mais magnífico que possa se apresentar, é tirano.

Nesse sentido e analisando a origem e a evolução da palavra “democracia”, tem-se que os gregos, especificamente os atenienses, por volta de 500 a.C., adotaram um sistema de governo popular, denominado *demokratia* (*demos*: povo, *kratos*: governar). Portanto, a palavra democracia remonta ao governo estabelecido na Grécia que significava o governo do povo.

Como conhecido na atualidade, o termo “democracia” tem significados diferentes¹¹. Robert Dahl, ao definir o conceito de democracia, inicia seu pensamento apresentando quais as oportunidades que ela proporciona: participação efetiva, igualdade de voto, aquisição de entendimento esclarecido, exercício do controle definitivo do planejamento e inclusão dos adultos¹².

O autor expõe, em seguida, quais seriam as consequências desejáveis da democracia: evitar a tirania, direitos essenciais, liberdade geral, autodeterminação, autonomia moral, desenvolvimento humano, proteção dos interesses pessoais essenciais, igualdade política, busca pela paz e pela prosperidade¹³. Por fim, Dahl enumera as instituições políticas que a democracia em grande escala exige: funcionários eleitos, eleições livres, justas e frequentes, liberdade de expressão, fontes de informação diversificadas, autonomia para as associações e cidadania inclusiva¹⁴.

Hans Kelsen, por sua vez, aponta que os marxistas se opõem à ideia de que a democracia se restringe à igualdade de participação na formação da vontade da coletividade (democracia formal), mas deve alcançar a igualdade de riquezas (democracia social), cujo pensamento é por ele refutado fundando-se na ideia de que o que determina, em primeiro lugar, a democracia, é o valor da liberdade e não o da igualdade¹⁵.

Norberto Bobbio, ao trazer uma definição mínima de democracia, diz que o único modo de se chegar a um acordo quando se estabelece um conceito de democracia, entendida como toda forma contrária às formas de governos autoritários, consiste na existência de um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabeleçam quem são os atores autorizados a tomar

¹¹ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. p. 13.

¹² *Ibid.*, p. 50.

¹³ *Ibid.*, p. 58.

¹⁴ *Ibid.*, p. 99.

¹⁵ KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. p.99.

as decisões coletivas, e por meio de quais procedimentos essas decisões são tomadas¹⁶, que no caso é a regra da maioria.

Não só. Bobbio acredita ser indispensável para a democracia a existência de alternativas reais de escolha, de modo que os chamados a decidir tenham garantidos os denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião e de associação¹⁷.

Adam Przeworski adota um conceito “minimalista” e “eleitoral” de democracia. Para ele, a democracia constitui um arranjo político, no qual os cidadãos escolhem seus governos por meio de eleições, com a possibilidade de removerem os governantes de que não gostem, cujos conflitos políticos são processados com liberdade e paz civil¹⁸.

A democracia, portanto, está relacionada, em sua estrutura primeira, à participação política e ao processo eleitoral, o que a diferencia dos regimes autocráticos e autoritários. Em seu aspecto substancial, a democracia alcançaria não somente à participação política e, portanto, ao governo do povo denominado pelos gregos, mas também, a uma participação nas riquezas geradas no país.

Sem embargo dos diferentes entendimentos acerca do conceito de democracia, se formal ou substancial, ponto comum é a imprescindibilidade da liberdade de manifestação do pensamento, seja ele externado por meio dos cidadãos, seja ele manifestado por meio da imprensa, e qualquer sociedade que disso se distancia, não pode ser considerada democrática.

Tiranía, nessa linha de pensamento, configura, indistintamente, nas palavras de Vittorio Alfieri, *todo e qualquer governo no qual quem é eleito para executar as leis, as pode elaborar, destruir, infringir, interpretar, impedir, suspender, ou ainda tão somente iludir com segurança de impunidade*. Seja este *poder* hereditário ou eletivo, usurpador ou legítimo, bom ou mau, quem tem uma força efetiva que baste para fazer isto, é tirano, e todo o povo que o suporta, é escravo¹⁹.

Alfieri esclarece que *tirano* era o nome dado pelos gregos aos reis. *Tirano* ou *rei* era todo aquele que detinha as rédeas absolutas do governo e se reputava mais poderoso que as

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do Jogo. São Paulo: Paz e Terra, 2020. p. 35.

¹⁷ *Ibid.*, p. 38.

¹⁸ PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020. p. 29.

¹⁹ BENTHAM, Jeremias. **Tratados dos Sofismas Políticos**. ALFIERI, Vittorio Amadeo. **O tratado da Tirania**. São Paulo: Livraria e Editora Logos, 1975. p. 126.

leis²⁰. Com o passar dos tempos, o vocábulo *tirano* restringiu-se ao mau governante, ao rei impiedoso, que abusava de seu poder.

O autor aponta que a diferença entre tirania e o justo governo não se circunscreve na existência ou não de leis preestabelecidas, mas na existência de uma estabelecida impossibilidade de não se executarem²¹. Não só, os governos tiranos são fundados no *medo*, tanto dos súditos, quanto dos próprios monarcas, nesse último aspecto sustentado no temor da usurpação de seus poderes supremos:

Os romanos livres, povo com quem em nada nos parecemos, como sagazes conhecedores do coração humano, haviam erigido um templo ao medo; e, criando-o deus, lhe destinavam sacerdotes e sacrificavam vítimas. As nossas cortes me parecem uma viva imagem deste culto antigo, bem que para mui diverso fim instituídas. O palácio é o templo; o tirano é o ídolo; os cortesãos são os sacerdotes; a nossa liberdade, e após ela os bons costumes, o reto pensar, a virtude, a honra verdadeira, e nós mesmos; eis as vítimas, que todos os dias se imolam²².

Na tirania *é delito o dizer, não menos que o fazer*, diz Alfieri²³. Além do medo, palavra recorrente nos governos tiranos *é ordem*. Mas o que *é ordem* ou *boa ordem*? Nas palavras de Jeremy Bentham:

Ordem não é senão o que existe de regular no objeto que consideramos; e boa ordem é aquela que aprovamos. Que era boa ordem aos olhos de Nero? A que era do seu agrado estabelecer. Não há polícia nenhuma incômoda, estilos tirânicos, nem prisão arbitrária, que o déspota não tenha olhado como necessários para a boa ordem e que os escravos da autoridade não tenham qualificado como tais. E por quê? Porque é tão aplicável ao bom, como ao mau, e não suscita a ideia de nenhuma máxima fixa que possa servir para fundar a desaprovação²⁴.

A democracia, portanto, lança suas bases na liberdade; a tirania na subjugação e na servidão. Na democracia há liberdade de pensar e de falar o que se pensa; na tirania resta o silêncio e o medo.

²⁰Ibid., p. 125.

²¹ Ibid., p. 128.

²² Ibid., p. 129

²³ Ibid., p. 131

²⁴ Ibid., p. 83

1.2 A livre manifestação do pensamento político e a Democracia.

Os atenienses na antiguidade foram os primeiros a perceberem que na experiência democrática não há isonomia (igualdade perante a lei) sem *isegoria*, entendida como igual direito de falar, de pronunciar-se sobre os assuntos do governo.

Liberdade dos cidadãos e igualdade entre eles, pelo menos quanto à faculdade de manifestação do pensamento, surgem como pressupostos formais de uma ordem jurídica legítima²⁵.

Para Adhemar Ferreira Maciel:

Para manter a liberdade de ideias, de pensamento, o homem teve de lutar. Teve que resistir. Primeiro, resistir contra a tirania religiosa, em seguida, contra a tirania do Estado e, por último, contra a tirania de grupos sociais. Se ele pensasse em desacordo com a igreja estabelecida, cometia heresia; se seu pensamento fosse de encontro ao Estado, sublevava; se suas ideias e ações divergissem da maioria, deveria ser silenciado²⁶.

Inexiste democracia, portanto, sem que os cidadãos tenham o direito de expressar suas opiniões, seja por palavra, por imagem, por meio da imprensa, por meio de associação e de reunião.

Nessa linha, Ferreira Maciel distingue liberdade de pensamento, liberdade de consciência e liberdade de expressão. A primeira delas refere-se ao foro íntimo, o pensamento do cidadão sobre determinado assunto ou pessoa; a segunda implica um *plus*: o pensamento é revelado em um círculo íntimo; a terceira – liberdade de expressão – é a revelação do pensamento para além do âmbito restrito²⁷.

A liberdade de expressão norte-americana, por exemplo, trazida na Primeira Emenda (*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances*), se estrutura em quatro pilares: liberdade de imprensa, liberdade religiosa, liberdade de fala e liberdade de associação.

Dahl, como dito anteriormente, elencou a liberdade de expressão e as fontes diversificadas de informação como instituições necessárias à aquisição de entendimento

²⁵ REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1998, pág. 66.

²⁶ MACIEL, Adhemar Ferreira. **O Bill of Rights Amricano: Reflexos no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Delrey, 2016. p. 119.

²⁷ MACIEL, Adhemar Ferreira. **O Bill of Rights Amricano: Reflexos no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Delrey, 2016. p. 122.

esclarecido, condição essencial para que os participantes da sociedade tenham oportunidade de investigar e discutir as questões que lhes são atinentes:

Os cidadãos têm o direito de se expressar sem o risco de sérias punições em questões políticas amplamente definidas, incluindo a crítica aos funcionários, ao governo, ao regime, à ordem socioeconômica e à ideologia prevalecente. Os cidadãos têm o direito de buscar fontes de informação diversificadas e independentes de outros cidadãos, especialistas, jornais, revistas, livros, telecomunicações e afins²⁸.

Em análise da democracia norte-americana, Dahl acrescentou que no século XVIII estava muito claro para os americanos que não havia a possibilidade da existência de uma república democrática sem a liberdade de expressão:

Uma das primeiras ações de Thomas Jefferson depois de eleito para a presidência, em 1800, foi dar um fim às infamantes leis dos Estrangeiros e do Tumulto, promulgadas sob o governo de seu antecessor, John Adams, que teria reprimido a expressão política²⁹.

Com efeito, a livre manifestação do pensamento político promove o debate entre diferentes pontos de vista sobre as questões relacionadas à conduta do governo. Ela garante ao cidadão tanto o direito de falar quanto o de ouvir, de modo a proporcionar sua compreensão esclarecida sobre determinada conjuntura política.

Nesse aspecto, Hans Kelsen, em *A Democracia*, aduz que ao fim e ao cabo, a liberdade do indivíduo cede lugar à liberdade coletiva³⁰. Sem embargo, é possível afirmar que a referida cessão se estende à liberdade de fala (*freedom of speech*), à manifestação do pensamento político?

Obviamente, quanto mais informação, mais clarificado se torna o juízo individual dos componentes da sociedade democrática. A abundância de fontes alternativas de informação não somente qualifica a democracia, como a intensifica.

²⁸ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016, pág. 100.

²⁹ *Ibid.*, p. 63.

³⁰ “A liberdade do indivíduo, a qual, em última análise, se revela irrealizável, acaba por ficar em segundo plano, enquanto a liberdade da coletividade passa a ocupar o primeiro plano. O protesto contra o domínio exercido por alguém semelhante a nós leva, na consciência política, a um deslocamento do sujeito do domínio – domínio esse inevitável mesmo em regime democrático -, ou seja, à formação da pessoa anônima do Estado. O imperium parte dessa pessoa anônima, e não do indivíduo como tal. A vontade de cada uma das personalidades libera uma misteriosa vontade coletiva e uma pessoa coletiva absolutamente mística. Esse isolamento fictício efetua-se não tanto contra a vontade dos súditos quanto contra a vontade dos indivíduos que exercem o poder e que aparecem como simples órgãos de um sujeito hipostasiado de tal poder. No regime autocrático, um homem de carne e osso – mesmo que divinizado – é considerado mandante. No regime democrático é o próprio Estado que aparece como sujeito de poder. Aqui o véu da personificação do Estado cobre o fato, insuportável para uma sensibilidade democrática, do domínio do homem pelo homem. A personificação do Estado torna-se base da teoria do direito público contemporâneo, tem suas raízes nessa ideologia da democracia.” (KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. pág. 33).

Cidadãos silenciosos podem ser perfeitos para governos autoritários e desastrosos para uma administração democrática³¹. E por que se calam muitas vezes diante da injustiça, da desigualdade, da mentira? Por medo. “Na tirania é delito o dizer, não menos que o fazer”³².

Jeremy Bentham, ao apresentar o rol dos sofismas políticos, introduz o que chamou de “sofisma do quietista”:

Em um governo em que não há liberdade de imprensa, nem assembleia representativa alguma, o pretexto ex silentio não tem nem os mais débeis vislumbres de verdade, posto não ser o menos familiar aos que governam. Ali o silêncio dos que sofrem não prova as mais das vezes senão o excesso da opressão; a queixa não seria meramente inútil, mas sediciosa, e unicamente a desesperação se atreve a declarar-se. Por isso, em Constantinopla o mais leve murmúrio anuncia a tempestade e se lhe segue em breve a sublevação. Desgraçado do soberano absoluto que dá ouvidos a este sofisma! Presente deve ter sempre em seu espírito a máxima que lhe serve de antídoto³³.

Sem correr o risco da falsa interpretação da doutrina de Bentham, ou das lições de Stuart Mill, ao lado da liberdade de imprensa e de assembleia representativa, a internet, certamente, se encaixaria nesse rol, caso essa forma de comunicação fosse alcançável ao entendimento humano da época.

Nesse passo, a liberdade de expressão se apresenta não somente como direito individual, mas como corolário da democracia. Sem a liberdade de manifestação do pensar político, a autoridade instituída, esteja corrompida ou não, nunca vislumbrará os anseios da sociedade ou os abusos cometidos, cujas verdades necessitam não somente ser exteriorizadas, mas analisadas, discutidas e apuradas, por mais ultrajantes que pareçam.

E mesmo quando houver falsa proposição, com opinião externada por maior número de pessoas, diz Bentham, não é isto fundamento para renunciar a ela, mas sim para diferenciá-la. O autor aponta que a razão ilumina os espíritos e há necessidade de valer-se de todos os legítimos meios para impugnar o erro. Pode mais a brandura do que a violência. “*Sou filha do Tempo, diz a Verdade, e de meu pai alcanço tudo*”³⁴.

Que a verdade e a impostura se digladiem. Quem jamais ouviu dizer que a verdade perdesse num confronto em campo livre e aberto? Sua refutação é a melhor e mais eficaz das proibições, diz John Milton³⁵.

³¹ Ibid., p. 111.

³² BENTHAM, Jeremias. **Tratados dos Sofismas Políticos**. ALFIERI, Vittorio Amadeo. **O tratado da Tirania**. São Paulo: Livraria e Editora Logos, 1975, p. 131

³³ Ibid., p. 47.

³⁴ Ibid., p. 42.

³⁵ MILTON, John. **Areopagítica. Discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra**. Rio de Janeiro: Tobooks, 1999, p. 173.

Stuart Mill aconselha, ainda, a imaginar adversários do próprio pensamento, quando não os encontrar na prática, fornecendo-lhes os mais fortes argumentos. Aquele que conhece apenas o seu lado da questão, diz ele, sabe pouco acerca do seu lado. As suas razões podem ser boas, e pode ser que nenhuma pessoa tenha sido capaz de as refutar, mas se não tiver noção mínima das razões do lado oposto, não tem fundamento para preferir qualquer das opiniões³⁶.

No pensamento de Bentham, e do próprio Mill, portanto, nenhuma sociedade democrática seria capaz de contestar a livre manifestação do cidadão contra o governo de seu país. Por mais infundada e absurda que fosse a ideia, ele teria o direito de pensar e de expressar o seu pensamento, já que dessa manifestação poderiam advir inúmeras outras contrárias, o que só enriqueceria o aprofundaria o debate. Mesmo que todos os ventos da doutrina soprassem sobre a terra, pondera John Milton, a verdade também estará em campo³⁷.

Não resta muita dúvida, que ao menos numa sociedade democrática, todo cidadão tem o direito de questionar a atuação governamental, a conduta de seu Presidente, de seu Governador, de seu Prefeito, do Juiz ou do Ministro. Todo cidadão pode debater publicamente as políticas públicas adotadas pelos que o governam, os serviços prestados pelos funcionários públicos, a pena de morte, a monarquia, a ditadura, a vacina e a urna eletrônica. Isso é inerente à democracia.

O debate se torna sensível, é verdade, quando a liberdade de fala no âmbito do pensamento político envolve fatos comprovadamente nocivos à dignidade dos indivíduos, como o regime nazista. As ações perpetradas pelos membros do Partido Nazista foram tão impiedosas, que a defesa desse regime ou da própria existência de regulamentação do referido partido são dolorosos aos ouvidos.

De igual forma se dá em relação à defesa da subjugação dos negros. Quem, em sua consciência, pode defender que os negros são inferiores aos brancos? Quais os frutos decorrentes de um debate em que uma das partes defende a escravidão?

Definidamente, nada de bom pode evoluir de uma discussão sobre a legalidade do partido nazista ou sobre a eugenia ou inferioridade de raças. Absolutamente nenhuma evolução do pensamento pode surgir do debate dessas ideias.

Evidentemente, se as censuras fossem justas e sem excessos, nada de irregular haveria. Todavia, esse ponto de perfeição não é inerente à natureza humana. E havendo necessidade de se adotar uma das duas vias (admitir todas as manifestações do pensamento, com risco de

³⁶ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2014, p. 79.

³⁷ MILTON, John. **Areopagítica. Discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra**. Rio de Janeiro: Tobooks, 1999, p. 173.

permitir as injustas, ou excluí-las todas, com risco de silenciar as justas), qual delas seria preferível?

Bentham responde:

*Que resultará adotando-se o partido da exclusão? Assim que não houver freio algum, irão sempre em aumento os abusos, até que se chegue ao excesso do mal; os homens empregados hão de corromper-se, e mais, logo que ao seu interesse pessoal se tire o contrapeso da cesura; e deve deteriorar-se a administração pública à proporção da incapacidade e vícios deles. Tome-se a resolução de admitir todas as imputações justas e injustas; e é tão leve o mal, que disso resulta que apenas tal nome se pode dar. Não se admitem com as imputações injustas ao mesmo tempo as defesas?*³⁸

Nessa linha, mesmo sendo impensável a defesa de alguns discursos, o que se vê nos Estados Unidos, apesar da existência de críticas, é a possibilidade de manifestação pública de ideias consideradas absurdas e impronunciáveis, como as ditas acima.

E antes de se adentrar na jurisprudência que possibilitou esse pensamento, necessários alguns apontamentos sobre o desenvolvimento da Direito nos Estados Unidos, cuja filosofia baseada na mínima intervenção estatal, deu azo à liberdade hoje vista em solo norte-americano.

1.3 A liberdade de expressão e a *common law* norte-americana.

O estudo do Direito norte americano remonta à colonização inglesa e, guardadas as diferenças, dele é indissociável. Com efeito, a população inglesa nos Estados Unidos da América data do Século XVII, quando as primeiras colônias foram criadas na Virgínia (1607) e em Massachusetts (1630). Ao final do ano de 1722, as treze colônias estavam constituídas.

Naturalmente, com a colonização, o direito inglês seria levado para o novo território. A questão, no entanto, não foi tão simples, já que o sistema de precedentes da *common law* se mostrou insuficiente para regulamentar a vida dos novos colonos, notadamente porque a sociedade americana inicial não se fundou num sistema feudal.

René David lembra, que para a resolução de seus conflitos, os novos colonos se valiam de outros sistemas de justiça, alguns bastantes primitivos, baseados muitas vezes em preceitos bíblicos³⁹.

³⁸ BENTHAM, Jeremias. **Tratados dos Sofismas Políticos**. ALFIERI, Vittorio Amadeo. **O tratado da Tirania**. São Paulo: Livraria e Editora Logos, 1975, p. 94.

³⁹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014, p. 450.

Nas lições de Roscoe Pound, a administração da justiça na América colônia foi, inicialmente, executiva e legislativa. Os tribunais, por sua vez, eram compostos, em grande parte, por magistrados inexperientes, que julgavam com base no sentido comum e na razão natural. Naquele momento, considerou-se desnecessário que os juízes tivessem instrução jurídica, e havia um certo repúdio ao direito científico. O autor acrescenta:

Dos três juízes que compuseram a Suprema Corte de New Hampshire após a independência, um era clérigo e o outro, médico. De 1814 a 1818, um juiz da mais alta corte de Rhode Island era ferreiro, e o Chefe de Justiça daquele Estado, de 1819 a 1826, era fazendeiro. Quando James Kent entrou no judiciário de Nova York em 1791, ele poderia dizer com razão: “Não havia repertórios ou precedentes no Estado. As opiniões dos juízes eram pronunciadas ore tenus⁴⁰. Não tínhamos nenhuma Lei que pudéssemos chamar de nossa e ninguém sabia o que era”⁴¹.

Principiaram, então, algumas codificações pontuais, como os códigos sumários de Massachusetts de 1634 e da Pensilvânia de 1682. Com a independência das colônias em 1776, sobreveio natural sentimento da necessidade da existência de um direito próprio, de modo que a codificação complementar à Constituição dos Estados Unidos de 1787 tornou-se atrativa naquele momento histórico.

René David narra⁴²:

O território de New Orleans, destacado da antiga Louisiana, parecia dar o exemplo quando, logo após sua incorporação à União, adotava códigos à maneira francesa, especialmente um código civil (1808). Bentham oferecia, em 1811, os seus serviços ao presidente Madison para dotar os Estados Unidos de um código positivado.

Não obstante a vontade inicial de codificação, o que se verificou, em verdade, foi a predominância e o triunfo da *common law*, em especial em relação às fontes do Direito, de modo que este também se concebeu sob a forma de um direito jurisprudencial, com as delimitações postas nos sete artigos da Constituição Norte-Americana e em suas 27 emendas.

Roscoe Pound apresenta sete fatores que influenciaram a *common law* estadunidense, são elas:

(1) Um substrato original de instituições jurídicas e ideais de origem germânica; (2) o Direito feudal; (3) o Puritanismo; (4) os conflitos entre os Tribunais e a Coroa durante no século XVII; (5) as ideias políticas do século XVIII; (6) as condições peculiares das comunidades colonizadoras ou agrícolas da América, na primeira metade do século XIX; e (7) as ideias

⁴⁰ “Ore tenus” pode ser trazido para o português como “oralmente”.

⁴¹ POUND, Roscoe. **The Spirit of the Common Law**. Traduzido por José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1954. p. 120.

⁴² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014. p. 452.

*filosóficas relativas à justiça, ao Direito e ao Estado que prevaleceram no período de formação durante o qual o direito inglês nos foi transmitido na common law inglesa pelos tribunais americanos*⁴³.

Pound reconhece que o substrato do Direito americano é o germânico. E isso significa que o que possibilitou aos juízes americanos a elaboração do Direito durante o século XIX foi a fase de evolução jurídica classificada como a do *direito estrito*, sendo o individualismo uma característica primordial dessa etapa de evolução jurídica⁴⁴.

Além disso, pondera o autor, que a questão feudal fez com que os juristas preferissem pensar em indivíduos em vez de grupos, a fim de contrariar qualquer pensamento que refletisse referida instituição arcaica.

*Nesse sentido podemos citar o puritanismo, a atitude protetora do indivíduo contra o governo e a sociedade que prevaleceu nos tribunais da common law quando se enfrentaram com a Coroa, a teoria dos direitos naturais do homem abstrato que apareceu no século XVIII, a teimosia do colonizador em manter sua liberdade de ação com o mínimo de interferência e, por fim, a doutrina dominante no século XIX que tentou encontrar o fundamento do direito na dedução do princípio metafísico da liberdade individual*⁴⁵.

René David aduz que os Estados Unidos continuaram a ser um país da *common law* no sentido de conservar os conceitos, as formas de raciocínio e a teoria das fontes do direito inglês. No entanto, a *common law* norte-americana ocupa um lugar particular, na medida em que detém uma considerável originalidade, possuindo, por vezes, características romano-germânicas, pelas quais se deixou seduzir por um determinado momento de sua história⁴⁶.

Pound, por sua vez, acrescenta que a influência dos pioneiros sobre o Direito contribuiu para que os princípios tradicionais da *common law* se aplicassem de forma prática no novo solo⁴⁷.

Assim, o direito norte-americano se desenvolveu sob a forma jurisprudencial. Apesar das regras de direito produzidas pelo legislador (*statutes*), tais normas são sempre bem assimiladas depois de devidamente interpretadas pelos tribunais⁴⁸.

⁴³ POUND, Roscoe. **The Spirit of the Common Law**. Traduzido por José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1954, p. 29.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 32.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 41.

⁴⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014, p. 454.

⁴⁷ POUND, Roscoe. **The Spirit of the Common Law**. Traduzido por José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1954, p. 141.

⁴⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 375.

Tal qual o direito inglês, o direito americano segue a regra do *stare decisis*, cuja característica mais marcante é ser a lei produto do trabalho dos juízes (*judge made law*), de modo que os princípios estabelecidos nas decisões judiciais são aplicados aos fatos similares, que apresentem questões similares.

Toni M Fine explica que *stare decisis* vem do vocábulo latino *stare decisis et non quieta movere*, ou seja, manter decisões e não alterar questões já definidas. Somente quando inexistir precedente para o caso analisado, é que os juízes se valerão dos princípios gerais, pautando-se pelo que eles acreditam ser mais razoável⁴⁹

A professora explica, ainda, a diferença entre *holding* e *rationale*:

O holding de um caso é a resolução de uma questão legal. Deve ser determinado a partir de uma análise dos fatos materiais, da decisão da corte e da motivação do juízo. Algumas vezes, a situação processual de um caso será relevante para definir o alcance do holding. (...) O alcance preciso do holding pode não ficar claro até que tenha sido interpretado e aplicado em casos subsequentes. A rationale é a explicação da corte para o seu holding, assim como para a questão. Por que a corte chegou a uma decisão? A decisão foi baseada em normas positivadas (estatutos)? A corte considerou o precedente vinculante ou persuasivo? Quais foram as implicações políticas da decisão da corte?

Além disso, a Suprema Corte Americana e os Supremos Tribunais dos diferentes Estados não estão vinculados a suas próprias decisões e podem alterar o precedente, como ocorreu recentemente com o caso *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)⁵⁰.

Grosso modo, portanto, a obrigatoriedade do precedente norte-americano se limita às decisões dos tribunais superiores e basta uma decisão anterior dessas cortes para constituir ou destituir um precedente⁵¹

⁴⁹ FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 67/68.

⁵⁰ Em 1973 a Suprema Corte, por sete votos a dois, decidiu que os governos não tinham o poder de proibir o aborto e que o direito da mulher de interromper sua gravidez era protegido pela Constituição. O caso foi novamente analisado e em 24 de junho de 2022, oportunidade em que a Corte decidiu a favor da proibição do aborto no Estado de Mississippi após a 15ª semana de gestação.

⁵¹ É bom salientar que no Brasil, atualmente, tendo em conta o disposto no artigo 927, do Código de Processo Civil, por meio de uma mudança de paradigma, passou-se a adotar “um sistema de precedentes obrigatórios”, impondo aos órgãos do Poder Judiciário a observância das teses e princípios jurídicos assentados e instrumentalizados pelas decisões apontadas no citado dispositivo legal. José Carlos Francisco em artigo intitulado *Mutações para e pelo Incompleto Sistema de Precedentes de teses em Temas, argumenta que: Não é exagero dizer que o sistema de precedentes brasileiro amplia a área de intersecção do nosso tradicional civil law com o common law, porque as teses assumem natureza normativa (assim como os dispositivos de acórdãos em ADIs, ADCs e ADPFs, ainda, o teor de súmulas vinculantes) em razão de serem comandos abstratos, impessoais, imperativos, inovadores genéricos, configurando verdadeiro bloco de constitucionalidade quando se trata de teses em temas constitucionais. E por integrarem o direito positivo brasileiro ao lado das vias tradicionais (emendas, leis, decretos, etc.), as teses formam um verdadeiro Direito Judicial e devem ter atributos suficientes para respeitar a segurança jurídica.* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, LEAL, Roger Stiefelmann. **A Nova Constituição de 1988?**. Santo André, SP: Dia a Dia Forense, 2021.

Essas características, e especialmente o caráter libertário das disposições legais e jurisprudenciais, permearam a história do direito americano e da própria sociedade norte-americana.

Nessa linha, tem-se por inegável que o sistema da *common law*, com as características específicas dos Estados Unidos, foi significativo e essencial para o desenvolvimento da liberdade de expressão.

O desenvolvimento das teorias e dos pensamentos durante os julgamentos da Suprema Corte relacionados à Primeira Emenda é um exemplo claro disso. Como bem ponderou David A. Strauss, a disposição da Primeira Emenda é uma das grandes criações do direito, e é uma criação do *common-law*⁵².

1.4 O realismo jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr.

De acordo com José Ignacio Solar Cayón⁵³, Oliver Wendell Holmes constitui, provavelmente, a figura mais ilustre da história da Suprema Corte Americana e uma das personalidades mais importante para o estudo do Direito estadunidense.

Nascido em Boston em 8 de março de 1841, teve uma educação privilegiada que culminou com seu ingresso na Universidade de Direito de Harvard em 1857. Em 1861 suspendeu seus estudos para se alistar no exército do Norte na Guerra Civil Americana, alcançando o posto de Tenente Coronel ao final da batalha.

Finda a guerra, Holmes retoma seus estudos, graduando-se em 1866. Especializou-se em direito mercantil e marítimo e viajou muitas vezes para a Inglaterra, onde fez amizade com John Stuart Mill e Frederick Pollock.

Em 1880 foi convidado para participar de 12 reuniões no Lowell Institute, que culminaram na obra *The Common Law*, publicada no ano seguinte. Referido trabalho rendeu-lhe projeção nacional e uma cadeira como professor na Universidade de Direito de Harvard.

No mesmo ano foi nomeado Juiz da Suprema Corte de Massachusetts, onde permaneceu até 1902, quando foi indicado para a Suprema Corte dos Estados Unidos pelo Presidente Theodore Roosevelt, cargo que ocupou até 1932.

⁵² STRAUSS, David A. Freedom of Speech and the Common-Law Constitution. In: BOLLINGER, Lee C, STONE, Geoffrey R. **Eternally Vigilant Free Speech in the Modern Era**. Chicago : The University of Chicago Press, 2002, p. 59.

⁵³ HOLMES, Oliver Wendell Holmes, Jr. **La senda del Derecho. Traducción y estudio preliminar de José Ignacio Solar Cayón**. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 50.

A importância deferida a Holmes se resume, grosso modo, a uma nova concepção do Direito fornecida por ele, em oposição ao formalismo clássico da *common law*, imperante no ambiente jurídico americano da época.

Com efeito, até as últimas décadas do século XIX, a concepção de Direito vigente nos Estados Unidos era a denominada *Classical Legal Thought*, cuja base de pensamento pretendia oferecer uma ordem racional do universo jurídico, com autonomia do domínio jurídico frente às possíveis interferências políticas⁵⁴.

Ao final do século XIX e início do século XX, o pensamento jurídico norte-americano era permeado por uma concepção estática da *common law*, com um corpo sistemático de princípios e de normas que funcionavam como axiomas fixos a partir dos quais poderiam ser resolvidos todos os problemas com a utilização do método de dedução lógica, de modo que o juiz não criava o direito e sim o declarava.

O sistema formalista vigente à época munia-se de princípios gerais do Direito, extraídos dos precedentes, dos quais era possível deduzir de soluções lógicas. A partir de então, levantou-se importantes figuras jurídicas que iniciaram uma série de críticas a esse sistema então vigente, como aponta José Ignacio Solar Cayón:

Para o novo movimento filosófico, iniciado por Charles S. Peirce na década de 1870 e cujos princípios haviam de ser sistematizados anos mais tarde por William James, o conhecimento já não podia resolver-se em uma mera relação estatística de correspondência entre nossas representações mentais e uma realidade exterior acabada e independente do sujeito cognoscente. Conhecer implica inevitavelmente levar em conta a realidade, mas não consiste em uma mera descoberta ou uma apreensão passiva do que já existe. O subjetivo se funde inextricavelmente com o objetivo no processo cognitivo, de modo que todo ato de conhecimento implica participar ativamente da configuração do objeto. A realidade aparece, portanto, diante de nossos olhos como algo resistente que não pode ser ignorado ou evitado – mas também de certa forma maleável – suscetível a diferentes interpretações e tratamentos⁵⁵.

Nas palavras de Lênio Streck⁵⁶, as tentativas de superação desse positivismo primitivo deram origem às teses voluntaristas-axiológicas, passando da razão para a vontade, na aspiração de um Direito livre. Na *common law*, por exemplo, contra a jurisprudência analítica, surgiram o realismo norte-americano e o escandinavo.

O autor continua:

⁵⁴ HOLMES, Oliver Wendell Holmes, Jr. **La senda del Derecho. Traducción y estudio preliminar de José Ignacio Solar Cayón**. Madri: Marcial Pons, 2012. p. 12.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 21.

⁵⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento: Caso do Direito, 2017. p. 110.

Assim, já no final dos novecentos, aparece na França a obra de François Gény sobre a interpretação (1889), que marcará o início desse movimento pretensamente “libertário”. Muitos dos postulados de Gény estarão presentes de forma aproximada tanto nas posturas dos realistas estadunidenses (tais quais: Cardozo e Holmes) e também na Alemanha e na Áustria. Esse caráter “internacional” desses postulados teóricos é que levará a nomeá-los como “movimento”.

Iniciavam-se, desse modo, as bases do movimento realista, cujo critério metodológico era eminentemente funcional, afastando-se dos princípios gerais e abstratos e mirando nos frutos, nas consequências e nos fatos da decisão judicial, possibilitando uma visão interdisciplinar do direito. O pensamento jurídico de caráter pragmático era, portanto, uma concepção funcional e instrumental do Direito.

Eugênio Facchini Neto e Ana Paula Martini Tremarin Wedy apontam que o contraste entre o racionalismo e o empirismo dominava o campo de batalha filosófica nas primeiras décadas do século XX nos Estados Unidos. Os autores argumentam que o século anterior foi dominado pelo pensamento racionalista e idealista, que se baseava no direito natural, de modo que a *common law* era vista como uma encarnação da razão transcendental, que continha todos os elementos necessários para qualquer decisão judicial. Coube à Escola Sociológica, que incorporou a filosofia do pragmatismo, se opor a esse pensamento formalista, conhecido como *analytical jurisprudence* ou *legal positivismo*⁵⁷.

Nessa conjuntura, influenciado por John Dewey, William James e Chales S. Pierce⁵⁸, Holmes se apresenta como principal defensor dessa nova corrente de pensamento, que lhe rendeu três décadas mais tarde o título de “pai” do realismo jurídico norte-americano.

Contra a visão clássica do Direito como uma ordem preestabelecida a ser descoberta mediante processo rigidamente lógico-dedutivo, com fórmulas e princípios gerais preestabelecidos, Holmes difunde a “teoria da predição” (*prediction theory*), ou alegoria do homem mau (*bad man*) para conceituar o Direito:

Se você quer saber o que é Direito, e nada mais do que Direito, você deve olhar para ele como um homem mau, que só se importa com as consequências materiais que tal conhecimento lhe permite prever, e não como um homem bom, que encontra as razões para sua conduta – se encontrem ou não no Direito – nas mais vagas sanções de sua consciência.

(...)

O que é direito? Você encontrará alguns autores que lhe dizem que é algo diferente do que os tribunais de Massachussetts ou da Inglaterra decidem, que é um sistema racional, que é o resultado de uma dedução a partir de

⁵⁷ NETO, Eugênio Facchini; WEDY, Ana Tremarin. **Sociological Jurisprudence e Realismo Jurídico: a filosofia jurídica norte-americana na primeira metade do Século XX**. Revista da AJURIS, 2016, p. 79.

⁵⁸ Ibid., p. 94

*certos princípios éticos ou axiomas aceitos, ou algo similar, que pode coincidir ou não com as decisões judiciais. Mas, se adotarmos o ponto de vista do nosso amigo o homem mau, veremos que a ele não importam em absoluto os axiomas nem as deduções e que o que ele quer saber é o que os Tribunais de Massachussetts ou da Inglaterra provavelmente farão na realidade. Eu concordo muito com ele. As previsões do que os tribunais realmente farão, e nada mais pretensioso que isto, é o que eu entendo por Direito*⁵⁹.

Holmes acreditava na necessidade de separação entre os conceitos de Direito e Moral, propagando que o Direito se apresentava, dessa forma, como as decisões dos Tribunais. Para Holmes, a história e as deduções lógicas eram importantes nas decisões judiciais, mas não se poderia esquecer que sempre havia juízo de valor investido nelas. O juiz, em vez de olhar somente para o passado, deveria olhar também para o futuro e para as consequências de seus postulados.

O jurista, na visão de Holmes, não poderia ser somente o estudioso das antiguidades jurídicas (leia-se precedentes históricos, fórmulas e princípios pré-estabelecidos), mas especialista em estatística e economia, capaz de avaliar e pesar os fins das normas, os meios para alcançá-las e seu custo⁶⁰, visando buscar respostas mais eficientes aos problemas sociais.

Baseado nas proposições de Holmes, Eugênio Facchini Neto e Ana Paula Martini Tremarin Wedy aduzem, conforme síntese de Paolo Galo, que o movimento do realismo jurídico teve seu ápice na década de 1930, capitaneado por Karl Llewellyn, que em 1931 publica o artigo “*Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound*” (44 Harvard Law Review, p. 1222), elencando os sete pontos principais do movimento:

- 1 os realistas concebem o direito como algo em contínua evolução e admitem um papel criativo do juiz;*
- 2 concebem o direito como um meio para se atingir finalidades sociais;*
- 3 entendem que a sociedade evolui mais rapidamente do que o direito;*
- 4 afirmam que frequentemente a motivação do juiz é apenas uma racionalização a posteriori das verdadeiras razões de decidir, que permanecem ocultas;*
- 5 acreditam na dissociação entre princípios gerais e regras particulares;*
- 6 creem na oportunidade de elaborar conceitos jurídicos mais restritos do que aqueles tradicionais;*
- 7 colocam o acento sobre a oportunidade de avaliar as regras jurídicas com referência ao seu impacto social*⁶¹.

⁵⁹ HOLMES, Oliver Wendell Holmes, Jr. **La senda del Derecho. Traducción y estudio preliminar de José Ignacio Solar Cayón**. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 58/60.

⁶⁰ Ibid., p. 29.

⁶¹ NETO, Eugênio Facchini; WEDY, Ana Tremarin (apud GALLO, Paolo. Grandi Sistemi Giuridici. Torino: Giappichelli, 1997, p. 309). **Sociological Jurisprudence e Realismo Jurídico: a filosofia jurídica norte-americana na primeira metade do Século XX**. Revista da AJCURIS, 2016. p. 94

Nesse aspecto, é possível afirmar que o realismo jurídico é, em verdade, o pragmatismo legal visto nos Estados Unidos. Richard Posner confirma ser Holmes o maior pragmatista do direito, admirado por Dewey, e amigo de William James, Charles Sanders Pierce e Nicholas St. John Green, os fundadores do pragmatismo norte-americano⁶².

Essas são as bases filosóficas da doutrina na Primeira Emenda formulada ao longo do século XX. Como impossível abarcar todas as nuances da liberdade de expressão, como recorte temático, o presente trabalho analisará o Teste do Perigo Claro e Iminente formulado por Holmes no início de 1919 e desenvolvido pela Corte nos anos que se seguiram.

2 O TESTE DO *CLEAR AND PRESENT DANGER*

Antes de adentrar nos meandros que envolvem a doutrina do Teste do *Clear and Present Danger*, que em tradução livre será denominado “Teste do Perigo Claro e Iminente”, necessárias algumas ponderações iniciais.

Adhemar Ferreira Maciel argumenta que os federalistas, quando da elaboração da Constituição Americana, com o propósito de obter o apoio dos anti-federalistas (que mais tarde seriam conhecidos como republicanos), comprometeram-se a fazer emendas constitucionais a garantir os direitos fundamentais que não se achavam expressos na Constituição de 1789.

De início, foram propostas 78 emendas: 17 foram aprovadas na Câmara dos Deputados, 12 no Senado, sendo 10 ratificadas pelas Assembleias Legislativas, que ficaram conhecidas como *Bill of Rights*. “Sem dúvida alguma, a emenda do *Bill of Rights* que recebeu o n.1 é a mais importante das dez primeiras emendas à Constituição, pois lida com a “liberdade de fala”, que diferencia o “caniço pensante” dos outros animais”⁶³

Por suas visões acerca da liberdade e do autogoverno do povo americano, os “Pais Fundadores” são festejados em todo o território estadunidense. No entanto, não obstante o caráter libertário trazido na Constituição, em especial nas disposições da Primeira Emenda, os princípios centrais da proteção da liberdade de expressão, como conhecidos atualmente, não são frutos exclusivos da referida norma e da cartela de direitos do *Bill of Rights*, mas também de teorias, doutrinas e pensamentos filosóficos que foram desenvolvidos gradativamente pela Suprema Corte a partir de 1919.

⁶² POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 13.

⁶³ MACIEL, Adhemar Ferreira. **Um símbolo nacional norte-americano e o direito de expressão**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 45 n.178 abr./jun 2008, p. 08.

David A Strauss argumenta que a história do desenvolvimento do sistema americano de liberdade de expressão não é uma história sobre o texto da Primeira Emenda, mas sobre uma série de decisões proferidas pela Suprema Corte ao longo do Século XX:

Os princípios centrais do sistema americano de liberdade de expressão, em outras palavras, não foram produto de um momento de gênio constitucional inspirado há duzentos anos, por mais poderoso retoricamente que às vezes seja falar dessa maneira. Esses princípios emergiram de uma forma muito menos dramática – mas que é, em muitos aspectos, um reflexo mais interessante e preciso de como grandes questões constitucionais são resolvidas e um testemunho mais completo de como a liberdade de expressão ressoa com a cultura política americana. As características centrais da lei da Primeira Emenda foram elaboradas principalmente ao longo do século XX, aos trancos e barrancos, em uma série de decisões judiciais e desenvolvimentos extrajudiciais. A história do surgimento da lei constitucional americana de liberdade de expressão é uma história de evolução e precedentes, tentativa e erro. É uma história do século XX⁶⁴.

Como dito anteriormente, neste segundo capítulo, à míngua de um estudo acurado sobre a Primeira Emenda, como recorte temático, passa-se à análise do Teste do Perigo Claro e Iminente, desenvolvido pela Suprema Corte Americana a partir de 1919.

Inicia-se o capítulo examinando *Schenck v. United States* 249 U.S. 47, julgado em 03 de março de 1919, cuja decisão constitui o primeiro caso paradigmático analisado pela Corte, que deu início às discussões sobre o discurso protegido.

Após, são analisados os casos *Debs v. United States* 249 U.S. 211 (1917), *Abrams v. United States* 250 US 616 (1919), *Schaefer v. United States* 251 U.S. 426 (1920), *Pierce v. United States* 252 U.S. 239 (1920), *Gitlow v. People of the State of New York* 268 U.S. 652 (1925), *Whitney v. People of State of California* 274 U.S. 357 (1927) *Stromberg v. People of State of California* 283 U.S. 359 (1931) *Dennis v. United States* 341 U.S. 494 (1950), *Yates v. United States* 354 U.S. 298 (1957) e *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969).

Anexadas ao presente trabalho, pela relevância do tema, estão as decisões *Schenck v. United States* 249 U.S. 47 (1919), *Abrams v. United States* 250 U.S. 616 (1919), *Whitney v. People of State of California* 274 U.S. 357 (1927) e *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969).

⁶⁴ STRAUSS, David A. Freedom of Speech and the Common-Law Constitution. In: BOLLINGER, Lee C, STONE, Geoffrey R (ed.). **Eternally Vigilant Free Speech in the Modern Era**. Chicago: The University of Chicago Press, 2002, p. 33.

2.1 O nascimento do teste: *Schenck v. United States* 249 U.S. 47 e *Debs v. United States* 249 U.S. 211, ambos de 1919.

Após a entrada dos Estados Unidos na Primeira Guerra Mundial, sobreveio, em 15 de junho de 1917, a promulgação da Lei de Espionagem de 1917 (The Espionage Act of 1917⁶⁵). Sob o Título 50 do Código dos Estados Unidos da América (*War & Nacional Defense*), referida lei criminalizava a conduta de conspirar para obstruir o serviço de recrutamento e alistamento ao serviço militar.

Nesse contexto, foi determinada busca e apreensão em uma sede do partido Socialista, ocasião em que foram localizadas circulares impressas com dizeres tendentes a obstruir o alistamento militar.

Chales Shenck, secretário-geral do Partido Socialista, e sua colega, Elizabeth Baer, foram indiciados pela referida lei porque distribuíram circulares aos soldados recentemente recrutados, sugerindo que o alistamento se configurava uma forma de servidão involuntária, em afronta à Décima Terceira Emenda⁶⁶, que proibia a servidão e o trabalho forçado. O caso chegou à Suprema Corte e em 03 de março de 1919, a condenação de Schenck e Baer foi confirmada, por violação à Lei de Espionagem de 15 de junho de 1917⁶⁷.

Na referida decisão, os Juízes entenderam que os dizeres contidos nos documentos não eram protegidos pela Primeira Emenda, uma vez que geravam *perigo claro e iminente* de causar males substantivos ao país durante a Primeira Guerra Mundial, pois poderiam encorajar o abandono do serviço militar.

O Juiz Oliver Wendell Holmes ⁶⁸, ao emitir a opinião da Corte, confirmou a possibilidade de limitação da liberdade de expressão naquela situação de guerra, sob o argumento de que palavras que habitualmente estivessem protegidas pela Primeira Emenda,

⁶⁵ Este ato do Congresso tornou crime causar insubordinação, deslealdade, motim ou recusa de dever militar.

⁶⁶ Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado. THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA. **Schenck v. United States (1919)**. Disponível em: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/193/schenck-v-united-states>>. Acesso em 18 maio, 2022.

⁶⁷ 249 U.S. 47 (1919).

⁶⁸ *Oliver Wendell Holmes Jr. está entre os mais famosos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos. Nascido em uma família proeminente de Boston, Holmes foi ferido nas batalhas da Guerra Civil de Ball's Bluff, Antietam e Chancellorsville. Depois de se formar na Harvard Law School em 1866, ele preparou uma série de palestras que foram publicadas como "The Common Law" em 1881. Holmes serviu então na Suprema Corte Judicial de Massachusetts de 1882 até sua nomeação para a Suprema Corte dos Estados Unidos em 1902. Durante seus 30 anos na mais alta corte do país, ele se tornou conhecido por seu argumento de "perigo claro e presente" para a limitação da liberdade de expressão e seus dissidentes convincentes. HISTORY. Oliver Wendell Holmes.* Disponível em: <<https://www.history.com/topics/us-government/oliver-wendell-holmes-jr>>. Acesso em 18 maio, 2022.

poderiam tornar-se objeto de proibição se usadas em circunstâncias específicas que criassem um perigo claro e atual. O caráter de cada ato dependia, portanto, das circunstâncias em que era realizado⁶⁹.

Surge, nesse caso paradigmático, o Teste do Perigo Claro e Iminente, que consistia na verificação da natureza das palavras e de suas circunstâncias fáticas, utilizadas em determinado contexto específico, para determinar se o discurso criaria ou não um perigo claro e iminente de trazer males substantivos aos cidadãos e ao país, atribuindo ao Estado o dever de preveni-lo.

Nas palavras de Holmes, a proteção mais rigorosa da liberdade de expressão não alcançaria um homem gritando falsamente “fogo” em um teatro fechado:

*Admitimos que, em muitos lugares e em tempos comuns, os réus, ao dizer tudo o que foi dito na circular, estariam dentro de seus direitos constitucionais. Mas o caráter de cada ato depende das circunstâncias em que é realizado.
(...)
A proteção mais rigorosa da liberdade de expressão não protegeria um homem que gritasse falsamente fogo em um teatro e causasse pânico.*

O cerne do teste, portanto, era a questão de proximidade e grau: muitas palavras que poderiam ser ditas em tempos de paz seriam obstáculos em tempos de guerra, a gerar perigo claro e atual, que o Congresso, leia-se Estado, teria o dever de restringir.

A questão, portanto, não era somente a natureza das palavras, mas as circunstâncias fático-temporais em que eram ditas. Não só. A Lei de 1917 punia as conspirações para a obstrução do alistamento militar, bem como a obstrução efetiva, ou seja, a mera tentativa de conspiração era considerada crime.

Grosso modo, portanto, o teste de Holmes consistia na seguinte proposição: discurso, circunstâncias fático-temporais, intenção de efetivar o resultado, ainda que este fosse malsucedido.

Uma semana depois, em 10 de março de 1919, o teste do perigo claro e iminente foi novamente defendido em *Debs v. United States* (249 U.S. 211)⁷⁰, quando a Suprema Corte confirmou a condenação do líder socialista Eugene V. Debs, com base na Lei de Espionagem de 1917, por um discurso feito no portão da prisão de Canton, no Estado de Ohio.

⁶⁹ 249 U.S. 51 (1919).

⁷⁰ 249 U.S. 211 (1919).

Diante de 1200 pessoas, Debs ofereceu seu apoio a três prisioneiros socialistas, condenados por violação à Lei de Sedição de 1918⁷¹, sob o argumento de que eles não fizeram nada além de tentar “pavimentar o caminho para melhores condições para toda a humanidade”.

Holmes aduziu que embora Debs não tenha defendido expressamente o não alistamento e recrutamento em seu discurso, as circunstâncias em que as palavras foram proferidas e a tendência geral delas (intenção apropriada) eram suficientes para sua condenação⁷².

Holmes acrescentava, em *Debs*, um plus ao teste: o da má tendência do orador (*bad tendency*), de modo que o resultado da manifestação não era imprescindível para a condenação, bastando que o discurso tivesse a má intenção e a tendência de alcançar o resultado proposto.

Schenck e *Debs* expressaram, portanto, o entendimento da Suprema Corte na primeira quarta parte do século XX quanto à legitimidade do Estado em reprimir discursos contrários à guerra e ao alistamento militar, sob o argumento de que as manifestações externadas geravam um perigo claro e iminente das pessoas desistirem de lutar por seu país, com real possibilidade de enfraquecimento dos Estados Unidos durante a Primeira Guerra.

Como é possível perceber, o teste inicial possuía algumas falhas. Primeiro, o exemplo dado por Holmes de que seria vedado a alguém gritar “fogo” em um teatro fechado, não condizia com os problemas sociais vivenciados durante o período de guerra.

A questão do discurso protegido é tão inerente à saúde democrática, como dito no primeiro capítulo, que limitar o discurso político ao exemplo dado por Holmes significa desconsiderar a importância do tema.

Nas palavras de Harry Kalven Jr, por ser totalmente apolítico, falta ao referido exemplo a complexidade para lidar com problemas sérios de fala que possam confrontar o sistema legal⁷³.

O segundo problema consistia em delimitar qual perigo poderia ser caracterizado “claro e iminente”. O que seria perigo claro? Quando o perigo era considerado “iminente”, ou seja, qual era o lapso temporal que separava o perigo remoto do iminente? O discurso contrário à guerra e ao recrutamento era, de fato, prejudicial ao exército americano? Quantas pessoas deixariam de se alistar? Quais eram os impactos dessas provocações?

⁷¹ A Lei de Sedição de 1918 foi promulgada em 16 de maio de 1918 e estendeu à Lei de Espionagem de 1917 uma gama maior de crimes.

⁷² THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA. **Debs vs. Estados Unidos (1919)**. Disponível em: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/289/debs-v-united-states>>. Acesso em 18 jul, 2022.

⁷³ KALVEN JR, Harry. **A Worth Tradition Freedom of Speech in America**. New York: Harper & Row, 1988, p. 134

Alexander Meiklejohn aduz que a Corte anulou, nas referidas decisões, o mais significativo propósito da Primeira Emenda de que o Congresso não poderia restringir a liberdade de expressão, na medida em que definiu as condições sob as quais a restrição era permitida⁷⁴. Para o autor, a regra do perigo claro e iminente não configurava um princípio razoável já que a palavra “claro” não gerava dúvidas; ao contrário da expressão “iminente”⁷⁵

O professor pondera que o Artigo I, seção 6⁷⁶, sugere que a Primeira Emenda significa exatamente o que diz: no campo da ação comum, da discussão pública, a liberdade de expressão não deve ser abreviada. Com efeito, a restrição imposta pela Suprema Corte, disse Meiklejohn, não somente iria de encontro à Primeira Emenda, como impossibilitaria aos americanos o autogoverno⁷⁷.

E por fim, a última dificuldade do teste se referia à “intenção”. As condenações de *Schenck* e *Debs* foram baseadas na intenção de seus oradores. Nenhuma das condenações comprovaram o efetivo prejuízo às Forças Armadas Americanas, de modo que o teste da tentativa (proximidade e grau), analisado na área criminal, foi utilizado por Holmes na seara do discurso protegido.

Robert Post concluiu que a lógica de Holmes, tanto em *Schenck* quanto em *Debs*, remetia inteiramente ao domínio do direito penal substantivo, equivalente a uma tentativa de cometer o crime, e explica⁷⁸:

A proximidade da conexão deveria ser avaliada por testes doutrinários de "proximidade e grau", testes enraizados na lei material da tentativa. Embora em algumas circunstâncias a Primeira Emenda possa salvaguardar o discurso - circunstâncias que Holmes não explorou - a Constituição não protegeu o discurso tão intimamente ligado à ação a ponto de constituir o crime de tentativa conforme definido pelos princípios do direito penal.

⁷⁴ MEIKLEJOHN, Alexander. **Political Freedom The Constitutional Powers of the People**. New York: Oxford University Press, 1965, p. 30.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 47.

⁷⁶ *Seção 6: Os Senadores e Representantes receberão, por seus serviços, remuneração estabelecida por lei e paga pelo Tesouro dos Estados Unidos. Durante as sessões, e na ida ou regresso delas, não poderão ser presos, a não ser por traição, crime comum ou perturbação da ordem pública. Fora do recinto das Câmaras, não terão obrigação de responder a interpelações acerca de seus discursos ou debates. Nenhum Senador ou Representante poderá, durante o período para o qual foi eleito, ser nomeado para cargo público do Governo dos Estados Unidos que tenha sido criado ou cuja remuneração for aumentada nesse período; e nenhuma pessoa ocupando cargo no Governo dos Estados Unidos poderá ser membro de qualquer das Câmaras enquanto permanecer no exercício do cargo (grifei).*

⁷⁷ MEIKLEJOHN, Alexander. **Political Freedom The Constitutional Powers of the People**. New York: Oxford University Press, 1965, p. 36.

⁷⁸ POST, Robert. Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence. In: BOLLINGER, Lee C, STONE, Geoffrey R (ed.). **Eternally Vigilant Free Speech in the Modern Era**. Chicago: The University of Chicago Press, 2002, p. 155.

As falhas acima descritas foram rapidamente percebidas por Holmes, que logo depois apresentou uma nova versão do teste, a seguir examinada.

2.2 Uma nova versão do teste de Holmes: *Abrams v. United States* 250 U.S. 616 (1919).

Bastaram poucos meses desde a decisão em *Debs*, para que Holmes percebesse a necessidade de maior proteção do discurso, dadas as falhas do teste do perigo claro e iminente formulado por ele em *Schenck*. Assim, em 10 de novembro de 1919, no caso *Abrams v. United States* 250 U.S. 616 (1919), em voto dissidente apresentado à Corte, Holmes propôs uma interpretação mais liberal do teste⁷⁹.

Jacob Abrams e outros quatro russos que viviam na cidade de Nova York foram condenados por conspiração, com fundamento na Lei de Espionagem de 1917, por distribuírem circulares destinadas a provocar e a encorajar a resistência aos Estados Unidos na guerra contra a Alemanha, com intenção de impedir a interferência na Revolução Russa. A condenação foi baseada em *Schenck* (249 U.S. 47).

Grosso modo, um dos panfletos, dentre outras afirmações, dizia que o *silêncio vergonhoso e covarde dele* (do Presidente) *sobre a intervenção na Rússia revela a hipocrisia da gangue plutocrática em Washington e arredores*; outro conclamava aos trabalhadores russos para que cessassem os trabalhos nas fábricas de munições, uma vez que as balas, baionetas e canhões lá produzidos se destinariam não somente aos alemães, mas também aos entes queridos que estavam na Rússia e que lutavam pela liberdade (*A Revolução Russa clama: Trabalhadores do Mundo! Despertem! Levantem-se! Derrubem seu inimigo e o meu! Sim! Amigos, há apenas um inimigo dos trabalhadores do mundo e esse é o Capitalismo*)⁸⁰.

Alguns panfletos, inclusive, foram escritos em Iídiche e se destinavam aos judeus russos emigrados em Nova York⁸¹.

A condenação de Abrams seguiu o precedente de *Schenck* e assim pronunciou a Corte:

Mas não é necessário para uma decisão neste caso considerar se tal distinção é vital ou meramente formal, pois a linguagem dessas circulares tinha obviamente a intenção de provocar e encorajar a resistência aos Estados Unidos na guerra, como afirma a terceira acusação, e os réus, nos termos, instaram e defenderam claramente o recurso à greve geral dos trabalhadores das fábricas de munições com o objetivo de reduzir a produção de munições e artilharia necessárias e essenciais para o prosseguimento da guerra, como

⁷⁹ 250 U.S. 616 (1919).

⁸⁰ 250 U.S. 616 (1919)

⁸¹ KALVEN JR, Harry. *A Worth Tradition Freedom of Speech in America*. New York: Harper & Row, 1988, p. 139

é apontado na quarta acusação. Assim, fica claro que não apenas algumas provas, mas muitas provas persuasivas, estavam diante do júri tendendo a provar que os réus eram culpados, tanto na terceira quanto na quarta acusações do indiciamento, e, sob a regra há muito estabelecida de lei acima indicada, a sentença do Tribunal Distrital deve ser confirmada.

No entanto, contrariando a maioria da Corte e o seu próprio teste, é verdade, Holmes ponderou que, de fato, o poder de restrição da liberdade de expressão era maior em tempo de guerra do que de paz, no entanto, os folhetos impressos e distribuídos pelos réus não impediam o sucesso da política de armas do governo.

Ou seja, da equação discurso mais circunstâncias fático-temporais mais intenção de efetivar o resultado, que implicaria no perigo claro e iminente, Holmes retira a intenção estabelecendo que o discurso que não interferisse na guerra, não configuraria perigo iminente, ainda que seu interlocutor tivesse a intenção de impedir o combate. Nesse ponto, ele faz distinção entre a mera intenção e a intenção real, de modo que somente esta última poderia ser restringida pelo Governo

Uma intenção real, no sentido que expliquei, é necessária para constituir uma tentativa, quando um outro ato do mesmo indivíduo é necessário para completar o crime substantivo, pelas razões apresentadas em Swift & Co. v. Estados Unidos, 196 US 375, 196 US 396

Holmes disse em seu voto que as manifestações externadas pelos russos em nada interferiam na guerra contra a Alemanha, nem mesmo indiretamente, de modo que as mensagens estariam protegidas pela Primeira Emenda.

Mas, contra os perigos próprios da guerra, como contra os outros, o princípio do direito à liberdade de expressão é sempre o mesmo. É apenas o perigo presente de um mal imediato ou a intenção de causá-lo que justifica que o Congresso estabeleça um limite para a expressão de opinião quando não se trata de direitos privados. O Congresso certamente não pode proibir todo esforço para mudar a mente do país. Agora ninguém pode supor que a publicação sub-reptícia de um panfleto tolo por um homem desconhecido, sem mais, representaria qualquer perigo imediato de que suas opiniões atrapalhassem o sucesso das armas do governo ou tivessem qualquer tendência apreciável para fazê-lo

Evidente que a intenção do comunicador vislumbrada em *Schenck* e *Debs* era a mesma que em *Abrams*, ou seja, impedir a guerra com o governo imperial alemão (e por consequência evitar danos à causa russa), incitando pessoas a não ajudar com empréstimos, e operários a reduzir a produção de artilharias e munições, necessários para o prosseguimento da luta.

No entanto, o que se percebe pelo voto de Holmes é que ele se atentou, nesse último caso, para o fato de que, na verdade, toda manifestação possui uma intenção, e na perspectiva

do precedente de *Schenck*, a restrição do pensamento alcançaria patamares protegidos pela Primeira Emenda.

Robert Post aduz que em *Abrams*, Holmes transformou fundamentalmente o teste da má tendência:

Ele reinterpreto a linguagem do "perigo claro e presente" para exigir uma demonstração de iminência. Homes argumentou em Abrams que, mesmo que o discurso pudesse ser caracterizado pelo direito penal substantivo como uma "tentativa", a Primeira Emenda deveria proibir sua punição a menos que houvesse uma "emergência", a menos que "a expressão de opiniões... interferência imediata nos propósitos lícitos e prementes da lei de que é necessária uma verificação imediata para salvar o país"

Holmes percebeu, de fato, que a condenação dos réus à pena de 20 anos de prisão era despropositada, e sem qualquer receio de parecer contraditório frente ao precedente de *Schenck*, sua indignação pelo mau tratamento dispensado aos réus em *Abrams* forneceu, nas palavras de Harry Kalven Jr, uma *transfusão de sangue para a máxima de Schenck*⁸².

Nesse aspecto, seja porque o caso estava relacionado à Rússia, seja porque os interlocutores não tinham a mesma relevância política de Debs, seja porque o panfleto era realmente insignificante, o voto dissidente de Holmes, seguido pelo Juiz Louis Dembitz Brandeis, significou importante avanço na doutrina da Primeira Emenda, apesar da condenação de *Abrams* por maioria de votos.

Holmes acreditava que *o bem final desejado é melhor alcançado pelo livre comércio de ideias - que o melhor teste da verdade é o poder do pensamento em ser aceito na competição do mercado*, e acrescenta:

Essa, de qualquer forma, é a teoria da nossa Constituição. É um experimento, como toda vida é um experimento. Todos os anos, se não todos os dias, temos que apostar nossa salvação em alguma profecia baseada em conhecimento imperfeito. Embora esse experimento seja parte de nosso sistema, acho que devemos estar eternamente vigilantes contra tentativas de impedir a expressão de opiniões que detestamos e acreditamos estar repletas de morte, a menos que ameacem tão iminentemente uma interferência imediata nos propósitos legais e urgentes da lei que uma verificação imediata é necessária para salvar o país.

Difícil conceber um juízo de valor do pensamento de Holmes, mas o que fica evidenciado em seu voto é que ele compreendeu que o precedente de *Schenck*, na forma em que

⁸² KALVEN JR, Harry. **A Worth Tradition Freedom of Speech in America**. New York: Harper & Row, 1988, p. 146.

estava sendo aplicado, violaria um princípio fundamental da Constituição Americana e poria em risco a liberdade e o autogoverno do povo americano.

2.2.1 A Corte segue com *Schenck*.

Apesar dos esforços de Holmes e Brandeis, a Corte continuou resistente em conferir menos poder ao Governo para restringir a livre manifestação do pensamento. Embora se trate de liberdade de imprensa, que não é o tema do presente trabalho, *Schaefer v. United States* 251 U.S 426 (1920) é um exemplo claro disso.

Decidido em 01 de março de 1920, a Suprema Corte confirmou a condenação de Peter Schaefer, diretor dos jornais Philadelphia Tageblatt e Philadelphia Sonntagsblatt, acusado de⁸³:

Fazer falsas reportagens e declarações com a intenção de interferir nas operações militares e navais e no sucesso dos Estados Unidos e promover o sucesso de seus inimigos; Causar insubordinação, deslealdade e motim nas forças militares e navais dos Estados Unidos; Obstruir o serviço de recrutamento e alistamento dos Estados Unidos

Novamente, o fundamento para a condenação se deu como forma de proteção da força militar americana e contra qualquer ato que promovesse o sucesso dos inimigos, especialmente do governo imperial alemão.

Ao condenar três editores dos jornais com base na Lei de Espionagem de 1917 (Schaefer foi absolvido por falta de provas), a Corte não somente limitava a liberdade civil, como não considerava os apontamentos apresentados por Holmes em *Abrams*.

Todavia, o Juiz Louis Dembitz Brandeis⁸⁴, em seu voto dissidente, seguido, evidentemente, por Holmes, argumentou que as regras para a conduta humana podem ser

⁸³ 251 U.S. 466 (1920).

⁸⁴ Louis Dembitz Brandeis foi um advogado americano e Juiz Associado no Suprema Corte dos EUA de 1916 a 1939. Brandeis nasceu em Louisville, Kentucky, em 1856, de uma família judaica. Embora tenha completado o ensino médio na Alemanha, retornou aos Estados Unidos, onde estudou Direito em Harvard. Depois de se estabelecer em Boston, Brandeis tornou-se um advogado bem-sucedido gastando boa parte de seu tempo perseguindo casos com uma inclinação política. Em particular, ele gostava de representar pequenas empresas contra corporações gigantes, e ajudar a causa do salário mínimo contra empresas contrárias a esse princípio. Em 1912, ele apoiou a nomeação de Woodrow Wilson para a Presidência e, em 1916, foi nomeado juiz da Suprema Corte, o primeiro Judeu nomeado para esta posição. Na época de sua nomeação para a Suprema Corte por Woodrow Wilson, em 28 de janeiro de 1916, o Senado nunca havia realizado uma audiência pública sobre um indicado da Suprema Corte do Presidente; todos eles tinham sido confirmados no dia de sua nomeação. No entanto, levou quatro meses de audiências do Comitê Judiciário do Senado até que o Senado trouxesse a nomeação de Brandeis para votação. Brandeis foi confirmado como o primeiro juiz judeu da Suprema Corte em uma votação no Senado de 47 - 22 em 1 de junho de 1916. JEWISH VIRTUAL LIBRARY. **Louis D. Brandeis (1856 – 1941)**. Disponível em: <<https://www.jewishvirtuallibrary.org/louis-d-brandeis>>. Acesso em 18 jul, 2022.

aplicadas corretamente apenas pelo exercício do bom senso, e que a calma em situações que excitam às paixões é tão importante quanto o destemor e a honestidade:

A questão em todos os casos é se as palavras são usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza a ponto de criar um perigo claro e iminente que elas trarão os males substantivos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau. Esta é uma regra da razão. Corretamente aplicado, preservará o direito de liberdade de expressão tanto da supressão por maiorias tiranas, bem-intencionadas, quanto de abuso por minorias irresponsáveis e fanáticas. Como muitas outras regras para a conduta humana, ela pode ser aplicada corretamente apenas pelo exercício do bom senso, e para o exercício do bom senso, a calma é, em tempos de profundo sentimento e sobre assuntos que excitam a paixão, tão essencial quanto o destemor e a honestidade. A questão se, em um caso específico, as palavras faladas ou escritas se enquadram na admissível redução da liberdade de expressão é, sob a regra enunciada por esta Corte, de grau, e, por se tratar de uma questão de grau, o campo em que o júri pode exercer seu julgamento, é necessariamente ampla.

(...)

Na minha opinião, nenhum júri agindo com calma poderia razoavelmente dizer que qualquer uma das publicações estabelecidas na acusação era de tal caráter ou foi feita sob tais circunstâncias a ponto de criar um perigo claro e iminente ou que obstruiria o recrutamento ou que promoveria o sucesso dos inimigos dos Estados Unidos. Que eles poderiam ter interferido com as forças militares ou navais dos Estados Unidos ou ter causado insubordinação, deslealdade, motim ou recusa de dever em seus serviços militares ou navais nem sequer foi sugerido, e não havia evidências de conspiração, exceto a cooperação de editores e gerente de negócios na emissão das publicações reclamadas.

Brandeis, em seu voto dissidente, busca revisitar *Abrams*, na tentativa de conferir ao julgamento um parâmetro mais claro da iminência do perigo, evidenciando que no caso analisado, não houve nenhum ato concreto conspiração.

2.2.2 Pierce v. United States 252 U.S. 239 (1920) e Gitlow v. People of the State of New York 268 U.S. 652 (1925).

Dias após *Shaefer*, em 08 de março de 1920, novamente Brandeis, seguido por Holmes, posicionou-se, em voto dissidente apresentado em *Pierce v. United States 252 U.S. 239 (1920)*⁸⁵, contra a condenação de quatro socialistas acusados de distribuição do panfleto intitulado “O preço que pagamos”, do clérigo episcopal Irwin St. John Ticker⁸⁶, acusados de

⁸⁵ 252 U.S. 239 (1920)

⁸⁶ THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA. **Pierce v. United States (1920)**. Disponível em: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/290/pierce-v-united>>. Acesso em 18 jul, 2022.

conspirarem para cometer o delito de tentar causar insubordinação, deslealdade e recusa do dever nas forças militares e navais, previstos na Lei de Espionagem de 1917.

Brandeis assim se manifestou:

O direito fundamental dos homens livres de lutar por melhores condições através de novas legislações e novas instituições não será preservado se os esforços para assegurá-lo por argumento aos concidadãos podem ser interpretados como incitação criminal para desobedecer à lei existente - simplesmente porque o argumento apresentado parece àqueles que exercem o poder judiciário serem injustos em seu retrato dos males existentes, equivocados em suas suposições, insano em raciocínio, ou destemperado na linguagem. Nenhuma objeção mais séria do que estas podem, na minha opinião, razoavelmente ser feitas aos argumentos apresentados em "O Preço que Pagamos"⁸⁷.

Ainda, em *Gitlow v. People of the State of New York* 268 U.S. 652 (1925), de 08 de junho de 1925, Holmes e Brandeis se manifestaram, também em votos dissidentes, contra a condenação de Benjamin Gitlow e de mais três pessoas, acusadas de terem defendido, aconselhado e ensinado sobre a necessidade da derrubada do governo organizado, por meio da força, da violência e de meios ilícitos, por escritos intitulados "Manifesto da Ala Esquerda"⁸⁸ e "A Era Revolucionária".

Harry Kalven Jr ponderou que a posição do Juiz Edward Terry Sanford foi clara em relação ao limite da liberdade de expressão: quando o discurso contivesse uma defesa geral de violência, os limites seriam atingidos, independentemente do grau de perigo concreto do discurso⁸⁹.

Brandeis, por outro lado, argumentou que:

⁸⁷ 252 U.S. 239 (1920).

⁸⁸ Trecho do Manifesto da Ala da Esquerda: "O mundo está em crise. O capitalismo, o sistema predominante da sociedade, está em processo de desintegração e colapso. A humanidade só pode ser salva de seus últimos excessos pela Revolução Comunista. Agora só pode haver o Socialismo que é um em temperamento e propósito com a luta revolucionária proletária. A luta de classes é o coração do socialismo. Sem estrita conformidade com a luta de classes, em suas implicações revolucionárias, o socialismo torna-se puro utopismo, ou um método de reação. * * O socialismo dominante se uniu com os governos capitalistas para evitar uma revolução. A Revolução Russa foi o primeiro ato do proletariado contra a guerra e o imperialismo. O proletariado incitando os camponeses mais pobres, conquistou o poder. Realizou uma revolução proletária por meio da política bolchevique de "todo o poder para os soviéticos", organizando o novo estado transitório da ditadura proletária". (...) Não é um problema de revolução imediata. É um problema da luta revolucionária imediata. A época revolucionária da luta final contra o Capitalismo pode durar anos e dezenas de anos; mas a Internacional comunista oferece uma política e um programa imediato e definitivo em escopo, que prevê a luta de classes imediata contra o Capitalismo, em suas implicações revolucionárias, e para o ato final da conquista do poder. A velha ordem está em decadência. A civilização está em colapso. A revolução proletária e a reconstrução comunista da sociedade a luta por elas— agora é indispensável. Esta é a mensagem da Internacional Comunista para os trabalhadores do mundo. A Internacional Comunista chama o proletariado do mundo para a luta final!

⁸⁹ KALVEN JR, Harry. **A Worth Tradition Freedom of Speech in America**. New York: Harper & Row, 1988, p. 152.

Diz-se que este manifesto era mais do que uma teoria, que era uma incitação. Toda ideia é uma incitação. Ela se oferece para a crença e se acredita que ela é agida a menos que alguma outra crença a supere ou alguma falha de energia sufoca o movimento em seu nascimento. A única diferença entre a expressão de uma opinião e uma incitação no sentido mais estreito é o entusiasmo do orador pelo resultado. A eloquência pode colocar fogo na razão. Mas o que quer que possa ser pensado do discurso redundante diante de nós, não teve chance de iniciar uma conflagração presente. Se a longo prazo as crenças expressas na ditadura proletária estão destinadas a serem aceitas pelas forças dominantes da comunidade, o único significado da liberdade de expressão é que eles devem ter a sua chance e ter o seu caminho. Se a publicação deste documento tivesse sido colocada como uma tentativa de induzir uma revolta contra o governo de uma só vez e não em algum momento indefinido no futuro, teria apresentado uma questão diferente. O objeto teria sido aquele com o qual a lei poderia lidar, sujeita à dúvida se havia algum perigo de que a publicação pudesse produzir qualquer resultado, ou seja, se não era fútil e muito distante de possíveis consequências. Mas a acusação alega a publicação e nada mais⁹⁰.

Assim, apesar do aperfeiçoamento do teste no sentido da necessidade de se observar a efetiva probabilidade de concretização do resultado, o que se verificou nos anos que se seguiram *Schenck* foi um posicionamento da Suprema Corte pendente para a restrição da expressão política, sobretudo quando se tratava de opiniões externadas por membros do Partido Socialista, contrários às guerras e ao regime de governo.

Percebe-se que Brandeis, em *Gitlow*, ponderou sobre a necessidade da iminência da ação ao manifestar que se o documento contestado tivesse sido colocado como uma tentativa de induzir uma revolta contra o governo de uma só vez e não em algum momento indefinido no futuro, teria apresentado uma questão diferente. No entanto, não importava, para a maioria da Corte, a probabilidade de resultado do discurso. Bastava o discurso contrário à guerra para a caracterização da iminência do perigo.

Apesar disso, não se pode olvidar que *Gitlow* estabeleceu uma importante base para a doutrina americana da liberdade de expressão, porque, não obstante o caráter restritivo da interpretação dada pelo Juiz Sanford, foi a primeira vez que a Corte estabeleceu que a Primeira Emenda seria aplicada aos demais Estados, por meio da Décima Quarta Emenda⁹¹,

⁹⁰ 268 U.S. 652 (1925).

⁹¹ A Emenda XVI foi adotada em 09 de julho de 1868 e é considerada a mais importante emenda da reconstrução pós Guerra Civil. Referida emenda discute os direitos de cidadania e a proteção igualitária das leis e foi duramente contestada pelos estados sulistas pró-escravidão, que foram forçados a ratificá-la para recuperarem a representação no Congresso.

possibilitando a federalização das questões atinentes à manifestação do pensamento, limitadas anteriormente aos Estados⁹².

Nesse ponto, ao analisar a hierarquia das Cortes Federais Americanas, Toni M. Fine explica que o poder da Suprema Corte, no que se refere às leis federais, vincula todas as cortes inferiores⁹³:

Abaixo do nível da Suprema Corte, as cortes federais estão divididas em circuitos, que em sua maioria estão organizados geograficamente. Em cada circuito tem-se o tribunal de apelação e todas as outras cortes distritais localizadas dentro dos limites dele. Esta divisão hierárquica e geográfica das cortes no sistema federal é essencial, pois as regras do stare decisis – segundo as quais outras cortes devem seguir regras estabelecidas em outros casos – são largamente informadas pela sua distribuição geográfica e hierárquica.

Em *Gitlow*, portanto, a Suprema Corte abriu as portas para a discussão sobre a proteção individualizada de todas as garantias trazidas pela Declaração de Direitos sob a cláusula do devido processo legal (*procedural law*) estabelecido na Décima Quarta Emenda, dando início à era moderna do direito constitucional americano, como visto na atualidade, ampliando o alcance dos direitos constitucionais e colocando limites aos Estados⁹⁴.

Não só. Harry Kalven Jr aduz que o Juiz Sanford trouxe três pontos efetivos e importantes sobre a teoria do perigo claro e iminente, que não foram rebatidos por Holmes no voto dissidente apresentado por ele⁹⁵:

O Juiz Sanford havia feito três pontos efetivos que mereciam uma réplica: (i) Por que não é um ajuste satisfatório entre discurso e censura traçar uma linha de defesa do crime, violência e derrubada do governo? Em suma, o que há de tão valioso em tal discurso? (ii) Como poderia ser praticável um teste exigindo avaliação judicial do perigo do enunciado na instância individual? Como o juiz saberia qual era o perigo? (iii) Não era válido distinguir Schenck como aplicado apenas a casos em que o estatuto não tinha criado diretamente um crime de fala e onde a questão era, portanto, de se estimar o quão próximo a fala tinha chegado aos atos que o estatuto havia prescrito?

Assim, a partir do final da década de 20 do século passado, percebeu-se uma mudança, ainda que tímida, do entendimento da Corte em relação às liberdades individuais. Harry Kalven Jr bem resumiu o que se passava na Corte naquela ocasião:

⁹² THE FIRE. **Gitlow v. People of New York**. Disponível em: <<https://www.thefire.org/gitlow-v-people-of-new-york/>>. Acesso em 18 jul, 2022.

⁹³ FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 34.

⁹⁴ THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA. **Gitlow v. New York (1925)**. Disponível em: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/80/gitlow-v-new-york>>. Acesso em 18 jul, 2022

⁹⁵ KALVEN JR, Harry. **A Worth Tradition Freedom of Speech in America**. New York: Harper & Row, 1988, p. 154.

Embora Holmes e Brandeis ainda não tenham tido nenhum impacto aparente na visão da maioria, suas dissidências emprestaram prestígio e eloquência a uma contra-visão e geraram uma tensão duradoura dentro da Corte. De fato, a razão pela qual a contra-tradição se torna tão poderosa pode ser que seja permitido florescer em desacordo, aliviado das restrições impostas pela necessidade de acomodar outras visões a fim de obter uma maioria⁹⁶.

De um voto dissidente em *Schenck*, a Corte passa, portanto, a discutir não somente sobre o teste Holmes, mas sobre a importância da liberdade de manifestação do pensamento para a democracia americana e para o autogoverno do povo.

2.3 O Contradiscurso.

A construção jurisprudencial iniciada em *Schenck* e desenvolvida em *Abrams* e *Gitlow*, alcançou sólida base em *Whitney v. People of State of California* (274 U.S 357)⁹⁷, decidido em 16 de maio de 1927.

Em resumo, Charlotte Anita Whitney foi presa e condenada por violação da Lei do Sindicalismo Criminal da Califórnia de 1919, que proibia o ingresso intencional em uma organização defensora do sindicalismo criminoso⁹⁸. O júri chegou à conclusão de que *a ré se tornou membro e ajudou a organizar o Partido Trabalhista Comunista da Califórnia, e que este foi organizado para defender, ensinar, ajudar ou estimular o sindicalismo criminoso, conforme definido pela Lei.*

Naquela época, os americanos viviam sob a onda antibolchevique do pós-Primeira Guerra, que era baseada no medo dos atos de violência cometidos durante a Revolução Russa, motivo pelo qual foram proibidas, em todo o país, atividades entendidas como radicais, com vedação à exibição de bandeiras vermelhas em algumas localidades, além do poder deferido à determinadas autoridades de silenciar grupos e opiniões controversas⁹⁹.

Charlotte, por sua vez, pertencia a uma família rica e influente de Oakland, no Condado de Alameda, Califórnia, e em 1919 participou da Convenção Nacional do Partido Socialista de

⁹⁶ *Ibid.*, p. 149.

⁹⁷ 274 U.S. 357 (1927).

⁹⁸ 'Seção 1. O termo 'sindicalismo criminoso' como usado neste ato é definido como qualquer doutrina ou preceito que defende, ensina ou auxilia e favorece a prática de crime, sabotagem (cuja palavra é definida como significando dano físico intencional e malicioso ou danos à propriedade física), ou atos ilícitos de força e violência ou métodos ilícitos de terrorismo como meio de realizar uma mudança na propriedade ou controle industrial ou efetuar qualquer mudança política.5'Seção 2. Qualquer pessoa que: (...) 4. Organize ou ajude a organizar, ou conscientemente se torne membro de qualquer organização, sociedade, grupo ou assembleia de pessoas organizadas ou reunidas para defender, ensinar ou ajudar e instigar o sindicalismo criminoso.

⁹⁹ THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA. **Louis Brandeis**. Disponível em: < <https://mtsu.edu/first-amendment/article/1316/louis-brandeis>>. Acesso em 18 jul, 2022.

Chicago¹⁰⁰. A ala mais radical deixou o partido principal para formar o Partido Comunista Trabalhista da América (CLP)¹⁰¹.

No processo instaurado contra ela, o Estado da Califórnia argumentou que o partido defendia a derrubada violenta do governo dos Estados Unidos e que a acusada auxiliou, deliberadamente, em sua organização, uma vez que não somente defendia os ideais revolucionários, como ensinava, ajudava e estimulava o sindicalismo criminoso.

Em primeira instância entendeu-se que o mero ato de participar da formação do partido e das reuniões constituía ato ilegal e que o direito à liberdade de expressão não era absoluto. A condenação e a prisão foram mantidas pelo Tribunal Distrital de Recursos e pelo Superior Tribunal de Justiça de Alameda Country.

O caso chegou à Suprema Corte, e em 1927 os juízes mantiveram a condenação de Charlotte. O Juiz Edward T. Sandford afirmou que os objetivos do partido abusavam da liberdade de expressão, uma vez que iam de encontro ao bem-estar público e que tendiam a incitar o crime, perturbar a paz e colocar em risco as bases do governo^{102, 103}.

Sandford esclareceu que a liberdade de expressão assegurada pela Constituição não conferia ao indivíduo o direito absoluto de falar ou uma licença irrestrita e desenfreada que desse imunidade a todo uso possível da linguagem.

Naquela ocasião, portanto, a Corte não adentrou no teste de Holmes e da necessidade de iminência do perigo, limitando-se a declarar a constitucionalidade da legislação questionada, ao argumento de que a existência de discursos voltados à incitação criminosa, por si só, poria em risco a paz pública e a segurança do Estado.

¹⁰⁰ THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA. **Whitney v. California (1927)**. Disponível em: < <https://mtsu.edu/first-amendment/article/263/whitney-v-california>>. Acesso em 18 jul, 2022

¹⁰¹ *A ré, residente em Oakland, no Condado de Alameda, Califórnia, era membra da filial local de Oakland do Partido Socialista. Esta filial enviou delegados para a convenção nacional do Partido Socialista realizada em Chicago em 1919, que resultou em uma divisão entre o grupo 'radical' e os socialistas da velha ala. Os "radicais" - aos quais os delegados de Oakland aderiram - sendo expulsos, foram para outro salão e formaram o Partido Trabalhista Comunista da América. (...) Pouco depois, a filial de Oakland retirou-se do Partido Socialista e enviou delegados credenciados, incluindo a ré, para uma convenção realizada em Oakland em novembro de 1919, com o objetivo de organizar uma filial na Califórnia do Partido Trabalhista Comunista. A ré, depois de se tornar membro temporário do Partido Trabalhista Comunista, compareceu a esta convenção como delegada e participou ativamente de seus procedimentos. Ela foi eleita membro do Comitê de Credenciais e, como presidente, fez um relatório à convenção da qual os delegados fizeram parte (274 U.S. 357 -1927).*

¹⁰² GLOBAL FREEDOM OF EXPRESSION. **Whitney v. California**. Disponível em: < <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/whitney-v-california-brandeis-j-concurring/>>. Acesso em 18 jul, 2022

¹⁰³ THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA. **Whitney v. California (1927)**. Disponível em: < <https://mtsu.edu/first-amendment/article/263/whitney-v-california>>. Acesso em 18 jul, 2022

A repercussão histórica dada ao julgamento não decorre de seu resultado, mas da acalorada defesa da liberdade de expressão feita pelo Juiz Louis D. Brandeis, seguido por Holmes.

Por mais paradoxal, Brandeis apresentou voto concordando com a condenação de Whitney, todavia as palavras utilizadas tiveram significativo impacto na Corte, que caminhava, como dito anteriormente, para a restrição do discurso político, não importasse a iminência do perigo.

Ao analisar o Estatuto da Califórnia, Brandeis afirmou:

Assim, o acusado deve ser punido, não por tentativa, incitamento ou conspiração, mas por um ato de preparação que, se ameaçar a ordem pública, o faz apenas remotamente. A novidade na proibição introduzida é que o estatuto visa não à prática do sindicalismo criminoso, nem mesmo diretamente à sua pregação, mas à associação com aqueles que se propõem a pregá-la.

(...)

Mas, embora os direitos de liberdade de expressão e reunião sejam fundamentais, eles não são absolutos em sua natureza. Seu exercício está sujeito a restrição, se a restrição específica proposta for necessária para proteger o Estado da destruição ou de lesão grave, política, econômica ou moral. Que a necessidade que é essencial para uma restrição válida não existe a menos que o discurso produza, ou tenha a intenção de produzir, um perigo claro e iminente de algum mal substantivo que o Estado constitucionalmente pode tentar evitar, foi estabelecido¹⁰⁴.

Veja que Brandeis não somente confirma que o direito de liberdade de expressão não constitui garantia absoluta, como retoma a discussão sobre teste do perigo claro e iminente e reconhece as falhas da referida doutrina:

Esta Corte ainda não fixou o padrão para determinar quando um perigo deve ser considerado claro; quão remoto o perigo pode ser e ainda ser considerado iminente; e que grau de mal deve ser considerado suficientemente substancial para justificar o recurso à restrição da liberdade de expressão e reunião como meio de proteção¹⁰⁵.

Brandeis ponderou que a liberdade de pensar como quiser e falar como se pensa são meios indispensáveis para a descoberta e divulgação da verdade política; que sem liberdade de expressão e discussão, a assembleia seria inútil.

Na visão de Brandeis, o medo gera repressão, a repressão gera ódio, e este ameaça o governo estável. O caminho da segurança reside, portanto, na oportunidade de discutir

¹⁰⁴ 274 U.S 357 (1927).

¹⁰⁵ 274 U.S 357 (1927).

livremente queixas e soluções propostas, de maneira que o remédio adequado para os maus conselhos são os bons conselhos.

O medo de danos graves não pode, por si só, justificar a supressão da liberdade de expressão e reunião. Os homens temiam bruxas e queimavam mulheres. É função da expressão libertar os homens da escravidão dos medos irracionais. Para justificar a supressão da liberdade de expressão, deve haver base razoável para temer que um grave mal resultará se a liberdade de expressão for praticada. Deve haver base razoável para acreditar que o perigo apreendido é iminente. Deve haver base razoável para acreditar que o mal a ser evitado é sério.

(...)

Mas mesmo a defesa da violação, por mais repreensível moralmente, não é uma justificativa para negar a liberdade de expressão quando a defesa não chega a ser incitação e não há nada que indique que a defesa seria imediatamente posta em prática. Deve-se ter em mente a grande diferença entre defesa e incitação, entre preparação e tentativa, entre reunião e conspiração¹⁰⁶.

Brandeis não somente desenvolveu a base da doutrina do contradiscurso, mas apontou os requisitos indispensáveis para a aplicação do teste do perigo claro e iminente: primeiro, deve haver um fundamento razoável para se crer que o mal a ser evitado é grave; segundo, há necessidade de diferenciar a defesa e a incitação, atos de preparação e tentativa.

Para o Juiz, para que haja fundamento para a restrição tanto da manifestação do pensamento quanto da liberdade de reunião, é necessário que esses atos sejam passíveis de gerar uma violência imediata. Em outras palavras, o perigo deve ser claro, real, factível e o resultado gerado deve ser imediato, não remoto, e acrescenta:

Aqueles que conquistaram nossa independência pela revolução não foram covardes. Eles não temiam a mudança política. Eles não exaltaram a ordem à custa da liberdade. Aos homens corajosos e autoconfiantes, com confiança no poder do raciocínio livre e destemido aplicado através dos processos de governo popular, nenhum perigo que flui do discurso pode ser considerado claro e presente, a menos que a incidência do mal apreendido seja tão iminente que possa acontecer antes que haja oportunidade para uma discussão completa. Se houver tempo para expor através da discussão a falsidade e as falácias, para afastar o mal pelos processos de educação, o remédio a ser aplicado é mais discurso, não silêncio forçado. Só uma emergência pode justificar a repressão¹⁰⁷.

A doutrina americana do contradiscurso estabelece, portanto, que a resposta adequada ao discurso negativo é a expressão positiva, de modo que os beneficiários das expressões

¹⁰⁶ 274 U.S 357 (1927).

¹⁰⁷ 274 U.S 357 (1927).

possam pesar os valores das ideias concorrentes e se autodeterminarem e, aliado ao teste de Holmes, se houver tempo para a discussão das ideias, o discurso não pode ser restringido.

Passados quatro anos de *Whitney*, Holmes e Brandeis, que até aquela ocasião estavam isolados em suas posições, ganharam um poderoso aliado, o então nomeado Chefe de Justiça Chales Evans Hughes¹⁰⁸.

Em 1931 Hughes escreveu a opinião majoritária da Corte no julgamento do caso *Stromberg v. People of State of California* (283 U.S. 359), de 18 de maio de 1931¹⁰⁹. Pela primeira vez desde 1919 houve uma vitória significativa da Primeira Emenda.

Yetta Stromberg era membro da Liga Jovem Comunista, uma organização internacional afiliada ao Partido Comunista, e aos 19 anos exercia as funções de supervisora de um acampamento de verão para crianças, que além de estudarem história e economia, participavam de uma cerimônia diária de hasteamento e saudação a uma bandeira vermelha¹¹⁰. Essa cerimônia era liderada por Yetta, que por conta disso, foi condenada por violação à Seção 403^a do Código Penal da Califórnia¹¹¹.

¹⁰⁸ *Uma criança precoce, Hughes aprendeu a ler aos três anos e meio. Antes dos seis anos, ele estava lendo e recitando versos do Novo Testamento, fazendo aritmética mental, e estudando francês e alemão. Após apenas três anos e meio de estudo formal, ele se formou no ensino médio aos treze anos. Depois de se formar em Phi Beta Kappa pela Brown University, Hughes foi para a Columbia Law School, onde ficou em primeiro lugar em sua classe. Quando ele fez o exame da ordem de Nova York em 1884, ele recebeu a nota mais alta dada até aquele momento, 99 1/2 por cento. (...) Para Hughes, o dever significava fazer coisas dignas e fazê-las bem. Ele dirigiu-se impiedosamente. Seu senso de dever o levou ao serviço público e permitiu que ele se destacasse em quase tudo o que empreendeu. Hughes não tinha conselheiros pessoais ou políticos, nem favoritos, nem confidentes. Herbert Hoover disse uma vez que ele era o homem mais independente que ele já conheceu. Ele fez seus próprios julgamentos com base em suas próprias análises. No trabalho, ele era organizado, intenso e sério, e tinha pouco tempo para gentilezas. Esse lado dele deu origem a uma imagem pública distante, legal e sem humor. Em casa, no entanto, ele mostrou calor e humor; ele era um marido sensível e um pai carinhoso de três filhos. Hughes esteve perto de ser eleito presidente em 1916. Uma mudança de menos de quatro mil votos na Califórnia teria dado a ele os votos eleitorais do estado e a presidência. Se Hughes não tivesse projetado uma imagem pública tão austera (ou se ele tivesse garantido o apoio do governador Hiram W. Johnson), ele provavelmente teria sido eleito. HISTORY. Charles Evans Hughes. Disponível em: <<https://www.history.com/topics/us-government/charles-evans-hughes>>. Acesso em: 02 maio, 2022.*

¹⁰⁹ 283 U.S. 359 (1931).

¹¹⁰ THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA. **Stromberg v. California** (1931). Disponível em: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/269/stromberg-v-california>>. Acesso em 18 jul, 2022

¹¹¹ *"Qualquer pessoa que exiba uma bandeira vermelha, banner ou distintivo ou qualquer bandeira, distintivo, banner ou dispositivo de qualquer cor ou forma qualquer lugar público ou em qualquer local de encontro ou assembleia pública, ou de ou em uma casa, construção ou janela como um sinal, símbolo ou emblema de oposição ao governo organizado ou como um convite ou estímulo à ação anarquista ou como um auxílio à propaganda que é de um sedicioso caráter é culpado de um crime. A informação, em sua primeira contagem, acusou que o apelante e outros réus, na época e local estabelecidos, "exibiam intencionalmente, ilegalmente e criminosamente uma bandeira vermelha e uma bandeira em um local público e em um local de encontro como um sinal, símbolo e emblema de oposição ao governo organizado e como um convite e estímulo à ação anarquista e como um auxílio à propaganda que é e foi de caráter sedicioso." Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=zUQbAAAAYAAJ&pg=PR1&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em 16, dez. 2022.*

A Suprema Corte Americana reforçou, à época, que o direito à liberdade de expressão não era absoluto e que o Estado, no exercício do poder de polícia, poderia punir os abusos dessa liberdade, como ocorreu em *Whitney*. No entanto, a Corte entendeu que a exibição da bandeira como sinal, símbolo ou emblema da oposição ao governo configurava conduta que o Estado não poderia proibir, porque tal conduta se mostrava inócua, vaga e indefinida.

Como a acusação que recaía sobre Yetta naquela instância se limitava à essa ação, a Suprema Corte reverteu o julgamento para absolvê-la, fundamentando-se na possibilidade de manifestação pacífica e ordenada contra um governo organizado, e dentro das limitações legais e constitucionais¹¹².

2.4 A Segunda Grande Guerra e a *Smith Act* de 1940.

Com início da Segunda Grande Guerra e a entrada dos Estados Unidos no conflito, a liberdade de expressão americana, que tinha alçado significativo espaço em *Stromberg*, novamente foi restringida.

Em 29 de junho de 1940 foi aprovada no Congresso Americano a Lei de Registro de Estrangeiros, também conhecida como *Smith Act* (Lei Smith)¹¹³, tornando ilegal qualquer manifestação em defesa, apoio ou ensino da derrubada do governo.

Não só. Referida norma também exigiu que todos os estrangeiros residentes nos Estados Unidos com mais de 14 anos apresentassem uma declaração contendo sua qualificação, ocupação e crenças políticas.

¹¹² *A questão é, portanto, restrita à validade da primeira cláusula, ou seja, no que diz respeito à exibição da bandeira "como sinal, símbolo ou emblema da oposição ao governo organizado", e a construção que o tribunal estadual colocou sobre esta cláusula remove todos os elementos de dúvida. O tribunal estadual reconheceu a indefinição e ambiguidade da cláusula. O tribunal considerou que poderia ser interpretado como uma conduta que o Estado não poderia proibir constitucionalmente. Assim, foi dito que a cláusula "poderia ser interpretada para incluir a oposição pacífica e ordenada a um governo organizado e controlado por um partido político por aqueles de outro partido político igualmente elevado e patriótico, que não concordava com o que estava no poder. Também pode ser interpretado para incluir a oposição pacífica e ordenada ao governo por meios legais e dentro de limitações constitucionais." A manutenção da oportunidade de livre discussão política ao final de que o governo pode responder à vontade do povo e que as mudanças podem ser obtidas por meios legais, uma oportunidade essencial para a segurança da República é um princípio fundamental do nosso sistema constitucional. Um estatuto que, em seu rosto, e como interpretado com autoridade, é tão vago e indefinido a ponto de permitir a punição do uso justo desta oportunidade é repugnante à garantia da liberdade contida na Décima Quarta Emenda. A primeira cláusula do estatuto sendo inválida em seu rosto, a condenação do apelante, que na medida em que o registro revela pode ter se apoiado exclusivamente sobre essa cláusula, deve ser anulada.*

¹¹³ **ALIEN REGISTRATION ACT OF 1940 U.S. Statutes at Large** (76th Cong., 3rd Sess., 670-676). Disponível em: <<https://loveman.sdsu.edu/docs/1940AlienRegistrationAct.pdf>>. Acesso em 03 maio, 2022.

No curto período de quatro meses, um total de 4.741.971 estrangeiros foram registrados nos Estados Unidos¹¹⁴. Nas mesmas circunstâncias de 1919, a Lei Smith fundamentou inúmeras condenações de integrantes dos partidos Comunista e Socialista durante a Segunda Guerra Mundial. A principal delas se deu no caso *Dennis v. United States* (341 U.S. 494), julgado em 04 de junho de 1950.

Eugene Dennis e seus colaboradores foram acusados e condenados com base na Lei Smith por defender a derrubada do governo americano. É da denúncia que os integrantes do Partido Comunista trabalharam ativamente para recrutar, educar e ensinar novos membros e se prepararem para a revolução¹¹⁵.

A Corte se manifestou pela constitucionalidade da *Smith Act* (itens 2 e 3)¹¹⁶, argumentando que o Estado não pretendia erradicar a livre discussão das teorias políticas, mas estava preocupado com o tipo de atividade desenvolvida pelos acusados:

Neste caso, somos apresentados diretamente com a aplicação do teste "perigo claro e iminente", e devemos decidir o que essa frase importa. Notamos, em primeiro lugar, que muitos dos casos em que esta Corte reverteu condenações por uso deste ou de testes similares foram baseados no fato de que o interesse que o Estado estava tentando proteger era muito insubstancial para justificar a restrição da fala. (...)

A derrubada do Governo à força e à violência é certamente um interesse substancial o suficiente para o Governo limitar o discurso. De fato, este é o valor final de qualquer sociedade, pois se uma sociedade não pode proteger sua própria estrutura de ataques internos armados, deve seguir que nenhum valor subordinado pode ser protegido. Se, então, esse interesse pode ser protegido, o problema literal que é apresentado é o que tem sido feito pelo uso da frase "perigo claro e presente" das declarações que trazem o mal dentro do poder do Congresso de punir.¹¹⁷

¹¹⁴ SPARTACUS EDUCACIONAL. **Alien Registration Act**. Disponível em: <<https://spartacus-educational.com/USAalien.htm>>. Acesso em 03 maio, 2022.

¹¹⁵ GLOBAL FREEDOM OF EXPRESSION. **Dennis v. United States**. Disponível em: <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/dennis-v-united-states/>>. Acesso em 18 jul, 2022.

¹¹⁶ As seções 2 e 3 do Smith Act, 54 Stat. 671, 18 EUA.C. (1946 ed.) 10, 11 (ver atuais 18 EUA.C. 2385), fornecem o seguinte: "SEC. 2. a Deve ser ilegal para qualquer pessoa -"(1) defender consciente ou intencionalmente, advogar, aconselhar ou ensinar o dever, a necessidade, a conveniência ou a decoro de derrubar ou destruir qualquer governo nos Estados Unidos por força ou violência, ou pelo assassinato de qualquer oficial de qualquer governo; "(2) com a intenção de causar a derrubada ou destruição de qualquer governo nos Estados Unidos, para imprimir, publicar, editar, emitir, circular, vender, distribuir ou exibir publicamente qualquer matéria escrita ou impressa defendendo, aconselhando ou ensinando o dever, necessidade, conveniência ou decoro de derrubar ou destruir qualquer governo nos Estados Unidos por força ou violência;"(3) organizar ou ajudar a organizar qualquer sociedade, grupo ou assembleia de pessoas que ensinam, advogam ou incentivem a derrubada ou destruição de qualquer governo nos Estados Unidos por força ou violência; ou ser ou se tornar um membro ou afiliado com qualquer sociedade, grupo ou assembleia de pessoas, conhecendo os propósitos deles (341 U.S. 494 (1951)).

¹¹⁷ 341 U.S 494 (1950).

A Corte considerou legítima a intervenção Estatal contra grupos que advogavam a derrubada violenta do Governo, mesmo que não houvesse uma ação efetiva prestes a ser executada:

O dano que tais tentativas criam física e politicamente a uma nação torna impossível medir a validade em termos da probabilidade de sucesso, ou o imediatismo de uma tentativa bem-sucedida. No caso instantâneo, o juiz acusou o júri de que eles não poderiam condenar a menos que descobrissem que os petionários pretendiam derrubar o Governo "tão rapidamente quanto as circunstâncias permitiriam". Isso não significa, e não poderia significar adequadamente, que eles não atacariam até que houvesse certeza de sucesso. O que significava era que os revolucionários atacavam quando achavam que o tempo estava maduro. Devemos, portanto, rejeitar a alegação de que o sucesso ou a probabilidade de sucesso é o critério.¹¹⁸

Bastava, portanto, a intenção de derrubada do governo pela força e pela violência, cuja ação se concretizaria tão rapidamente quantos as circunstâncias permitissem (*Sua conspiração para organizar o Partido Comunista e ensinar e defender a derrubada do governo dos Estados Unidos pela força e violência criou um "perigo claro e iminente" de uma tentativa de derrubar o Governo pela força e violência¹¹⁹*).

Em voto dissidente, o Juiz Hugo Lafayette Black¹²⁰ entendeu que a Corte confirmou “uma forma virulenta de censura prévia ao discurso e à imprensa, concluindo seu voto com a afirmação:

A opinião pública sendo o que é agora, poucos protestarão contra a condenação desses petionários comunistas. Há esperança, no entanto, de que em tempos mais calmos, quando as pressões presentes, paixões e medos diminuírem, esta ou alguma Corte posterior restaurará as liberdades da Primeira Emenda ao lugar preferido onde pertencem a uma sociedade livre¹²¹.

Acompanhado Black, o Juiz William Douglas¹²² refutou efusivamente a decisão da Corte sob o argumento de que a contenção da liberdade de expressão deve ser baseada em mais

¹¹⁸ 341 U.S. 494 (1950).

¹¹⁹ 341 U.S. 494 (1950).

¹²⁰ *Filho de um dono de uma loja de meios modestos, Hugo Black se formou na Universidade do Alabama e depois serviu como capitão no exército durante a Primeira Guerra Mundial. Após a guerra, ele foi juiz do tribunal policial na zona rural do Alabama antes de ser eleito para o Senado dos EUA em um deslizamento de terra em 1926. No Senado, ele foi um forte apoiador do presidente Franklin D. Roosevelt e do New Deal - supostamente um fator em sua nomeação por Roosevelt para a Suprema Corte para substituir o juiz Willis Van Devanter em 1937. THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA. Hugo Black. Disponível em: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/1310/hugo-black>>. Acesso em 03 maio, 2022.*

¹²¹ 341 U.S. 494 (1950).

¹²² *Em 20 de março de 1939, Roosevelt nomeou Douglas para a Suprema Corte como um juiz associado para substituir o juiz Louis D. Brandeis, que havia se aposentado. O Senado confirmou a nomeação por 62 votos a 4, e o homem de 40 anos Douglas foi empossado em 17 de abril de 1939, tornando-se um dos juízes mais jovens a ingressar na Corte. Por sua própria admissão, no entanto, ele estava infeliz no banco. Embora tenha servido como*

do que medo, mais do que oposição apaixonada, antipatia ou revolta. Faz-se imprescindível a existência de um dano imediato à sociedade:

No que diz respeito ao presente registro, o que os peticionários fizeram foi organizar as pessoas para ensinar e ensinar a doutrina marxista-leninista contida principalmente em quatro livros: 3 Stalin, Fundamentos do Leninismo (1924); Marx e Engels, Manifesto do Partido Comunista (1848); Lênin, O Estado e a Revolução (1917); História do Partido Comunista da União Soviética (B.) (1939). Esses livros são para o comunismo soviético o que Mein Kampf era para o nazismo. Se forem compreendidos, a feiura do comunismo é revelada, seu engano e astúcia são expostos, a natureza de suas atividades torna-se aparente, e as chances de seu sucesso são menos prováveis.

Essa não é, é claro, a razão pela qual os peticionários escolheram esses livros para suas salas de aula. São comunistas fervorosos a quem esses volumes são evangélicos. Eles pregavam o credo com a esperança de que algum dia seria agido. [341 EUA 494, 583]

(...)

No entanto, é precisamente isso que se sugere. Repito que lidamos aqui apenas com discurso, não com discurso mais atos de sabotagem ou conduta ilegal. Nem um único ato sedicioso é acusado na acusação. Tornar um discurso legal ilegal porque dois homens o concebem é elevar a lei da conspiração a proporções terríveis. Esse curso é fazer uma ruptura radical com o passado e violar um dos princípios fundamentais do nosso esquema constitucional. A liberdade de expressão ocupou uma posição exaltada por causa do alto serviço que tem dado à nossa sociedade. Sua proteção é essencial para a própria existência de uma democracia. A exibição de ideias libera pressões que de outra forma podem se tornar destrutivas. Quando as ideias competem no mercado para aceitação, a discussão completa e livre expõe os falsos e ganham poucos adeptos. A discussão completa e livre, mesmo de ideias que odiamos, incentiva o teste de nossos próprios preconceitos e preconceitos. A discussão completa e livre impede que uma sociedade fique estagnada e despreparada para as tensões e tensões que trabalham para destruir todas as civilizações. A discussão completa e livre foi, de fato, o primeiro artigo de nossa fé. Nós fundamos nosso sistema político nele. Tem sido a salvaguarda de todos os grupos religiosos, políticos, filosóficos, econômicos e raciais entre nós. Contamos com isso para nos impedir de abraçar o que é barato e falso; confiamos no senso comum de nossos [341 EUA 494,585] para escolher a doutrina fiel ao nosso gênio e rejeitar o resto. Este foi o único princípio notável que fez de nossas instituições o símbolo da liberdade e da igualdade. Consideramos mais caro a liberdade de suprimir uma minoria desprezada do que deixá-los desabafar seu baço. Acima de tudo temíamos o censor político. Queríamos uma terra onde nosso povo pudesse ser exposto a todos os diversos credos e culturas do mundo¹²³.

juiz por 36 anos, ele aspirava à Presidência. Ele procurou a indicação democrata para a vice-presidência em 1944 e ficou amargo quando o senador Harry S. Truman foi escolhido em seu lugar (e depois tornou-se presidente após a morte de Roosevelt em 1945). Outra breve tentativa fracassada em 1948 marcou o fim de seus sonhos presidenciais. THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA. **William Douglas**. Disponível em: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/1328/william-douglas>>. Acesso em 03 maio, 2022.

¹²³ 341 U.S. 494 (1951).

Com Harry Kalven Jr, tudo conspirava para que *Dennis* fosse um grande momento para a liberdade de expressão, já que se tratava de processo criminal de onze líderes do Partido Comunista, cujo trâmite se deu por nove meses, com acaloradas discussões entre os Juízes. No entanto, *Dennis* não teve impacto significativo na proteção do discurso, sendo analisado na atualidade como o *clímax da carreira do teste de perigo claro e iminente*¹²⁴.

Sete anos após o julgamento de *Dennis*, a Corte reconheceu em *Yates v. United States* (354 U.S. 298)¹²⁵, decidido em 17 de junho de 1957, que a Lei Smith não proibia a advocacia e o ensino da derrubada forçada do governo como princípio abstrato, divorciado de qualquer esforço ou ação efetiva.

Assim, em *Dennis*, os líderes do Partido Comunista foram condenados por conspirarem para a derrubada do governo, ainda que não tenha sido comprovado qualquer ato específico nesse sentido. Em resumo, os comunistas foram condenados por falarem o que pensavam, em cristalino retrocesso à caminhada que a Corte vinha alcançando em favor do discurso protegido.

Ainda que se tratasse de conceitos imprecisos, entre *Schenck* e *Whitney*, Holmes e Brandeis apontaram a necessidade da existência de um perigo claro, real e iminente para que a restrição da liberdade de fala fosse levada a efeito pelo Estado. Nesse sentido, Kent Greenawalt¹²⁶:

Assim, em Abrams e Whitney, Holmes e Brandeis, embora certamente reconhecendo tanto o perigo intencional quanto o perigo real como bases independentes para a punição, reforçaram a importância do imediatismo e da necessidade de um dano grave.

De *Whitney* a *Yates*, a Corte se movimentou pendularmente no sentido de maior ou menor restrição da fala. A liberdade manifestada em *Stromberg* não foi a vislumbrada em *Dennis*, que por sua vez, não foi seguida em *Yates*.

Toda essa movimentação da Corte fez que com a doutrina da Primeira Emenda se apresentasse de uma forma pouco clara em relação aos conceitos e limites, causando, evidentemente, insegurança jurídica.

Percebe-se que a questão da liberdade de expressão estava vinculada aos períodos de guerra e de paz, com consideráveis manifestações em favor da sobrevivência nacional quando os Estados Unidos estavam envolvidos em conflitos bélicos (portanto, em prol da restrição), e

¹²⁴ KALVEN JR, Harry. **A Worth Tradition Freedom of Speech in America**. New York: Harper & Row, 1988, p. 190

¹²⁵ 355 U.S. 66 (1957).

¹²⁶ GREENAWALT, Kent. "Clear and Present Danger" and Criminal Speech. In: BOLLINGER, Lee C, STONE, Geoffrey R. **Eternally Vigilant Free Speech in the Modern Era**. Chicago: The University of Chicago Press, 2002, p. 59

outras de caráter libertário, em defesa de um direito totalmente irrestrito e do autogoverno do povo americano, quando vivenciados períodos de paz.

Nessa perspectiva, o teste do perigo claro e iminente simplificava questões complexas, e era muitas vezes aplicado de forma desnorteada, o que gerou intenso debate sobre ele, culminando com seu afastamento em 1969.

2.5 **Brandenburg v. Ohio 395 U.S. 444 (1969): o fim do Teste de Holmes?**

Como visto acima, o teste do perigo claro e iminente surgiu em *Schenck v. United States* 249 U.S. 47 (1919), e ao longo de 50 anos foi discutido pela Corte, que ora o aplicava, ora o afastava, ora o modificava.

Apesar de todas as críticas atribuídas ao teste, o que se verificou, em verdade, foi uma tentativa da Corte em formular uma regra objetiva, que pudesse nortear os Juízes nas decisões relativas à liberdade de expressão, dada a relevância do tema.

Mesmo que delimitada sua aplicação, a linha que separa o discurso da ação sempre se mostrou e ainda se mostra complexa, principalmente nas manifestações contrárias ao governo e ao Estado de Direito.

Assim, até 1969, a Corte reconhecia o direito do Estado de restringir a liberdade de fala quando houvesse um perigo claro, real e iminente, e que fosse precedido de atos concretos, que ultrapassassem a mera exposição do pensamento.

Superado o período de guerras, o teste foi afastado em 1969 no caso *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969). Em 09 de junho daquele ano, a Suprema Corte Americana fez história ao reverter a condenação de Clarence Brandenburg, líder da Ku Klux Klan, acusado e condenado pelas instâncias inferiores de propagar falas racistas contra negros e judeus¹²⁷, além de incitar a derrubada violenta do governo¹²⁸.

No início do verão de 1964, Brandenburg telefonou para um repórter da televisão de Cincinnati e o convidou para ir a um comício da Ku Klux Klan, que seria realizado em uma

¹²⁷ *As falas significativas que poderiam ser compreendidas foram: Até onde o negro vai; Isto é o que vamos fazer com os negros; Um negro sujo; Mande os judeus de volta para Israel; Vamos devolvê-los ao jardim escuro. Salve a América; Vamos voltar para a melhoria constitucional; Enterre os negros; Nós pretendemos fazer a nossa parte; Dê-nos nossos direitos de estado; Liberdade para os brancos; Negros terão que lutar por cada centímetro que conseguir de agora em diante* (395 U.S. 444 (1969)).

¹²⁸ *O apelante, um líder da Ku Klux Klan, foi condenado sob o Estatuto do Sindicalismo Criminoso de Ohio por "advogar... o dever, a necessidade ou a propriedade do crime, sabotagem, violência ou métodos ilegais de terrorismo como meio de realizar atividades industriais ou reforma política" e por "reunir-se voluntariamente com qualquer sociedade, grupo ou assembleia de pessoas formadas para ensinar ou defender as doutrinas do Sindicalismo Criminoso* (395 U.S. 444 (1969)).

fazenda no Condado de Halmilton. O repórter e um cinegrafista acompanharam os eventos, cujas filmagens foram transmitidas tanto pela TV local, quanto em rede nacional.

O primeiro filme mostrou doze pessoas encapuzadas, algumas das quais portavam armas de fogo, e estavam reunidas em torno de uma cruz de madeira que queimava. Entre muitas manifestações incompreensíveis, dado o período em que o filme foi projetado, o orador dizia:

Não somos uma organização vingativa, mas se nosso Presidente, nosso Congresso, nossa Suprema Corte, continuar a suprimir a raça branca, caucasiana, é possível que tenha que haver alguma vingança. Estamos marchando no Congresso em 4 de julho, quatrocentos mil homens. A partir daí, estamos nos dividindo em dois grupos, um grupo para marchar em St. Augustine, Flórida, o outro grupo para marchar em direção ao Mississippi. Obrigado¹²⁹.

O segundo filme mostrava seis pessoas encapuzadas que repetiam discursos muito parecidos, acrescentando que os negros deveriam ser devolvidos à África e os judeus a Israel.

Os juízes entenderam que as liberdades de expressão e de imprensa não permitiam que um Estado proibisse a defesa do uso da força ou da violação da lei, exceto quando tal defesa fosse direcionada para incitar ou produzir ação ilegal e iminente, e que este discurso fosse, efetivamente, suscetível de incitar ou produzir tal ação.

A decisão de *Brandenburg* forneceu proteção substancial à liberdade de expressão para discursos dissidentes, inclusive discursos de ódio. Nela, percebeu-se uma movimentação dos Juízes no sentido de afastar o teste do perigo claro e iminente trazido em *Schenck*, por ser, na visão dos juízes, incompatível com a Primeira Emenda, já que muitas manifestações são precedidas de ações e nem por isso devem ser desprotegidas.

Nas palavras do Juiz Douglas: *embora eu duvide que o teste do "perigo claro e iminente" seja compatível com a Primeira Emenda em tempos de guerra declarada, estou certo de que não é conciliável com a Primeira Emenda em dias de paz¹³⁰.*

O Juiz apontou que o teste apresentava muitas falhas e gerava grandes dúvidas: primeiro porque as ameaças eram muitas vezes barulhentas, mas insignificantes; segundo, o teste foi tão distorcido em *Dennis*, que fez do julgamento dos que pregavam o marxismo um julgamento político. O Juiz Hugo L. Black acatou:

*Concordo com as opiniões expressadas pelo Sr. Ministro Douglas em sua opinião concordante neste caso de que a doutrina do "perigo claro e iminente" não deveria ter lugar na interpretação da Primeira Emenda. Associo-me à opinião da Corte, que, pelo que entendi, simplesmente cita *Dennis v. Estados Unidos*, 341 U.S. 494 (1951), mas não indica qualquer*

¹²⁹ 395 U.S. 444 (1969).

¹³⁰ 395 U.S. 444 (1969).

*concordância por parte da Corte com a doutrina do "perigo claro e iminente" sobre a qual Dennis pretensamente confia*¹³¹.

Para David A. Strauss, *Brandenburg* é o produto de duas vertentes da evolução doutrinária¹³². A primeira delas refere-se ao teste de Holmes-Brandeis, já que a iminência e a alta periculosidade do dano permaneceram como requisitos indispensáveis para a eventual restrição da livre expressão. A segunda, introduzida em *Brandenburg*, acrescentava ao teste de perigo claro e iminente o teste do discurso de baixo e de alto valor, no sentido de produzir ou não a ação, ou seja, em *Brandenburg* discutiu-se a probabilidade de execução do discurso.

O julgamento de *Brandenburg*, portanto, afasta expressamente o teste do perigo claro e iminente e conclui que o discurso pode ser restringido se comprovados dois requisitos: o discurso incita a uma ação ilegal iminente e este discurso provavelmente produzirá esta ação.

O que se vê, na análise de *Brandenburg*, é que o teste de Holmes foi afastado não porque era errado, mas porque possibilitava a restrição do pensamento quando utilizado de forma errada. Os Juízes entenderam naquela ocasião, que poderia haver graves distorções do teste, como ocorreu em *Whitney e Dennis*, e resolveram, expressamente, afastá-lo.

No entanto, a relação perigo claro e iminente, com reais chances de resultado, continua sendo o parâmetro de decisão da Suprema Corte¹³³, havendo ainda, muita discussão sobre o teste de Holmes.

Meiklejohn argumenta que a relação entre a Primeira e a Quinta Emenda¹³⁴ é circunscrita à vida e à propriedade. Nesses casos, é perfeitamente possível a regulação por parte do Estado, como ocorre, por exemplo, em relação à fala de um comerciante que anuncia seu produto. Diferente, contudo, é a discussão pública, assegurada pela Primeira Emenda. Nesta, o Congresso não tem qualquer poder de limitação, nem mesmo do devido processo legal¹³⁵.

¹³¹ 395 U.S. 444 (1969).

¹³² STRAUSS, David A. Freedom of Speech and the Common-Law Constitution. In: BOLLINGER, Lee C, STONE, Geoffrey R (ed.). **Eternally Vigilant Free Speech in the Modern Era**. Chicago: The University of Chicago Press, 2002, p. 57.

¹³³ Podemos verificar a aplicação do teste em *Spence v. Washington* (418 USA 405), decidido em 25 de junho de 1974 e *Texas v. Johnson* (491 EUA 397), julgado em 21 de junho de 1989, em que a Corte entendeu que atear fogo à bandeira nacional se incluía na liberdade de expressão, e, portanto, estava protegido pela Primeira Emenda). Também é possível reconhecer a aplicação do teste nas passeatas de grupos nazistas, permitidas pelo governo dos Estados Unidos da América.

¹³⁴ *Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar. ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.*

¹³⁵ MEIKLEJOHN, Alexander. **Political Freedom The Constitutional Powers of the People**. New York: Oxford University Press, 1965, p. 37.

O exemplo dado pelo Juiz Holmes acerca da proibição de alguém gritar falsamente “fogo” em um teatro fechado não é afastado por Meiklejohn, já que para o professor, tal fato ataca a vida das pessoas tanto quanto o uso de armas, dado o pânico instalado em um lugar fechado, de modo que perfeitamente possível a restrição da liberdade de opinião nesses casos. Evidente, ainda, que a incitação à prática criminosa gera responsabilidade compartilhada, não estando referida fala protegida pela Primeira Emenda.

No entanto, Meiklejohn defende que as palavras ditas por participantes de uma discussão pública e sobre assuntos de ordem pública, seja defendendo um plano de ação a favor do comunismo ou do socialismo, a favor ou contra o recrutamento, em prol ou não da democracia, não devem ser restringidos, sejam quais forem os perigos que essas atividades envolvam¹³⁶: *a opinião de perigo claro e iminente fica nos autos do tribunal como uma tentativa peculiarmente inepta e mal sucedida de formular uma exceção ao princípio da liberdade de expressão*¹³⁷.

Sunstein diz, por exemplo, que o teste do perigo claro e iminente, não obstante as falhas relacionadas ao termo “claro” ou “iminente” poderia ser aplicado no recrutamento terrorista, especialmente para prevenir danos futuros, quando houvesse probabilidade, ainda que baixa, do fato acontecer. O autor aduz que em *Dennis* o perigo alegado era inexistente. Mesma conclusão poderia ser feita entre 1960 e 2001. Desde então, essa afirmação não é tão óbvia:

*Nos Estados Unidos do período entre 1960 e 2001, essa conclusão parece acertada. Mas é menos obviamente certo hoje. O teste de perigo claro e iminente não é um teste para todas as estações. Em tempos e lugares imagináveis, ele se baseia em suposições duvidosas. Mesmo diante do terrorismo internacional, seria imprudente dizer que estaríamos melhor sem ele. Mas não é imprudente dizer que é uma pergunta perfeitamente justa de se fazer*¹³⁸

Na mesma linha de Sunstein, Kent Greenawalt argumenta que *Brandenburg* não é aplicável para a solicitação criminal privada, que visa alguma vantagem específica. O autor sugere que o aconselhamento criminal direto e público é protegido nos termos da decisão de *Brandenburg*. No entanto, quando se trata de solicitação privada não tem a mesma proteção¹³⁹:

¹³⁶ MEIKLEJOHN, Alexander. **Political Freedom The Constitutional Powers of the People**. New York: Oxford University Press, 1965, p. 37.

¹³⁷ Ibid., p. 45.

¹³⁸ SUNSTEIN, Cass R. Does the Clear and Present Danger Test Survive Cost-Benefit Analysis?. In: BOLLINGER, Lee C, STONE, Geoffrey R. **The Free Speech Century**. New York, NY: Oxford University Press, 2019, p. 176.

¹³⁹ GREENAWALT, Kent. “Clear and Present Danger” and Criminal Speech. In: BOLLINGER, Lee C, STONE, Geoffrey R. **Eternally Vigilant Free Speech in the Modern Era**. Chicago: The University of Chicago Press, 2002, p.97/119.

*A questão mais difícil diz respeito à cobertura do teste e, mais particularmente, se ele protege o aconselhamento criminal explícito. Afirmo que o teste não é relevante para ordens ou acordos para cometer crimes. Esta conclusão é amplamente assumida, se não frequentemente afirmada. O aconselhamento criminal é mais problemático e admite uma variedade de posições, todas as quais podem ser razoavelmente defendidas. Embora o aconselhamento direto, que não inclui uma oferta para participar de uma conspiração, não seja frequentemente processado, seu status é importante para entender como a liberdade de expressão se relaciona com a prática de crimes. Tenho argumentado fortemente que a solicitação privada de crimes para ganho privado não garante muita proteção constitucional. Com menos segurança, sugeri que a solicitação pública garante proteção semelhante à dada por *Brandenburg*.*

Nesse aspecto, após analisada a doutrina da liberdade de expressão e do teste do perigo claro e iminente, conclui-se esse capítulo reconhecendo que, não obstante as discussões sobre o tema atinentes à aplicação (ou não) do teste, especialmente na contemporaneidade, as bases da livre manifestação do pensamento americano se fundaram em um princípio central: o direito constitucional de criticar o governo.

À exceção de *Brandenburg*, em que a Suprema Corte definiu a liberdade de expressão no discurso racial, todos os demais casos analisados decorreram do período de guerras e das questões políticas, especialmente as vinculadas aos partidos Socialista e Comunista.

Sem adentrar, evidentemente, nas questões atuais como o terrorismo e as mídias sociais, tema que será analisado no próximo capítulo, a Corte Americana definiu em *Brandenburg* uma linha de raciocínio para pautar tanto o Governo quanto o Judiciário nos casos relacionados à liberdade de opinião: se o discurso incitar a uma ação ilegal e iminente com atos sujeitos a produzir o resultado, o Estado tem o dever de restringir. É o teste de Holmes acrescido de atos de execução com probabilidade de ocorrência do resultado.

Este trabalho defende, portanto, a aplicação deste parâmetro tanto nas manifestações contra o governo, quanto nos demais casos relacionados à liberdade de opinião, necessitando, para fundamentar eventual restrição, a comprovação da existência de perigo real e iminente do discurso, apto a causar algum malefício, com atos efetivos de execução e reais chances de ocorrência do resultado.

Embora fique, ainda, sujeito à análise subjetiva, tais requisitos são, evidentemente, um parâmetro de proteção da liberdade de opinião, que resguarda os cidadãos de se manifestarem

livremente, desde que sua fala não tenha o condão de causar mal injusto e grave, com reais possibilidades de resultado, nem seja considerado crime tipificado na legislação penal¹⁴⁰.

3. DE BRANDENBURG V. OHIO, 395 U.S. 444 (1969) ÀS MÍDIAS SOCIAIS.

Como visto no capítulo anterior, a jurisprudência da Suprema Corte sobre a liberdade de expressão, e em especial sobre os parâmetros de decisão, foram formulados e desenvolvidos em um período em que os meios de veiculação da manifestação do pensamento eram mais restritos, na medida em que as opiniões eram divulgadas por meio de folhetins e jornais, em reuniões privadas de partidos políticos, em manifestações em universidades e em discursos promovidos em locais públicos.

Com o desenvolvimento da tecnologia, as redes de televisão passaram a ser um agente fomentador do discurso, no entanto, a fala limitava-se a poucos interlocutores. Os receptadores da informação, por sua vez, dispunham de tempo e de atenção para que a opinião fosse recebida, pensada, discutida, para dias, meses após, ser assimilada.

Nesse contexto e a partir da Primeira Guerra Mundial, o governo americano empenhou-se, em muitas ocasiões, para regular a manifestação do pensamento, com apoio da Suprema Corte. Apesar de alguns votos dissidentes que forneceram valorosas bases para a interpretação da Primeira Emenda, o que se percebia à época era uma movimentação tendente à restrição da fala.

Apesar da tímida construção doutrinária em prol da liberdade de expressão nos anos que se seguiram, com a entrada dos Estados Unidos na Segunda Grande Guerra, novamente emergiram discussões sobre a necessidade de restrição do pensamento, sobretudo daqueles contrários ao conflito.

Após o período das guerras, a partir da terça parte do século passado, a Suprema Corte voltou-se com vigor à defesa da liberdade de expressão, especialmente em relação ao discurso político, chegando-se ao precedente formulado em *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

Com a cibernética e com a popularização da internet, a discussão sobre o tema tem nova roupagem no século XXI. Por meio de um aparelho celular, ligado à uma plataforma de mídia

¹⁴⁰ Celso Delmanto alerta que admitir uma tutela antecipada do direito penal em crimes de perigo abstrato, especialmente nos delitos de opinião ou de associação ilícita, cria-se o risco de uma repressão penal que venha a impor uma limitação inadmissível às liberdades ideológico-políticas, constitucionalmente garantidas (DELMANTO, Celso, Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva Educação, 2022, p. 110).

social, as pessoas detêm o mais amplo acesso à informação e a maior liberdade de opinião, nunca vista ou imaginada no século passado.

Os Pais Fundadores não poderiam imaginar tamanha circulação de informações quando da discussão acerca da Primeira Emenda. Holmes e Brandeis não pensaram nessa evolução tecnológica quando da formulação do teste do perigo claro e iminente.

À míngua de uma construção aprofundada do tema, nesse capítulo serão apontados alguns problemas relacionados à liberdade de opinião na era digital. O questionamento que se levanta neste capítulo, portanto, é a possibilidade (ou não) da aplicação da doutrina formulada entre 1919 e 1969, em especial, do teste do perigo claro e iminente, na era das informações digitais e da sociedade dos algoritmos.

3.1 A sociedade dos algoritmos.

Lembra Jack M. Balkin, que existe um ditado no Vale do Silício de que a *Big Data* é o novo Óleo. Esse amplo conjunto de dados é crucial para o desenvolvimento dos algoritmos e da inteligência artificial, e tal qual o óleo fez com que as máquinas trabalhassem na era industrial, os dados promovem o funcionamento da sociedade digital¹⁴¹.

Nas lições de Kai-Fu Lee, os dados treinam o programa de computação para reconhecer padrões, fornecendo muitos exemplos, ao passo que o programa permite a análise desses exemplos em alta velocidade. Os algoritmos *usam grande quantidade de dados de um domínio específico para tomar uma decisão que otimiza o resultado desejado*¹⁴².

Algumas empresas, portanto, são responsáveis pelo armazenamento desses dados e pelo funcionamento da inteligência artificial, de modo que aplicativos de buscas como o Google fornecem à empresa mantenedora não somente os resultados da pesquisa feita pelos usuários, mas suas preferências, localização, padrões de compra, e, como não poderia deixar de ser, seu acesso à informação.

Assim, quanto maior o número de usuários da internet, mais dados serão transmitidos por eles a essas empresas e mais vinculados permanecerão ao seu padrão de dados. Não só, informações pessoais de milhões de usuários ficam sob a custódia de poucas companhias, que possuem, de acordo com o contrato feito entre ela e o usuário, o poder de cancelamento

¹⁴¹ BALKIN, Jack M. **Free speech in the algorithmic society: Big data, private governance, and new school speech regulation**. UCDL Rev., v. 51, p. 1149, 2017

¹⁴² LEE, Kai-Fu. **Inteligência Artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos**. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019, p. 22.

unilateral da conta ou a desmonetização da página, o que inviabiliza, por evidente, a manutenção financeira do interlocutor.

Não bastasse essa limitação do discurso por empresas privadas, os dados armazenados pelas gigantes da tecnologia, como Google e Facebook, podem ser utilizados de forma perigosa, como aponta Balkin¹⁴³.

Primeiro, a tomada de decisões baseadas em algoritmos pode propagar a discriminação em diferentes aspectos da vida das pessoas; segundo, pode haver um espaço de manipulação dos usuários por parte das empresas; e por fim, é possível que as pessoas se adaptem aos algoritmos como forma de evitar o julgamento sobre determinado produto ou aspecto de suas vidas cotidianas. Tudo isso, aponta o autor, será feito sem transparência e sem o devido processo legal.

Essa conjuntura tecnológica põe em debate toda a doutrina da Primeira Emenda formulada no século passado, quando a informação não passava por esse processo de dados. Não só. A doutrina da liberdade de expressão não fora analisada sob a ótica da imensidão do mercado de ideias trazido com as mídias sociais, nem de sua frenética proliferação.

Na plataforma Twitter, por exemplo, é possível encontrar milhares de opiniões diárias, completamente divergentes entre si, fundamentadas e desprovidas de fundamento racional, provenientes de grandes filósofos, juristas e governantes ou do mais humilde cidadão no interior de um povoado. Basta estar conectado.

Tim Wu alerta que a ausência de barreira à publicação do pensamento torna a informação abundante, especialmente quando se trata de assunto controverso. No entanto, os baixos custos da fala mais fácil, paradoxalmente, podem ser utilizados como ferramenta de controle, uma vez que o “discurso barato” pode servir para assediar e silenciar tanto quando para debater e iluminar¹⁴⁴.

O autor argumenta que a jurisprudência da Primeira Emenda ficou obsoleta para a maioria dos desafios do discurso político, por mais difícil que seja admitir. Para ele, se antes era difícil falar, hoje é difícil de ser ouvido. Usando plataformas como Twitter, qualquer pessoa pode disseminar o discurso na internet. Não só. Do discurso barato sobreveio o surgimento da “indústria da atenção”, limitada anteriormente à imprensa e a rede aberta de televisão. Não se

¹⁴³ BALKIN, Jack M. **Free speech in the algorithmic society: Big data, private governance, and new school speech regulation**. UCDL Rev., v. 51, p. 1149, 2017.

¹⁴⁴ WU, Tim. Is the First Amendment Obsolete?. In: BOLLINGER, Lee C, STONE, Geoffrey R. **The Free Speech Century**. New York, NY : Oxford University Press, 2019, p.273.

pode esquecer, ainda, da “bolha de filtro”, ou seja, do pacote personalizado e filtrado disponibilizado aos usuários da rede¹⁴⁵.

Nesse sentido, um efeito do mercado digital de ideias que não se pode deixar de considerar é sua utilização como ferramenta de cerceamento da fala, não somente por parte do Estado, mas também por particulares.

De fato, muitos usuários da rede mundial de computadores, valendo-se do anonimato, da facilidade de acesso, do amplo alcance da comunicação, utilizam a internet para cometer assédios e ataques contra pessoas determinadas, empresas ou governos, com inundação e distorção de informações.

Um equívoco comum, lembrado por Kate Starbird¹⁴⁶, é pensar que a desinformação se limita às informações falsas. No entanto, muitas vezes a informação é parcialmente falsa, como se dá, por exemplo, quando um fato preciso é trazido em contexto enganoso, ou quando uma fotografia real é rotulada erroneamente.

Ainda, imagina-se que a desinformação é patrocinada somente por agentes pagos que produzem conteúdos falsos, os chamados *trolls*, e por contas automatizadas – os *bots*, que os promovem. No entanto, aduz Starbird, que as campanhas envolvem diversos participantes, incluindo os “agentes involuntários” que desconhecem a falsidade e engajam a notícia, especialmente quando o conteúdo se alinha as suas identidades políticas.

Wu exemplifica com um fato visto na atualidade¹⁴⁷ relacionado à questão da utilização, pela Rússia, de uma técnica sistemática de controle da fala com o estabelecimento do chamado “exército de trolls”, que dispara uma sequência de desinformação com vistas à provocar uma resposta emocional. E acrescenta:

*Embora essas técnicas tenham sido usadas internamente na Rússia, elas também foram empregadas contra adversários políticos em outras partes do mundo, inclusive na Ucrânia e em países como a Finlândia, onde trolls atacaram selvagemmente jornalistas que favoreciam a adesão à Organização do Tratado do Atlântico Norte – OTAN (ou questionaram os esforços russos para influenciar essa decisão).*¹⁴⁸

¹⁴⁵ Ibid., p.277.

¹⁴⁶ STARBIRD, Kate. **Disinformation’s spread: bots, trolls and all of us**. Nature, v. 571, n. 7766, p. 449-450, 2019.

¹⁴⁷ No momento em que este capítulo foi escrito, a Rússia invadiu a Ucrânia sob a alegação da existência de neonazistas na região.

¹⁴⁸ WU, Tim. Is the First Amendment Obsolete?. In BOLLINGER, Lee C, STONE, Geoffrey R. **The Free Speech Century**. New York, NY : Oxford University Press, 2019, p.281.

O autor ressalta, ainda, a existência de censura reversa, que consiste na propagação de um volume suficiente de informações para abafar a fala politicamente desfavorecida, com a utilização de notícias falsas utilizadas para distrair e desacreditar o ouvinte e conclui¹⁴⁹:

É obvio que as mudanças nas tecnologias de comunicação apresentarão novos desafios para a Primeira Emenda. Por quase vinte anos, os estudiosos vêm debatendo como a ascensão da internet popular pode desestabilizar o que a Primeira Emenda dá como certo. No entanto, o futuro mantém sua capacidade de surpreender, pois as ameaças emergentes ao nosso ambiente de discurso político são diferentes do que muitos previram. Poucos previram que o próprio discurso se tornaria uma arma de censura. De fato, alguns podem dizer que os celebrantes de canais abertos e irrestritos de expressão na internet (inclusive eu) estão sendo içados em seu próprio explosivo, já que esses mesmos canais são hoje usados como munição contra oradores desfavorecidos. Como tal, os métodos emergentes de controle da fala apresentam um conjunto particularmente difícil de desafios para aqueles que compartilham o compromisso com a liberdade de expressão tão poderosamente articulada na geração fundadora e cada vez mais obsoleta da jurisprudência da Primeira Emenda.

Em “Don’t feed the trolls” (Não alimente os trolls), Rebecca Mackinnon e Ethan Zuckerman¹⁵⁰ relatam o episódio ocorrido em 2012 em que Nakoula Basseley Nakoula, um cristão copta egípcio-americano, utilizando o pseudônimo Sam Bacile, postou um trailer de 14 minutos do vídeo intitulado “Innocence of Muslims” (A inocência dos Muçumanos). O filme foi dublado erroneamente com falas sobre o profeta Maomé, que o retratavam como um pedófilo violento e obcecado por sexo.

Nakoula esperava, de acordo com os autores, que o trailer inflamado fosse visto pelos muçumanos da Califórnia. Para tanto, o anunciou em língua árabe e inclusive alugou um cinema para sua exibição. A publicação não teve sucesso até ser visto por dois oponentes do Islã: o pastor Terry Jones e o ativista copta Morris Sadek, ambos conhecidos por longos registros de provocação anti-islâmica.

Após o engajamento de Terry e Morris, o vídeo chegou ao conhecimento do apresentador egípcio Sheikh Khaled Abdullah, cuja postura é islâmica conservadora, que o publicou na rede de TV Al Nas Television, atrelado com inúmeros ataques aos Estados Unidos.

A partir daí iniciaram-se violentos protestos por todo o Cairo, Dhaka, Cabul e outros lugares da região. Em 11 de setembro daquele ano houve protestos contra a embaixada americana no Cairo e ataques de foguetes em Benghazi, que levaram à morte do embaixador

¹⁴⁹ Ibid., p.291.

¹⁵⁰ MACKINNON, Rebecca; ZUCKERMAN, Ethan. **Don’t feed the trolls**. Index on Censorship, v. 41, n. 4, p. 14-24, 2012.

dos Estados Unidos, Christopher Stephens, e de outros três americanos. Essas ações criminosas foram vistas como atos de retaliação contra o filme, de acordo com Mackinnon e Zuckerman¹⁵¹.

Na terminologia da internet, Nakoula, Terry e Jones são considerados *trolls*, que tentam sequestrar uma discussão, por meio do discurso inflamado, na esperança de provocar uma reação emocional.

Nakoula tinha a nítida intenção de provocar a ira islâmica ofendendo sua figura principal, o Profeta Maomé. O pastor Terry e o copta Jones aproveitaram da existência do vídeo para fomentar o discurso anti-islâmico já propalado por eles anteriormente. O objetivo, desta maneira, foi alcançado.

Interessante mencionar que os protestos não se limitaram ao Oriente Médio e aos Estados Unidos, mas se espalharam por muitos países, inclusive no Brasil, onde a União Nacional das Entidades Islâmicas promoveu ação de indenização contra a empresa Google Brasil Internet Ltda, em razão da hospedagem do vídeo.

A sentença de improcedência foi mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo sob a fundamentação de que em situações limítrofes em que exista conflito entre a liberdade artística e de expressão e a liberdade religiosa, aquela deveria prevalecer¹⁵². O caso chegou ao Supremo Tribunal Federal e decisão no Are nº 953822, o Ministro Marco Aurélio não reconheceu a repercussão geral do tema¹⁵³.

Nesse aspecto, o vídeo “Innocence of Muslims” é um exemplo claro de desinformação na medida em que foi tirado de contexto para ofender a fé islâmica, com o cristalino objetivo de inflamar o discurso e fomentar o ódio entre Estados Unidos e o Oriente Médio. Do vídeo decorreram ataques violentos e manifestação por diversos países.

Ainda assim, Mackinnon e Zuckerman advogam pela permanência do vídeo na plataforma Youtube e explicam:

¹⁵¹ MACKINNON, Rebecca; ZUCKERMAN, Ethan. **Don't feed the trolls**. Index on Censorship, v. 41, n. 4, p. 14-24, 2012

¹⁵² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação nº 0192984-85.2012.8.26.0100. Ementa: *COMINATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO. Pedido de remoção da internet do vídeo intitulado “Inocência dos Muçulmanos”. Conflito entre a liberdade artística e de expressão com a liberdade religiosa. Na colidência de tais princípios, no caso, devem prevalecer os primeiros. Nas situações limítrofes, a liberdade de expressão deve prevalecer. Indenização que, por sua vez, se revela de todo descabida, na medida em que não é dado ao provedor exercer controle ou fiscalização prévia sobre o conteúdo disponibilizado. Sentença confirmada. Recurso desprovido.* Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7052030&cdForo=0>. Acesso em 20, nov, 2022.

¹⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Are nº 953822 AgR/SP. Ementa: REPERCUSSÃO GERAL INADMITIDA –RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MORAIS – OFENSA À IMAGEM – DESPROVIMENTO DO AGRAVO. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4941600>. Acesso em: 20, nov, 2022.

Reconhecendo que os trolls se alimentam de atenção e que muitas vezes sua satisfação é diretamente proporcional ao conflito desnecessário que eles são capazes de criar, é comum que moderadores de plataformas online saúdam os recém-chegados com o aviso “Não alimente os trolls” – em outras palavras, se alguém está tentando incitá-lo, não se incomode em responder, pois sua atenção furiosa é exatamente o que o troll quer. Censurar trolls raramente é bem-sucedido – eles tendem a retornar, ainda mais disruptivos¹⁵⁴ do que antes, usando novos apelidos. Em vez disso, a melhor maneira de silenciar trolls é ignorá-los.

Por mais que existam problemas relacionados a existência de *trolls* e *bots*, que difundem discursos falsos, ou ainda, que inundam a rede com informações irrelevantes para camuflar um ponto importante que poderia ser debatido, é de se reconhecer que não existe, ainda, um mecanismo de controle efetivo que possa filtrar a informação sem usar tal poder de forma autoritária.

3.2 As plataformas de mídia social.

Com mais de 217 milhões de usuários ativos diários monetizáveis alcançada no quarto trimestre de 2021¹⁵⁵, o Twitter, ao lado de Facebook, Instagram, TikTok, Youtube, Whatsapp e Wechat, se apresenta como uma das principais plataformas de mídia social, sendo utilizada por pessoas de todo o mundo, de todas as idades e das mais diversas classes sociais¹⁵⁶.

Dado esse alcance da rede, tornou-se cada vez mais comum governantes e candidatos ao governo se manifestarem por meio do Twitter, seja sobre assuntos privados, seja sobre questões governamentais.

Um caso relacionado ao ex-presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, chamou a atenção (Knight First Amendment Institute at Columbia University v. Donald J. TRUMP, President of the United States, and Daniel Scavino, White House Director of Social Media and Assistant to the President, Defendants–Appellants, Sarah Huckabee Sanders, White House Press Secretary, Defendant (928 F.3d 226 -2019)¹⁵⁷.

¹⁵⁴ MACKINNON, Rebecca; ZUCKERMAN, Ethan. **Don't feed the trolls**. Index on Censorship, v. 41, n. 4, p. 14-24, 2012

¹⁵⁵ VALOR INVESTE. Brasil tem a quarta maior base de usuários do Twitter no mundo. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/internacional-e-commodities/noticia/2022/04/25/brasil-tem-a-quarta-maior-base-de-usuarios-do-twitter-no-mundo.ghtml>. Acesso em 20, nov, 2022.

¹⁵⁶ BBC NEWS BRASIL. Pagando aproximadamente 44 bilhões de dólares, aproximadamente 226 bilhões de reais, o empresário Elon Musk comprou a plataforma Twitter, com o compromisso de respeitar a liberdade de expressão de seus usuários BBC. Elon Musk concluiu a compra do Twitter por US\$ 44 bi e demite executivos. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-63422571>. Acesso em 09, nov, 2022.

¹⁵⁷ SUPREME COURT. **DONALD J. TRUMP, PRESIDENT OF THE UNITED STATES, ET AL., PETITIONERS v. KNIGHT FIRST AMENDMENT INSTITUTE AT COLUMBIA UNIVERSITY, ET AL.**

O então Presidente Donald J. Trump havia bloqueado alguns seguidores de sua página @realDonaldTrump¹⁵⁸, como forma de limitar o acesso de certos usuários ao conteúdo de sua mídia social. Nesse caso, os usuários bloqueados eram incapazes de visualizar, de responder e de retuitar qualquer publicação do ex-Presidente.

Em sua defesa, Trump alegou que o ato de bloquear tratava-se de uma conduta privada, que não implicava violação à Primeira Emenda. O Tribunal de Apelação dos Estados Unidos, Segundo Circuito, sustentou que o funcionário público que utiliza uma conta de mídia social para todos os fins, inclusive políticos, não pode excluir pessoas contrárias à sua atuação.

Em outras palavras, a Corte entendeu que antes da presidência, a conta de Trump constituía um canal de comunicação privada; a partir da posse no cargo, a conta tornava-se pública, cujo *status* permaneceria até a saída do cargo.

Isso porque, fundamentaram os Juízes, a página de internet era utilizada com frequência para anunciar, descrever e defender as políticas adotadas pelo governo, promover as agendas, anunciar decisões oficiais, divulgar visitas de Estado, entre outras atribuições presidenciais, de modo que as publicações eram consideradas “oficiais”, com base da Lei de Registros Presidenciais de 1978¹⁵⁹.

O caso chegou a Suprema Corte (JOSEPH R. BIDEN, JR., PRESIDENTE DOS ESTADOS UNIDOS, et al. v. KNIGHT FIRST AMENDMENT INSTITUTE NA UNIVERSIDADE DE COLUMBIA, et al.), e em 05 de abril de 2021, os Juízes anularam a decisão e remeteram o caso para o Tribunal de Apelações dos Estados Unidos, Segundo Circuito, com instruções para anular o caso¹⁶⁰, em razão da mudança na administração presidencial.

Disponível em: <<https://justlawfulblog.files.wordpress.com/2021/04/knight-first-amendment-inst-at-columbia-univ-v-trump-928-f3d-226-2nd-cir-2019.pdf>> . Acesso em 18 jul, 2022.

¹⁵⁸ Referida conta foi deletada pelo Twitter em 12/01/2021 e restabelecida em novembro de 2022, após a aquisição do Twitter pelo empresário Elon Musk.

¹⁵⁹ *A Lei de Registros Presidenciais de 1978 estabeleceu propriedade pública do Presidente registros oficiais. 44 USC § 2202. Segundo essa lei, "Registros presidenciais" incluem documentos materiais criados pelo presidente "no curso de realizar atividades que se relacionam com ou têm um efeito sobre o cumprimento constitucional, deveres estatutários ou outros oficiais ou cerimoniais do Presidente." Id. § 2201. O estatuto autoriza o Arquivista dos Estados Unidos para "manter e preservar os registros presidenciais em nome do Presidente, incluindo registros em digital ou formulário eletrônico. " Id. § 2203. Consequentemente, o Administração Nacional de Arquivos e Registros informou a Casa Branca que o presidente tweets são "registros oficiais que devem ser preservados sob a Lei de Registros Presidenciais."*

JUSTLAWFULBLOG. **Knight First Amendment Inst. At Columbia Univ. v. Trump, 928 F.3d 226 (2nd Cir. 2019)**. Disponível em: <<https://justlawfulblog.files.wordpress.com/2021/04/knight-first-amendment-inst-at-columbia-univ-v-trump-928-f3d-226-2nd-cir-2019.pdf>> . Acesso em 18 jul, 2022.

¹⁶⁰ 928 F.3d 226 (2019).

Apesar da Corte não ter julgado o mérito da ação, o Juiz Clarence Thomas apresentou sua manifestação concordando com a anulação e apresentando algumas observações sobre o caso, especialmente no que concerne às empresas privadas mantenedoras de contas de rede social¹⁶¹:

Os entrevistados apontam, por exemplo, que alguns aspectos da conta do Sr. Trump se assemelham a um fórum público protegido constitucionalmente. Mas parece bastante estranho dizer que algo é um fórum do governo quando uma empresa privada tem autoridade irrestrita para acabar com isso. A disparidade entre o controle do Twitter e o controle do Sr. Trump é gritante, para dizer o mínimo. Trump bloqueou várias pessoas de interagir com suas mensagens. O Twitter proibiu o Sr. Trump não só de interagir com alguns usuários, mas o removeu de toda a plataforma, impedindo assim que todos os usuários do Twitter interagissem com suas mensagens. Sob seus termos de serviço, o Twitter pode remover qualquer pessoa da plataforma — incluindo o presidente dos Estados Unidos — "a qualquer momento, por qualquer motivo ou não". Twitter Inc., Contrato de Usuário (a partir de 18 de junho de 2020).

O Juiz argumentou, ainda, que a interpretação do Segundo Circuito de que a página do então Presidente se tratava de fórum público não estava correta, pelo simples fato de que não havia controle da plataforma pelo governo.

Nesse ponto, como o controle da conta estava integralmente nas mãos da empresa Twitter, já que os administradores poderiam, inclusive, deletar a conta do usuário como efetivamente ocorreu com a conta de Trump, a doutrina da Primeira Emenda não poderia ter sido aplicada ao caso:

(...) Uma pessoa controla o Facebook (Mark Zuckerberg), e apenas duas controlam o Google (Larry Page e Sergey Brin).

(...)

Assim como com um utilitário de comunicação, essa concentração dá a algumas plataformas digitais um enorme controle sobre a fala. Quando um usuário ainda não sabe exatamente onde encontrar algo na Internet — e os usuários raramente sabem — o Google é o guardião entre esse usuário e a fala de outros 90% das vezes. Ele pode suprimir o conteúdo desindexando ou baixando um resultado de pesquisa ou afastando os usuários de determinado conteúdo alterando manualmente os resultados de preenchimento automático. Grind, Schechner, McMillan, & West, Como o Google interfere com seus algoritmos de pesquisa e muda seus resultados, Wall Street Journal, 15 de novembro de 2019. Facebook e Twitter podem reduzir muito o fluxo de informações de uma pessoa por meios semelhantes. E, como distribuidora da clara maioria dos e-books e cerca de metade de todos os livros físicos, a Amazon pode impor consequências cataclísmicas aos autores, bloqueando, entre outras coisas, uma listagem.

(...)

Não muda nada que essas plataformas não sejam o único meio de distribuir fala ou informação. Uma pessoa sempre poderia optar por evitar a ponte de

¹⁶¹ 928 F.3d 226 (2019).

pedágio ou trem e, em vez disso, nadar o rio Charles ou caminhar pela Trilha do Oregon. Mas ao avaliar se uma empresa exerce um poder de mercado substancial, o que importa é se as alternativas são comparáveis. Para muitas das plataformas digitais de hoje, nada é.

O Juiz Thomas terminou sua argumentação esclarecendo que se o objetivo do Segundo Circuito fosse evitar que o então Presidente restringisse o discurso usando os recursos do Twitter, então os juízes deveriam se preocupar também com a própria plataforma digital dominante:

O Segundo Circuito temia que o então presidente Trump cortasse o discurso usando os recursos que o Twitter disponibilizou para ele. Mas se o objetivo é garantir que a fala não seja sufocada, então a preocupação mais gritante deve ser a própria plataforma digital dominante. Como o Twitter deixou claro, o direito de cortar o discurso está mais poderosamente nas mãos de plataformas digitais privadas. A extensão em que esse poder importa para fins da Primeira Emenda e até que ponto esse poder poderia ser legalmente modificado levantam questões interessantes e importantes. Esta petição, infelizmente, não nos dá oportunidade de confrontá-los.

A questão, como se vê, não é simples. Uma plataforma como o Twitter, que mantém sob custódia a conta de milhões de usuários, inclusive de presidentes de países que utilizam do espaço para manifestações públicas e privadas, deve respeitar a Primeira Emenda e permitir a utilização da rede de forma a publicar todo tipo de conteúdo, inclusive discriminatórios e mentirosos, ressalvado, evidentemente os criminosos?

Não só, é admitido, à luz da Primeira Emenda, que uma rede de mídia social como o Twitter, possa excluir contas, de forma unilateral, por violação às regras da plataforma? Qual a responsabilidade da plataforma sobre as publicações de seus usuários?

Se o Estado Americano permite manifestações racistas, a plataforma de mídia pode retirar o conteúdo por violação às suas próprias normas internas? Essas são, sem dúvida alguma, as questões do século XXI no que se refere à liberdade de expressão.

Monika Bickert lembra que nos Estados Unidos, de acordo com a Seção 230 (c) das *Communications Decency Act*, as empresas de mídia social não são tratadas como editores e palestrantes de conteúdo postado por seus usuários, de modo que esses intermediários não possuem responsabilidade pelas publicações e não precisam rastrear cada postagem¹⁶².

¹⁶² BICKERT, Monika. Defining the Boundaries of Free Speech on Social Media. In: BOLLINGER, Lee C, STONE, Geoffrey R. **The Free Speech Century**. New York, NY : Oxford University Press, 2019, p.254.

De acordo com a referida seção¹⁶³, é política dos Estados Unidos assegurar a aplicação vigorosa das leis penais federais para dissuadir e punir o *tráfico de obscenidade, perseguição e assédio por meio do computador* (47 U.S. Code § 230, b (5)).

Ainda, o item *c* trata da responsabilidade das plataformas, e além de afastar da empresa a responsabilidade pelos conteúdos postados, defere à página ampla liberdade para restringir material que entenda censurável. Eis o teor do 47 U.S. Code § 230, c (2):

A - Qualquer ação voluntariamente tomada de boa-fé para restringir o acesso ou a disponibilidade de material que o provedor ou usuário considere obsceno, lascivo, imundo, excessivamente violento, assediador ou de outra forma censurável, independentemente de tal material ser ou não protegido constitucionalmente; ou

B – Qualquer ação tomada para permitir ou disponibilizar aos fornecedores de conteúdos de informação ou a terceiros os meios técnicos para restringir o acesso ao material descrito no n.º 1.

Como se vê, de acordo com *Communications Decency Act*, é possível a rede social estabelecer sua política de utilização da plataforma e de restringir qualquer publicação que entender necessária, ainda que a manifestação seja assegurada pela Primeira Emenda.

3.3 É possível a aplicação do teste às plataformas de mídia social?

Basicamente, as diferenças de uma manifestação considerada subversiva no século passado para uma manifestação considerada subversiva na atualidade são o alcance e a velocidade da informação.

Apesar de circunstâncias excepcionais como as vivenciadas neste momento com a pandemia do novo coronavírus, que gera a Covid-19, e com a guerra entre Ucrânia e Rússia, os conflitos bélicos (especialmente as atrocidades da Segunda Guerra), os problemas econômicos, o racismo e o preconceito, todos vivenciados ao longo do século XX, são, miseravelmente, superiores.

À primeira vista pode parecer que as mudanças das tonalidades da liberdade de expressão com a propagação do discurso na era digital não se adequam ao pensamento desenvolvido no século XX. No entanto, nada de extraordinário, comparado ao século das grandes guerras, aconteceu, que mereça a superação do precedente *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

¹⁶³ 47 U.S. Code § 230 - Proteção para bloqueio privado e triagem de material ofensivo <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230>

Em 1763 Voltaire se comoveu com o julgamento de Jean Calas, que foi condenado injustamente ao suplício da roda, por supostamente ter assassinado seu próprio filho. Tudo indicava que o filho de Calas, Marc-Antoine, havia se suicidado.

No entanto, a tragédia recaiu sobre toda a família do falecido, declarada culpada pela morte dele. A injustiça se instalava por intolerância religiosa, já que Calas era protestante e seu filho havia se convertido ao catolicismo. Calas não se importava com a questão religiosa de seu filho. No entanto, com o jovem morto, não havia dúvidas: o pai o havia matado por ódio à religião católica.

Voltaire escreve, diante desse contexto, sua obra intitulada *Tratado sobre a Tolerância*, em que não somente relata os meandros do referido julgamento, como demonstra o quão perniciosas se mostram a intolerância religiosa e a censura à opinião.

No Capítulo VI, escrito em quatro parágrafos, denominado *Se a tolerância é direito natural e de direito humano*, assim se disse:

O direito natural é aquele que a natureza indica a todos os homens. Criastes vosso filho, ele vos deve respeito como a seu pai, reconhecimento como a seu benfeitor. Tens direito às produções da terra que cultivastes com vossas mãos. Fizestes e recebestes uma promessa, ela deve ser cumprida.

O direito humano não pode ser fundado, em nenhum caso, senão sobre esse direito da natureza. O grande princípio, o princípio universal de ambos, é, em toda a Terra, o seguinte: “Não faz para o outro aquilo que não gostarias que fizessem a ti”. Ora, não vemos como, seguindo este princípio, um homem poderia dizer ao outro “acredita nisto em que eu acredito e no que não podes acreditar, ou então morrerás”. É isso o que dizem em Portugal, na Espanha, em Goa. Limitaram-se, atualmente, a dizer em alguns países: “Crê, ou repugnar-te-ei. Crê ou farei a ti todo mal que puder. Monstro, não tens minha religião, então não tens religião alguma. Deves ficar em horror para teus vizinhos, para tua cidade, para tua província”.

Se fosse do direito humano comportar-se dessa maneira, então o japonês deveria detestar o chinês, que execraria o siamês, este perseguiria os gangarides, que cairiam sobre os habitantes do Indo. Um mongol arrancaria o coração do primeiro malabar que encontrasse, o malabar poderia degolar o persa, que poderia massacrar o turco. E todos esses, juntos, lançar-se-iam contra os cristãos que estão por tanto tempo devorando-se uns aos outros.

O direito da intolerância é, pois, absurdo e bárbaro. É o direito dos tigres, e bem mais horrível, pois os tigres só atacam para comer, e nós nos exterminamos por conta de parágrafos¹⁶⁴.

No fim do século XVIII Voltaire se convenceu que a tolerância deveria ser fomentada e que a intolerância decorrente da opinião era absurda e bárbara. No decorrer de sua obra, em parte alguma o autor demonstrou que a violência e a injustiça decorriam da manifestação do pensamento, mas tão somente da intolerância em conviver com pensamentos divergentes.

¹⁶⁴ VOLTAIRE. *Tratado sobre a Tolerância*. São Paulo: Edipro, 2017, p. 35.

Na medida em que a opinião é tão somente uma opinião, por mais diversa que possa se apresentar, ela continua sendo uma opinião, guardadas, evidentemente a responsabilidade nos casos de injúria, calúnia e difamação.

O que passa disso, ainda é manifestação do pensamento, por mais absurda que a ideia possa parecer. Brandeis reconheceu no século passado que o remédio para a desinformação era mais informação, e não a censura do pensamento.

No entanto, é difícil, não se pode negar, a convivência com discursos racistas e nazistas, por exemplo, é aflitivo pensar que alguém seja capaz de sair às ruas para manifestar contra a democracia, ainda que amparado pelo direito à livre manifestação do pensamento.

Não só. Qual o risco dessa tolerância resultar em intolerância nos indivíduos? Qual o perigo da propagação desenfreada desse tipo de discurso? Tudo isso é questão que bate às portas da Cortes dos países democráticos, e de forma especial, da Corte Americana, que até o presente momento, ainda mantém os precedentes do século passado, possibilitando manifestações públicas de pensamentos considerados abomináveis.

Lee C. Bollinger também não ignora os problemas acima apresentados, especialmente quando se trata da crescente prevalência de notícias falsas destinadas a enganar os cidadãos¹⁶⁵. O desafio para ele, no entanto, consiste no que fazer a esse respeito.

Em sua visão, a primeira abordagem seria na educação dos cidadãos americanos sobre o perigo das “fake news” e a necessidade de buscar informações por meio de fontes mais confiáveis.

A segunda circunscreveria na obrigação das plataformas como Twitter, Facebook e Google de removerem conteúdos falsos. No entanto, há dois problemas nisso: primeiro, o fardo extraordinário de rastrear bilhões de mensagens postadas por dia; segundo, dar-lhes autoridade para determinar quais informações são falsas e quais são verdadeiras, poria em algumas plataformas um poder de regular o discurso, o que afetaria, por consequência, a democracia.

A terceira opção seria criminalizar a postagem intencional de notícias falsas. Todavia, de acordo com a jurisprudência da Suprema Corte, essa abordagem vai de encontro à Primeira Emenda, já que deferiria aos funcionários do governo a decisão sobre informações seriam criminalizadas e quais seriam ignoradas, com a possibilidade de intervenção judicial contra seus críticos e inércia em relação aos seus apoiadores. Bollinger conclui seu pensamento afirmado que:

¹⁶⁵ BOLLINGER, Lee C, STONE, Geoffrey R. **The Free Speech Century**. New York, NY : Oxford University Press, 2019, p.296.

Assim, chegamos a conclusão do primeiro Século da Liberdade de Expressão com um extraordinário corpo de conhecimento e experiência para nos basear, com um amplo conjunto de narrativas e histórias que são shakespearianas em seu envolvimento dramático e com uma intrincada teia de doutrina jurídica que lista e excita nossos intelectos enquanto conecta nossas mentes às mais profundas aspirações humanas. De muitas maneiras, é uma feliz coincidência que a ideia de liberdade de expressão e de imprensa tenha sido formulada principalmente no contexto do direito constitucional e do judiciário. Nossos pensamentos sobre grandes ideias se beneficiam de serem fundamentadas em controvérsias da vida real, envolvendo pessoas e instituições reais e apresentando escolhas difíceis com consequências reais. Os juízes devem lutar não apenas com as decisões a serem tomadas, mas também com a redação de pareceres que explicarão o que e por que o tribunal fez o que fez e por que tudo se encaixa no corpo da jurisprudência pré-existente. Também é notável que nossas decisões mais memoráveis e consequentes da Primeira Emenda tenham surgido em tempos de crises nacionais, quando as paixões estão no auge e quando o comportamento humano está em plena exibição no seu pior e no seu melhor, em tempos de guerra e quando movimentos sociais importantes estão em ascensão. A liberdade de expressão e de imprensa explora os elementos mais essenciais da vida – como pensamos, falamos, nos comunicamos e vivemos dentro da política. Não é de admirar que sejamos atraídos repetidas vezes para o seu mundo¹⁶⁶.

Cass Sunstein aponta para o fato de que as circunstâncias em que o teste do perigo claro e iminente se formou raramente existem na atualidade, no entanto, é possível sua aplicação às publicações na era digital? Como exemplo, Sunstein traz a convocação para atos violentos, como chamadas para derrubar o governo, para matar policiais ou fazer algum tipo de revolução, quando há probabilidade de dano e não exista outra forma de evitá-lo. Nesse caso, a aplicação do teste seria perfeitamente possível.

Há casos, no entanto, em que o dano das publicações não é provável, nem iminente, e o risco é futuro e distante. Suponha, diz Sunstein, que em dez anos haja uma chance significativa de dois ataques terroristas, cada um produzindo pelo menos duzentas mortes. Suponha, ainda, que se o discurso de recrutamento terrorista for banido, metade desses ataques seria evitado.

Nesse caso, não obstante a inaplicabilidade do teste por ausência dos requisitos, o cálculo do custo-benefício poderia favorecer à restrição do discurso (aplicando ao caso uma abordagem conforme *Dennis v. United States* (341 U.S. 494 - 1950)). Nas suas palavras:

Não pretendo pressionar nenhuma afirmação empírica aqui. Mas com este esboço dos melhores argumentos para o teste do perigo claro e presente, podemos ver que, sob suposições imagináveis, ele teria custos líquidos inaceitavelmente altos. Se o risco de viés institucional pudesse ser contido e se o teste permitisse a ocorrência de atos horríveis, então Dennis seria melhor. É difícil dizer que o teste de perigo claro e iminente tenha causado danos ao longo dos últimos cinquenta anos. Mas não é implausível dizer que

¹⁶⁶ Ibid., p.297.

*isso causará danos nos próximos cinquenta. No contexto do terrorismo, se essa possibilidade justifica algo mais como Dennis, ou talvez semelhante ao teste de incitação de Hand, é pelo menos uma pergunta que vale a pena fazer*¹⁶⁷.

Apesar da problemática do discurso terrorista e da utilização da internet para cooptação de jovens para atentados isolados, a aplicação do precedente de *Dennis* não parece a melhor solução.

Conforme mencionado no capítulo segundo, o precedente foi superado pela decisão proferida no caso *Yates v. United States* 354 U.S. 298 (1957), quando a Corte reconheceu que a Lei Smith não proibia a advocacia e o ensino da derrubada forçada do governo como princípio abstrato, divorciado de qualquer esforço ou ação efetiva. Ou seja, o discurso, por mais problemático que se apresente, se não tiver uma ação efetiva, não pode ser restringido.

É inegável que os serviços de inteligência, quando rastreiam publicações de grupos terroristas, conseguem desmantelar ações preparatórias de possíveis ataques, o que por si só afasta a proteção da Primeira Emenda.

Ainda, na ocasião do julgamento de *Dennis*, o Juiz William Douglas lembrou que a contenção da liberdade de expressão deve ser baseada em mais do que medo, de modo que se não tiver uma ação, ou princípio de ação vinculado ao discurso, a restrição pode causar mais danos no fim da equação.

A tese do custo-benefício trazida por Sunstein estabelece que quando não houver requisitos para a aplicação do teste do perigo claro e iminente, a alternativa seria a análise do custo-benefício do discurso.

No entanto, e evidentemente, nenhum benefício pode ser vislumbrado em um discurso terrorista. A análise do custo-benefício, seria feita, portanto, em relação à democracia, ou seja, qual seria o custo-benefício da restrição da manifestação do pensamento baseada no medo, quando inexistisse qualquer ato ou princípio de ato para a execução do dano. Caso analisado sob essa perspectiva, é perfeitamente possível a aplicação do teste.

¹⁶⁷ SUNSTEIN, Cass R. Does the Clear and Present Danger Test Survive Cost-Benefit Analysis?. In: BOLLINGER, Lee C, STONE, Geoffrey R. **The Free Speech Century**. New York, NY : Oxford University Press, 2019, p.175.

3.4 As diferentes perspectivas sobre a liberdade de expressão no Brasil e nos Estados Unidos.

Quando se fala em liberdade de expressão e toda a discussão que dela decorre, pode parecer, à primeira vista, que as questões levantadas se apresentam de forma semelhante nos países democráticos. No entanto, essa impressão inicial se esvai quando a doutrina é analisada sob a ótica da maturidade da democracia.

No próximo capítulo serão abordadas a aplicação do teste do perigo claro e iminente no Brasil, a jurisprudência brasileira contemporânea ao surgimento do teste e as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, que restringiram publicações nas plataformas de mídia social, com determinação para que páginas como Twitter, Youtube e Facebook, suspendessem determinadas contas.

A discussão que emerge nos Estados Unidos não é essa. Lá, não há questionamentos sobre a interferência do Governo nas plataformas digitais. Em verdade, quando a Suprema Corte fora confrontada acerca da suspensão da conta do ex-presidente Donald Trump do Twitter, ela nem adentrou na possibilidade de interferência do Estado na liberdade da empresa.

Conforme dito acima, a 47 U.S. Code § 230 das *Communications Decency Act*¹⁶⁸ estabelece, em síntese, que as plataformas de mídia social não possuem responsabilidade pelo conteúdo publicado por seus usuários e que elas podem formular suas próprias normas em relação ao conteúdo que poderá ser veiculado, com poder de suspensão unilateral da conta ou a retirada da publicação por violação ao seu estatuto.

Ressalvado o dever de assegurar a aplicação das leis penais federais para dissuadir e punir o tráfico de obscenidade, a perseguição e o assédio por meio do computador (Seção 230 b), empresas como o Twitter tem ampla liberdade para restringir publicações contra a democracia, que apoiam discursos discriminatórios ou contra o meio ambiente, que instiguem as pessoas a não se vacinarem contra a Covid-19.

É a liberdade da empresa e essa a chave da discussão norte-americana. É possível, nesse sentido, que uma plataforma de mídia social restrinja um conteúdo quando a própria Primeira Emenda o protege?

É concebível que Mark Zuckerberg, proprietário do Facebook, Instagram e WhatsApp, Sergey Brin e Larry Page, donos do Google (que é detentor do Youtube) e Elon Musk, dono do Twitter, possam restringir uma publicação de suas plataformas, cujos locais nasceram com o

¹⁶⁸ 47 U.S. Code § 230.

objetivo de oferecerem um fórum para uma verdadeira diversidade do discurso político, com oportunidades únicas para o desenvolvimento cultural e uma miríade de vias para a atividade intelectual, como dispôs a Seção (a), 3, do 47 U.S. Code § 230?

Essas quatro pessoas detentoras dessas plataformas, que guardam, em seus computadores, dados de milhões de usuários de todo o mundo, podem restringir determinado conteúdo e, por consequência, delimitar e conduzir a informação?

Perceba que a discussão sobre discursos de ódio, informações falsas, direcionamento do discurso, tudo está pautado na liberdade de expressão trazida na Primeira Emenda e na liberdade das empresas detentoras de mídias sociais.

No Brasil estamos na retaguarda da discussão. Aqui ainda se questiona sobre a interferência do Estado na liberdade de expressão, o que já se encontra superado há muito nos Estados Unidos. Daí porque ainda é aplicado o precedente de *Brandenburg*.

É impensável, naquele país, que a Suprema Corte determine a retirada de qualquer publicação de uma plataforma de mídia social, sem que haja outros elementos que não seja o discurso pelo discurso. O Estado, nos Estados Unidos, não faz parte da equação.

Esse capítulo, à míngua de uma análise aprofundada sobre a sociedade dos algoritmos e das Big Techs, pretendeu trazer a grande problemática em relação à liberdade de expressão na era digital.

Após a análise desse capítulo, não obstante o complexo problema vivenciado na atualidade, foi possível compreender a discussão sobre a doutrina da Primeira Emenda e sua aplicabilidade na era digital, na sociedade dos dados e das Big Techs. No próximo capítulo será analisado o teste do perigo claro e iminente à luz da Constituição e da jurisprudência brasileiras.

4 O TESTE DO PERIGO CLARO E IMINENTE E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.

Como explanado nos capítulos anteriores, a discussão sobre a liberdade de expressão norte-americana, em especial sobre a livre manifestação do pensamento político, transcende as fronteiras do país, dada a proteção do discurso trazida na Primeira Emenda e confirmada pela Suprema Corte, de modo que os estadunidenses conservam generosas bases para debates sobre governo, democracia, sistema de justiça, além de temas que por vezes não desfrutam do mesmo espaço de deliberação em países democráticos, como o racismo e o nazismo.

Há de se ressaltar, novamente, que as particularidades que envolvem a Primeira Emenda não foram uma predição dos Pais Fundadores, já que inimaginável para a época o alcance da informação. Nem mesmo Holmes ou Brandeis, é bem verdade, poderiam conjecturar que o “the marketplace of ideas” ganharia a dimensão atual.

É possível afirmar, ainda, que as principais bases da doutrina da liberdade de expressão americana foram firmadas a partir de 1919, após a entrada dos Estados Unidos na Primeira Grande Guerra, sendo reformuladas ao longo do século XX pela Suprema Corte, cujo desenvolvimento foi sustentado pela *common law* e pelo sistema jurídico de precedentes.

No entanto, apesar de bem delineados os limites do governo na restrição do discurso, no capítulo anterior foram levantadas questões envolvendo a internet e o debate atual sobre os algoritmos, robôs e a custódia dos dados em poder de poucas pessoas, temas estes que inauguram uma nova abordagem da Primeira Emenda.

Apesar de perspectivas diferentes, a liberdade de expressão também é tema de intensos debates em solo brasileiro, dadas as disposições constitucionais acerca do assunto e, especialmente, o tratamento dispensado atualmente pelo Supremo Tribunal Federal ao tema.

Neste capítulo, portanto, serão abordadas duas decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas na Ação Penal nº 1044 e no Inquérito nº 4781, e uma do Tribunal Superior Eleitoral, decidida na Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 11527. Nelas, será aplicado o teste do perigo claro e iminente, nos parâmetros estabelecidos em *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

Antes disso, porém, necessário trazer algumas considerações sobre a jurisprudência brasileira contemporânea ao teste de Holmes.

4.1 A jurisprudência brasileira entre 1919 e 1969.

Diferentemente da Suprema Corte Americana que arquitetou a doutrina da Primeira Emenda com fundamento na Constituição de 1787 e na Declaração de Direitos de 1791, o Supremo Tribunal Federal, no mesmo período, passou por cinco Constituições (1891, 1934, 1937, 1946 e 1967), com intervalos democráticos e ditatoriais.

Contemporâneo a *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, de 03 de março de 1919, o Supremo Tribunal Federal, em 05 de abril de 1919, sob a presidência do Ministro Hermínio

Francisco do Espírito Santo¹⁶⁹, concedia *habeas corpus* ao então Senador Ruy Barbosa e a outras pessoas ligadas a ele, para que pudessem se reunir livremente no Estado da Bahia, principalmente na Cidade de Salvador.

Ruy Barbosa e outros correligionários estavam sofrendo perseguição política por parte do Chefe de Polícia, Dr. Álvaro Cova, com a aquiescência do governador do Estado, sendo impedidos de exercer o direito de reunião e de manifestação do pensamento. A decisão da Corte foi proferida oito dias antes das eleições presidenciais e assim concluiu:

Considerando que a Constituição Federal expressamente preceitua que “a todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.” (Art. 72, § 8º); Considerando que em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determina.” (Art. supra citado, § 12). Considerando que “não se considera sedição ou ajuntamento ilícito a reunião pacífica e sem armas do povo nas praças públicas, teatros e quaisquer outros edifícios ou lugares convenientes para exercer o direito de discutir e representar sobre os negócios públicos.” (Cod. Penal, art. 123), exatamente o fim para que é impetrado o presente habeas corpus; Considerando, finalmente, que à polícia não assiste, de modo algum, o direito de localizar meetings ou comícios; porque, “para o uso dessa faculdade (a supra transcrita) não é necessária prévia licença da autoridade policial, que só poderá proibir a reunião anunciada, no caso de suspensão das garantias constitucionais, (o que se não verifica na espécie) e ainda em tal caso, “limitada a sua ação a dissolver a reunião, guardadas as formalidades da lei e sob as penas nela cominadas”. (Cod. Penal, parágrafo único do art. 123, supra transcrito). Acordam em Supremo Tribunal Federal, nos termos supra, conceder a presente ordem de habeas corpus ao sr. senador Ruy Barbosa e a todos os indivíduos mencionados nominalmente na petição de fls. 2 e no princípio deste Acórdão, para que possam exercer, na capital do Estado da Bahia e em qualquer parte dele, o direito de reunião, e mais, publicamente, da palavra nas praças, ruas, teatros e quaisquer recintos, sem obstáculos de natureza alguma, e com segurança de suas vidas e pessoas, realizando os comícios que entenderem necessários e convenientes à 5 propaganda da candidatura do impetrante à sucessão do Presidente da República, sem censura e sem impedimento de qualquer autoridade local ou da União¹⁷⁰

¹⁶⁹ MIGALHAS. Hermínio Francisco do Espírito Santo foi nomeado Ministro do STF em 1894. *Filho do Capitão Vicente Antônio do Espírito Santo e D. Francisca Fausta do Espírito Santo, Herminio nasceu em 9 de maio de 1841, na capital da província de Pernambuco. (...) Nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, para a vaga proveniente da aposentadoria de Esperidião Eloy de Barros Pimentel, em decreto de 19 de setembro de 1894, tomou posse, mediante procuração outorgada a Fábio Augusto Bayma, perante o Tribunal, em 17 de novembro de 1894. Nesse Tribunal, foi eleito Vice-Presidente, em 2 de maio de 1908, e Presidente, em 4 de janeiro de 1911, sendo reconduzido até 1924, ano em que faleceu. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/141462/herminio-francisco-do-espírito-santo-foi-nomeado-ministro-do-stf-em-1894>. Acesso em 24, out, 2022.*

¹⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 4.781. Ementa: *O Supremo Tribunal Federal é competente para conceder, originariamente, a ordem de “habeas corpus”, no caso de imminente perigo de consumir-se a violência antes de outro Tribunal ou juiz poder tomar conhecimento da espécie em primeira instância. O “habeas-corpus” é competente para proteger o direito de livre reunião. polícia não pôde, de modo algum, desde que se não trate do ajuntamento ilícito, proibir “meetings” ou comícios e nem tão pouco localizalos,*

Enquanto Holmes limitava a manifestação dos cidadãos contrários à guerra, impedindo-os distribuir folhetos aos soldados recentemente recrutados, sob o fundamento de que as palavras protegidas habitualmente pela Primeira Emenda poderiam ser restringidas se usadas em circunstâncias específicas que criassem um perigo claro e atual, o Supremo Tribunal Federal conferia amplo direito de reunião pacífica, liberdade de manifestação do pensamento e proibição de censura prévia.

Não só. Dezesete dias após *Dennis v. United States* (341 U.S. 494 – 04/02/1950), o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Antônio Carlos Lafayette de Andrada¹⁷¹, absolveu Maria Alves Ferraz, Luiz Pedro Prada e Justiniano José de Menezes, condenados nas instâncias inferiores como incurso no art. 3º, item 9º, do Decreto-lei 431 de 1938, porque distribuíram, na cidade de Limeira, Estado de São Paulo, o folheto intitulado “O Operário”.

Na decisão, a Corte assim decidiu:

Não encontrei prova de que eles incitassem ódio entre as classes ou estivessem instigando à luta pela violência. É certo que na residência dos réus foram encontrados, mas a leitura desses boletins não me convenceu, pudessem ser incluídos em quaisquer dos preceitos referidos. São críticas fortes ao Governo, são apelos de paz, gritos contra a guerra, contra os impostos. Não encontrei neles uma propaganda contra a segurança do estado ou contra a ordem política e social. Não os tenho como subversivos¹⁷².

Ainda, em outubro de 1955, no Recurso Extraordinário nº 27.234¹⁷³, sob a relatoria do Ministro Mário Guimarães, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as publicações estrangeiras que estavam circulando no país eram exageradas, e embora elogiativas ao mundo

isto é, determinar que só se possam effectuar em logares por ella designados. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630166>. Acesso em 24, out, 2022.

¹⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ANTONIO CARLOS LAFAYETTE DE ANDRADA nasceu em 23 de março de 1900, na cidade de Barbacena, Estado de Minas Gerais, filho do Embaixador José Bonifácio de Andrada e Silva e de D. Corina Lafayette de Andrada. Ingressando na Magistratura, ocupou os cargos de Juiz de Direito da 7ª Vara Criminal (1934) e da 2ª Vara de Órfãos e Sucessões (1940). Promovido a Desembargador do Tribunal de Apelação do antigo Distrito Federal (1943), integrou a 2ª Câmara Criminal (1943) e a 3ª Câmara Cível (1944). Nomeado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, participou, como Juiz, do Tribunal Superior Eleitoral (1945). Foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal por decreto de 1º de novembro de 1945, do Presidente José Linhares, na vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Eduardo Espinola, e tomou posse no cargo em 8 do mesmo mês. Foi aposentado por decreto de 3 de fevereiro de 1969. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/ministro/presidente.asp?periodo=stf&id=148>>. Acesso em 10, out, 2022.

¹⁷² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Apelação Criminal .1.436 São Paulo, Relator Ministro Lafayette de Andrada, julgada em 10/08/1950 Ementa: *Lei 431 de 1948. Sua interpretação. Quando se caracteriza o crime contra as instituições. Provas.* Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25136>>. Acesso em 10, out, 2022.

¹⁷³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 27.234 – São Paulo, Relator: Ministro Mário Guimarães. Julgado em 24/10/1955. Ementa: Não pode ser proibida a entrada, no país, de publicações estrangeiras que, embora elogiando o regime soviético, não contenham expressões que animem, por qualquer forma, a revolução. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=128242>. Acesso em 02, nov, 2022.

soviético, não era possível taxá-las de contrárias à ordem pública, já que nenhum plano de subversão nelas se vislumbrava (*Não pode ser proibida a entrada, no país, de publicações estrangeiras que, embora elogiando o regime soviético, não contenham expressões que animem, por qualquer forma, a revolução*).

Na medida, portanto, em que a Suprema Corte Americana limitava sobremodo o discurso, considerando legítima a intervenção Estatal contra grupos que advogavam a derrubada violenta do Governo, mesmo que não houvesse uma ação efetiva prestes a ser executada, o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, entendia que os folhetins apreendidos em poder dos acusados traziam fortes críticas ao governo, gritos contra a guerra, contra os impostos, mas não eram, definitivamente, subversivos.

Por fim, dois anos antes da decisão proferida em *Branderburg. V. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), que estabeleceu a doutrina da liberdade de expressão aplicada aos dias atuais, acrescentando ao teste do perigo claro e iminente o teste do discurso de alto e baixo valor a produzir o resultado, o Supremo Tribunal Federal fazia acalorada defesa da liberdade de expressão.

Nos autos do Habeas Corpus nº 44.002 do Paraná, a Corte, sob a relatoria do Ministro Victor Nunes Leal¹⁷⁴, entendeu que dizer em público “Os gorilas que, por ora, estão no Poder, aliados, mandados pelos americanos, enviaram tropas brasileiras, constituídas em sua maioria de homens inocentes, para a República Dominicana, desrespeitando a auto-determinação dos povos”, não configurava crime definido na Lei de Segurança, *muito menos a que se caracteriza pelo ânimo de fomentar a discórdia social*¹⁷⁵.

Nos casos acima relatados não há menção a qualquer teste, especialmente do perigo claro e iminente. A pesquisa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi baseada nas palavras “liberdade de expressão”. No entanto, o que se verificou nos resultados apurados foi a aplicação dos requisitos do teste americano.

Não só. Após analisados esses três casos contemporâneos ao teste do perigo claro e iminente, é possível concluir que o Supremo Tribunal Federal resguardava o direito individual

¹⁷⁴ Victor Nunes Leal nasceu em Carangola, Minas Gerais, em 11 de novembro de 1914, estudou na Universidade Federal do Rio de Janeiro e foi nomeado para o Supremo Tribunal Federal em 1960, cargo que ocupou até 1969. É autor do livro *Coronelismo, Enxada e Voto*, publicado em 1948.

¹⁷⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 44.002 Paraná, Relator Ministro Victor Nunes Leal, julgado em 03 de abril de 1967. Ementa: Liberdade de Expressão. Discurso ofensivo, mas que não configura crime contra a segurança. Falta justa causa para a ação penal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=59399>. Acesso em: 10, ou, 2022.

da livre manifestação do pensamento em parâmetros muito mais abrangentes que a Corte Americana.

Em solo brasileiro, sem adentrar no campo teórico ou estabelecer fórmulas pré-estabelecidas, os Ministros da mais alta corte do país, sob o manto de cinco constituições diferentes, em períodos de maior ou menor liberdade democrática, estabeleceram o entendimento no sentido de não configurar sedição ou ajuntamento ilícito a reunião pacífica e sem armas do povo em quaisquer lugares convenientes para exercer o direito de discutir e representar sobre os negócios públicos, e que em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar.

Evidentemente, o país não estava em guerra, como ocorria com os Estados Unidos. O fato vivenciado por Ruy Barbosa não se assemelhava ao vivido em solo americano. No entanto, diferentemente dos Juízes Americanos, os Ministros Brasileiros se basearam nos fundamentos da liberdade de expressão e na sua importância para a democracia, independentemente da situação vivenciada.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal não adentram na questão trazida por Holmes de que as circunstâncias importavam na verificação da limitação do discurso. Ao revés, os Juízes Brasileiros seguiram em direção ao coração da democracia e as suas bases filosóficas.

No entanto, de modo inversamente proporcional, na medida em que a Suprema Corte Americana consolidou sua jurisprudência sobre a Primeira Emenda, dando ao discurso significativa proteção, como visto na atualidade, o Supremo Tribunal Federal marcha contra a jurisprudência contemporânea ao teste, na medida em que tem proferido decisões restritivas à liberdade de expressão, como se verá na sequência.

4.2 Ação Penal nº 1044 (o caso Daniel Silveira).

A liberdade de expressão é garantida pela Constituição Federal de 1988 que traz, no rol dos direitos fundamentais, o direito à livre manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, além da liberdade de consciência e de crença e de imprensa¹⁷⁶.

Como explanado no capítulo anterior, a proteção do discurso vislumbrada em *Brandenburg. V. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969) era, há muito, reconhecida pelo Supremo Tribunal

¹⁷⁶ Constituição Federal, artigos 5º, incisos IV, VI e IX, e 220.

Federal em solo brasileiro. E, repita-se, não obstante a fragilidade da democracia brasileira durante esse período.

Com a popularização dos meios de comunicação advindos da internet e das plataformas de redes sociais, a liberdade de expressão chegou a níveis nunca imaginados. Em razão disso, muitas discussões se levantam acerca de possíveis limites e intervenções estatais no controle do direito de fala, sobretudo diante da polarização política vivenciada no país.

Discursos inflamados provenientes tanto da população em geral quando de agentes políticos são vistos diariamente, e se afloram em períodos eleitorais, com disseminação de notícias falsas ou distorcidas do contexto.

Recentemente, portanto, os Ministros da Corte Brasileira têm se deparado com questões ligadas à liberdade de fala, especialmente as relativas às manifestações publicadas nas mídias sociais contra instituições e agentes públicos.

O primeiro caso a ser analisado neste trabalho é o que envolveu o Deputado Federal Daniel Lúcio da Silveira. Utilizando suas redes sociais, o Deputado Federal proferiu palavras de ordem contra alguns Ministros do Supremo Tribunal, incitando a população a se voltar contra eles, inclusive com o auxílio de força.

Os fatos foram comprovados na Ação Penal nº 1044¹⁷⁷, em que sobreveio a condenação do Deputado Federal à pena de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 35 (trinta e cinco) dias-multa, além da suspensão de seus direitos políticos, enquanto durarem os efeitos da condenação, por infringência ao artigo 18 da Lei 7.170/83 e 344 do Código Penal, por tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de quaisquer dos Poderes da União ou dos Estados¹⁷⁸.

De acordo com o relatório da Procuradoria Geral da República:

a Procuradoria Geral da República citou manifestações do acusado nas redes sociais, entre elas uma declaração em "live" realizada no dia 19 de abril de 2020, na qual incita a população a fazer um cerco e uma invasão aos edifícios-sedes do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional, a fim de retirar os respectivos ocupantes "na base da porrada." Sem meias palavras, ele diz que seu "trabalho" como deputado federal consiste em "retirar esses [ministros e os parlamentares] do poder", coloca-se à disposição para esse efeito e chega ao ponto de conclamar, através de um tuíte, as Forças Armadas a unirem-se a esta causa, a despeito de ter dito não concordar com as ideias de "intervenção militar" ou "ruptura da ordem política social" quando prestou declarações à Polícia Federal sobre os Fatos.7. Ocorre que desde que passou a ser alvo da apuração, o denunciado

¹⁷⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Penal nº 1044, Tribunal Pleno, relatoria do Min. Alexandre de Moraes, julgado em 20/04/2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6207102>>. Acesso em 25,out,2022.

¹⁷⁸ A Lei 7.170/83 foi revogada pela Lei 14.197/2021.

adotou como estratégia deliberada desferir agressões verbais e graves ameaças aos ministros que irão apreciar o inquérito nº 4.828 no Supremo em uma série de mídias inseridas nos canais que mantém nas redes sociais, visando coagi-los pela intimidação e, com isso, desestimular, em seu favor, a aplicação da lei penal, já que segundo o art. 256 do Código de Processo Penal, a suspeição não pode ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la, como vem ocorrendo. 8. Em vídeo intitulado "Na ditadura você é livre, na democracia é preso!", publicado no YouTube, em 17 de novembro de 2020, o denunciado refere-se ao relator daquele expediente como "advogado do PCC". Escudando-se no que entende por liberdade de pensamento, instiga que "o povo entre dentro do STF, agarre o Alexandre de Moraes pelo colarinho dele e sacuda a cabeça de ovo dele e o jogue dentro de uma lixeira". Sustenta que o ministro Roberto Barroso "fraudou" as eleições de 2020, que o Supremo Tribunal Federal é uma "associação de merda", e que os respectivos ministros são "cretinos"

Aplicando-se o teste de Holmes (e os precedentes brasileiros contemporâneos ao teste do perigo claro e iminente) à referida ação penal, é possível concluir, que não obstante as despropositadas manifestações do Deputado Daniel Silveira, suas publicações estariam sob o manto da livre manifestação do pensamento.

Relembrando *Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444 -1969, para que o Estado tenha o direito de restringir o discurso, há necessidade de comprovação da iminência e da alta periculosidade do dano, além de sólidos fundamentos de que o discurso ultrapassará a fronteira da fala e adentrará em ações efetivas.

Evidente, seguindo esse precedente, que a violência contra os Ministros e a instauração de regime ditatorial atentam contra a Democracia e contra o Estado de Direito, configurando, dessa forma, um perigo real.

No entanto, da análise da referida Ação Penal, torna-se claro que inexistiu iminência de ação ou qualquer ato concreto de execução. Com efeito, as palavras ofensivas foram proferidas em *lives* e páginas de Youtube e nada havia nos autos que comprovasse uma ação efetiva do parlamentar ou de qualquer de seus seguidores contra os Ministros do STF ou contra o regime democrático.

Obviamente, não se pode prever como Brandeis, Holmes, Hermínio Francisco do Espírito Santo, Lafayette de Andrada ou Victor Nunes Leal decidiriam o caso brasileiro do século XXI. Nem se discute neste tópico as circunstâncias jurídicas da imunidade parlamentar, afastada no caso pelo Supremo Tribunal Federal. Também não foi realizada uma abordagem jurídico-penal do sistema brasileiro.

O que é possível afirmar, numa visão estrita sobre a liberdade de fala do Deputado nas *lives* realizadas por ele na plataforma Youtube, após análise do teste do perigo claro e iminente

(e dos precedentes brasileiros contemporâneos a ele), que dificilmente o Deputado Federal seria condenado à reclusão por tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de quaisquer dos Poderes da União ou dos Estados.

Primeiro porque sua fala não gerava iminência de perigo; segundo não havia atos concretos aptos a gerar impedimento do livre exercício de qualquer dos Poderes da República. As falas proferidas pelo Deputado, se injuriosas ou caluniosas, não ensejavam, definitivamente, sua condenação e prisão por infringência à Lei de Segurança Nacional.

Em verdade, como ocorre na atualidade, o Deputado falava para um determinado núcleo de seguidores (conhecido como bolha), sem que houvesse qualquer relevância fática de seus dizeres a fundamentar a restrição da fala pelo Estado.

A liberdade de expressão, conforme explanado no primeiro capítulo, é o coração da democracia, de modo que sua restrição, por parte do Estado, somente pode ser considerada em situações muito restritas, sendo ainda, vedada a censura prévia.

4.3 As ações da Ativista Sara Winter e as publicações veiculadas pelo Partido da Causa Operária: o Inquérito do Fim do Mundo.

No Inquérito nº 4781¹⁷⁹, conhecido como Inquérito das Fake News, mantido sob sigilo até o momento do depósito desse trabalho¹⁸⁰, a ativista Sara Fernanda Giromini, conhecida como Sara Winter, teve sua prisão decretada por liderar uma manifestação contra atos do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com notícia veiculada pela Corte¹⁸¹, Sara seria integrante de um grupo extremista denominado “300 do Brasil” e teve sua prisão temporária decretada pelo Ministro Alexandre de Moraes, relator do Inquérito, a pedido do Procurador-Geral da República, Augusto Aras, por sua participação na manifestação realizada no dia 13 de junho de 2020, que culminou com disparo de fogos de artifício contra a sede do Supremo Tribunal Federal.

A prisão foi mantida pela Ministra Cármen Lúcia, sob o fundamento do não cabimento de *habeas corpus* contra ato de Ministro, que ao atuar judicialmente, represente o Tribunal em

¹⁷⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>. Acesso em 20, out, 2022

¹⁸⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>. Acesso em 20, out, 2022.

¹⁸¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inquérito nº 1428. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445960&tip=UM>>. Acesso em 27, out, 2022.

seu exercício regular¹⁸². A liberdade da ativista foi posteriormente concedida pelo Ministro Alexandre de Moraes, de forma que o *habeas corpus* perdeu o objeto.

À míngua de mais informações a respeito do caso, já que o inquérito tramita sob sigilo, a análise desse fato será realizada com base nas notícias veiculadas pela própria Corte. Nesse aspecto, a ativista Sara Giromini foi presa por atentar contra o Supremo Tribunal Federal, porque no dia da manifestação do grupo “300 do Brasil”, houve queima de fogos de artifício dirigidos contra a sede da Corte. O perigo, portanto, se estabeleceu nesse fato, de acordo, repita-se, com a notícia veiculada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em voto dissidente na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572, que concluiu pela legalidade e constitucionalidade do Inquérito nº 4781, o Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello argumentou que em direito o meio justifica o fim, mas jamais o fim justifica o meio utilizado. Ainda, ponderou o Ministro que toda concentração de poder é perniciososa, e lembrando as lições de Rene Ariel Dotti, defendeu as manifestações populares contra a Corte, ainda que utilizadas palavras impróprias, com fundamento no direito constitucional da livre manifestação do pensamento¹⁸³.

Além de trazer as características dos sistemas acusatório e inquisitorial, ponderando que o respectivo Inquérito 4781 se assemelharia ao sistema inquisitivo, assim disse: *Senhor Presidente, estamos diante de um inquérito natimorto e ante as chegadas verificadas depois de instaurado, diria mesmo um inquérito do fim do mundo, sem limites.*

Passados aproximadamente dois anos, em 01 de julho de 2022, o Ministro Alexandre de Moraes determinou a inclusão do Partido da Causa Operária no Inquérito das Fake News, e entendeu presentes fortes indícios de que o PCO usava, indevida e reiteradamente, a infraestrutura partidária, para viabilizar e impulsionar a propagação de declarações criminosas, com disseminação em massa de ataques às instituições democráticas, por meio de seus perfis oficiais.

Diante disso, determinou-se a expedição de ofício às empresas Twitter, Instagram, Facebook, Youtube e Tik Tok para que procedessem ao imediato bloqueio dos perfis do partido político¹⁸⁴.

¹⁸² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 187208. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5938903>. Acesso em 27, out, 2022.

¹⁸³ YOUTUBE. Sessão do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3bgH3e02Q6o>. Acesso em 27, out, 2022.

¹⁸⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição 10391 -DF. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 01/07/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1320895/false>. Acesso em 25, out, 2022.

As postagens continham os seguintes dizeres:

A ditadura do TSE sobre o aplicativo Telegram é mais um ataque a liberdade de expressão e uma tentativa de fraudar as eleições. Após intervir ilegalmente no aplicativo, o tribunal envia mensagens a todos os usuários indicando que leiam o Estadão para “combater as fake news”. Tribunal Superior Eleitoral quer impor censura a manifestações políticas em show. Fascista Alexandre de Moraes é um dos pilares da ditadura do judiciário e vai presidir o TSE nessas eleições. #ForaBolsonaro #Lula Presidente #PCO O STF e o TSE participaram de todos os momentos cruciais do golpe de Estado contra Dilma e Lula desde 2018. agora que se aproximam as eleições de 2022 com a ampla preferência popular por Lula, o judiciário golpista se prepara para mais um golpe. Em 2022 as urnas eletrônicas serão ligadas diretamente a Sérgio Moro e o TSE será comandado pelo lava-jatista Fachin, pelo tucano fascista Alexandre de Moraes e pelo general Azevedo e Silva, que contrariava o STF durante a fraude eleitoral de 2018. Um general no TSE é mais um indicativo da fraude eleitoral que a burguesia prepara para impedir o retorno de Lula ao governo. É preciso lutar contra o STF, os militares e todos os golpistas, por Lula presidente e um governo dos trabalhadores.

O Ministro Relator entendeu que veicular informações descontextualizadas, com ataques infundados ao sistema eletrônico de votação, incutindo-se no eleitorado a ideia de fraude nas eleições, configurava ato atentatório contra a democracia e, portanto, não estava sob o manto da proteção do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Em relação ao perigo, assim se manifestou o Ministro:

Por sua vez, o perigo de dano, está evidente na difícil, senão impossível, reparação à integridade e à confiabilidade do processo eleitoral, pois, uma vez disseminada a informação falsa, não há retorno ao status quo ante, já que essas informações ganham espaço na internet de maneira rápida e profunda, de forma que, mesmo com ampla divulgação das informações corretas, ainda assim há estrago e desgaste, especialmente se levar-se em conta a iminência das eleições de 2022 (grifei).

Em sede liminar, portanto, a Corte entendeu que os dizeres proferidos na rede mundial de computadores gerava um perigo concreto de *estrago e desgaste* das eleições de 2022.

Perigo iminente, para o Ministro Alexandre de Moraes, era gerado nas publicações que mencionavam que em 2022 as urnas estariam ligadas diretamente ao ex-juiz Sérgio Moro e o TSE seria comandado pelo *lavajatista Fachin*, pelo *tucano fascista Alexandre de Moraes* e pelo general Azevedo e Silva.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, restringiu a liberdade de expressão de um Partido Político, regularmente registrado na Justiça Eleitoral, por entender que a publicação gerava um perigo iminente contra as eleições de 2022, e por consequência, que os brasileiros não possuíam o entendimento e autodeterminação necessários para discernir o que era verdade e o que era falácia, o que era plausível de acontecer e o que era fantasioso.

Nesse aspecto, aplicando-se o teste de Holmes aos dois casos acima minudenciados, para além da discussão da iminência ou da alta ou baixa probabilidade de resultado, tem-se pela inexistência do próprio perigo.

Qual o perigo da manifestação pacífica do grupo liderado pela ativista Sara Giromini? Soltar fogos de artifício em direção à Corte? Gritar palavras contra os Ministros? Caminhar fantasiados com tochas acesas? Que perigo pode se conjecturar dos dizeres do Partido da Causa Operária? Qual a real probabilidade de interferência nas eleições os dizeres publicados nas redes sociais do partido?

Com o Ministro Lafayette de Andrada, *não encontrei neles uma propaganda contra a segurança do estado ou contra a ordem política e social. Não os tenho como subversivos.*

No sentido que caminha o Supremo Tribunal Federal, além de restringir um direito fundamental e inerente à democracia, a mais alta Corte do país, quando censura publicações que beiram à fantasia, anuncia a incapacidade dos brasileiros ao discernimento, à razão e à autodeterminação.

4.4 A Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 11.527.

Na Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 11527¹⁸⁵, ajuizada pela Coligação Brasil da Esperança contra 47 pessoas e 34 páginas de perfis, canais e sites, por uso indevido de meios de comunicação, produção e difusão massificada de conteúdos falsos, houve a determinação, em caráter liminar, para, até 31 de outubro de 2022, desmonetização dos canais de YouTube “Brasil Paralelo”, “Foco do Brasil”, “Folha Política” e “Dr. News”, além da suspensão da exibição do documentário “Quem mandou matar Jair Bolsonaro”, produzido por Brasil Paralelo.

Da análise da referida decisão, entendeu o Ministro Benedito Gonçalves, Corregedor-Geral da Justiça Eleitoral, pela existência de um ecossistema de difusão massificada e veloz de desinformação, em benefício da candidatura do Presidente Jair Messias Bolsonaro.

Fundamentando-se no momento crítico do período e na necessidade de mitigação de danos ao processo eleitoral, o Ministro reconheceu a existências de indícios de utilização das

¹⁸⁵TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA ELEITORAL. Disponível em: <https://consultaunificadapje.tse.jus.br/consulta-publica-unificada/documento?extensaoArquivo=text/html&path=tse/2022/10/18/15/59/46/f21fe948e12dea0b8cd952d26da852e7652a7ee6a6ef33235102d585751068f5>. Acesso em 22, nov, 2022.

mídias sociais com o objetivo de direcionar a opinião político-eleitoral, em magnitude capaz de manipular a opinião da população e de influenciar no resultado da disputa eleitoral.

As provas indicavam, entre outros apontamentos, o interesse dos internautas pelos termos “marcola voto lula” e “marcola lula”, que atingiram aumento entre os dias 01 e 02 de outubro. As 340 publicações removidas sobre o assunto produziram 186.716.419 interações.

Ainda, foram veiculadas publicações que vinculavam o candidato Luiz Inácio Lula da Silva ao satanismo e à morte de Celso Daniel, apontando que um dos representados na ação, Carlos Nantes Bolsonaro, filho do Presidente, seria a figura central do esquema de propagação de *fake news*.

Nas palavras do Ministro:

Em primeiro lugar, quanto ao uso indevido dos meios de comunicação, menciona-se a ação coordenada de inúmeros agentes, a partir do Twitter, para difundir notícias falsas.

(...)

Em segundo lugar, alguns dos investigados, detentores de mandatos públicos, abusariam de seu poder político, sobretudo por escorarem-se na imunidade parlamentar para praticar ações que incentivam uma ruptura democrática.

(...)

Em terceiro lugar, retrata-se o abuso de poder econômico – que, nessa análise inicial, merece grande atenção – em um modelo retroalimentado

Às pessoas físicas representadas na ação foi determinada a manifestação preliminar sobre a utilização de seus perfis e canais. Já às pessoas jurídicas, entendeu-se pela existência de elementos para concessão de providências imediatas, com duração circunscrita ao período que antecedeu o segundo turno, ou seja, até 31/10/2022, porque:

Não se trata, no ponto, de jornais que legitimamente ostentam preferências políticas e que naturalmente se inclinam, em sua leitura crítica dos fatos, a uma determinada corrente. O fenômeno referido tem estreita relação com a produção de notícias falsas orientadas a apresentar uma visão ideológica como se fosse verdade factual. O empreendimento comercial, nesses casos, fica em segundo plano tornando-se prioritária a possibilidade de influenciar nas escolhas políticas e eleitorais dos cidadãos, inclusive por estímulo à radicalização.

(...)

Chega-se ao ponto de que milhões de pessoas que, ainda que de boa-fé, acreditam estar acessando uma diversidade de fontes de informação, se encontram absolutamente enredadas por notícias fabricadas, sempre prontas a disparar um sentimento de urgência contra riscos iminentes e irreversíveis. Embaladas em uma estética pensada para ativar gatilhos emocionais, perfis e canais nas redes naturalizam o estado de alerta e a expectativa pela próxima “grande revelação”. Apesar desse desafiador cenário, vejo a necessidade de ponderar o exercício da liberdade de opinião com a preservação da normalidade eleitoral, para definir a medida que, de forma proporcional, se mostre indispensável e efetiva para inibir a prática de condutas ilícitas

Nessa linha e seguindo Brandeis, evidente o perigo real e iminente a manipulação da opinião da população, com capacidade de influenciar o resultado de disputa eleitoral, especialmente quando não há tempo hábil de discussão sobre o assunto. No entanto, seria esse o caso? As páginas ou o documentário, de fato, constituiriam um perigo real de dano ao pleito eleitoral?

Utilizar-se das mídias sociais com conteúdos sabidamente caluniosos, como é o caso relatado que ligava o ex-Presidente Lula ao assassinato de Carlos Daniel, assegura ao prejudicado pela informação o direito de resposta, conforme artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal, e confere ao Judiciário seguras bases para determinar a retirada do conteúdo das plataformas, porque de ação criminal se verifica.

Diferente é o caso da ligação de Lula ao satanismo. Nesse ponto, o autogoverno e autodeterminação dos cidadãos é solução adequada à questão, aplicando-se as mesmas argumentações da análise do caso PCO, na medida em que perigo algum existe nesse ponto.

Seguindo a análise, discussão tormentosa paira sobre a suspensão da exibição do documentário “Quem mandou matar Jair Bolsonaro”, produzido pela página de internet Brasil Paralelo. Ao contrário do decidido, e com o mais respeito à Corte, o que se verificou, em verdade, foi censura prévia ao conteúdo, em violação ao inciso IX do mesmo artigo constitucional.

Primeiro, o Tribunal Superior Eleitoral não informa, na referida decisão, quais os trechos do documentário que ensejavam perigo real de influenciar as eleições (a iminência foi fundamentada nas proximidades do pleito). Segundo, ao que parece, o Tribunal nem acesso teve ao conteúdo do documentário, pautando-se no sabido fato de que a página Brasil Paralelo apoiava o Presidente Jair Messias Bolsonaro.

Diante disso, é possível aferir que a decisão de suspensão de um documentário que ainda não havia sido exibido, com fundamento nas posições ideológicas da página de internet, sem apontar quais trechos trariam, de fato, perigo ao resultado das eleições, não pode ser classificada com outro nome, que não censura prévia, vedada pela Constituição Federal.

4.5 As manifestações de 08 de janeiro de 2023.

No dia 08 de janeiro de 2023 graves eventos ocorreram na Cidade de Brasília, em manifestação organizada por apoiadores do ex-Presidente Jair Messias Bolsonaro, que

culminaram com a invasão do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional e a depredação dos respectivos imóveis e do patrimônio histórico.

As imagens foram veiculadas pela mídia e pelas redes sociais dos próprios manifestantes, que se orgulhavam da destruição dos prédios e dos objetos de valor histórico-cultural. Entre as peças danificadas estão o relógio de Balthazar Martinot, que foi dado de presente a Dom João VI e trazido ao Brasil¹⁸⁶, e a tela “Mulatas” do artista plástico Di Cavalcanti, que foi rasgada em vários lugares.

Em nota da Polícia Militar do Distrito Federal, os manifestantes foram informados previamente sobre as restrições de deslocamentos pelas vias públicas, de modo que a passeata seria realizada e organizada mediante a ocupação de faixas da Avenida N-1 do eixo monumental. Nesse local, não havia permissão para circulação de ônibus, carreatas ou motocicletas. Durante a passeata, alguns manifestantes foram presos pelo BPTran por porte de objetos nocivos como atiradeiras, bolas de gude e pedras.

De acordo com a Polícia Militar, até o início da tarde os manifestantes se comportavam de maneira colaborativa, quando de forma abrupta, passaram a hostilizar e entrar em confronto violento com os policiais militares, conseguindo invadir os prédios dos Três Poderes¹⁸⁷. Milhares de pessoas foram detidas tanto nas sedes do Poderes, quanto no acampamento montado há cerca de dois meses em frente ao Quartel-General do Exército, em Brasília.

No mesmo dia 08 de janeiro, diante da gravidade da situação, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva decretou intervenção federal na segurança pública do Distrito Federal, que perdurou até o dia 31 do mesmo mês.

Também, o Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal, Anderson Torres, que havia ocupado o cargo de Ministro da Justiça e da Segurança Pública no governo Bolsonaro, foi exonerado pelo Governador do DF, Ibaneis Rocha. Não só. O próprio Governador acabou sendo afastado do cargo por 90 dias, por decisão do Ministro Alexandre de Moraes.

As acusações que recaíram sobre o ex-Secretário e sobre o Governador foram o descaso e a omissão dolosa em relação às manifestações programadas para o dia 08 de janeiro, mesmo tendo eles conhecimento de que haveria ataques às instituições e aos membros dos Poderes¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Há somente outro exemplar do relógio que se encontra guardado no Palácio de Versalhes, na França.

¹⁸⁷ POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. **Nota oficial da PMDF sobre a manifestação de 8 de janeiro**. Disponível em: <<http://www.pmdf.df.gov.br/index.php/institucionais/37085-nota-oficial-da-pmdf-sobre-a-manifestacao-de-8-de-janeiro>>. Acesso em 25 fev, 2023.

¹⁸⁸ UOL. **Após um mês, desdobramentos de 8 de janeiro ainda estão longe do fim**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-brasil/2023/02/08/apos-um-mes-desdobramentos-de8-de-janeiroainda-estao-longo-do-fim.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em 25 fev, 2023.

Os fatos foram reconhecidos como tentativa de golpe de estado praticada por apoiadores do ex-Presidente Bolsonaro, que não aceitaram o resultado das eleições. Isso se deu, principalmente, porque em desdobramento das investigações, foi encontrada, na residência de Anderson Torres, uma minuta de um decreto para instaurar estado de defesa no Tribunal Superior Eleitoral.

Entre os trechos da minuta, estão¹⁸⁹:

Art. 1º Fica decretado, com fundamento nos arts. 136, 140, 141 e 84, inciso IX, da Constituição Federal, o Estado de Defesa na sede do Tribunal Superior Eleitoral, em Brasília, Distrito Federal, com o objetivo de garantir a preservação ou o pronto restabelecimento da lisura e correção do processo eleitoral presidencial do ano de 2022, no que pertine à sua conformidade e legalidade, as quais, uma vez descumpridas ou não observadas, representam grave ameaça à ordem pública e a paz social.

(...)

Art. 2º Na vigência do Estado de Defesa ficam suspensos os seguintes direitos: I – sigilo de correspondência e de comunicação telemática e telefônica dos membros do Tribunal do Superior Eleitoral, durante o período que compreende o processo eleitoral até a diplomação do presidente e vice-presidente eleitos, ocorrida no dia 12.12.2022. II – de acesso às dependências do Tribunal Superior Eleitoral e demais unidades, em caso de necessidade, conforme previsão contida no §3º. do art. 1º.

(...)

Art. 8º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, de de 2022. 201º ano da Independência 134º ano da República Jair Messias Bolsonaro”

Nesse aspecto, diante dos fatos ocorridos no dia 08 de janeiro de 2023 e de todos os desdobramentos deles decorrentes, é possível afirmar que o inquestionável abuso dos meios de manifestação do pensamento, os crimes cometidos pelos apoiadores do ex-Presidente Bolsonaro e os indícios de tentativa de golpe de estado são fundamentos democráticos para restringir a liberdade de expressão? A manifestação que ocorreria no dia 08 de janeiro poderia ser previamente proibida pelas autoridades com fundamento no teste do perigo claro e iminente?

Considerando as premissas do teste, tem-se que as autoridades de segurança pública, se não possuíam conhecimento da intenção dos manifestantes em relação à invasão, como alegam, detinham plena ciência da existência de que a reunião agendada para o dia 08 de janeiro seria composta de milhares de apoiadores do ex-Presidente Bolsonaro.

¹⁸⁹ UOL. **O que diz a minuta do golpe encontrada na casa de Anderson Torres. Veja na íntegra.** Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/area/pais/casa-de-anderson-torres-tinha-minuta-para-bolsonaro-mudar-resultado-da-eleicao/>>. Acesso em 25 fev, 2023.

Tanto a Polícia Militar, quanto a Polícia Federal e a segurança dos prédios dos Três Poderes sabiam que milhares de pessoas chegariam em Brasília para o ato. Além das inúmeras pessoas acampadas em frente ao quartel-general, grande quantidade de ônibus vinda do país inteiro chegava para as manifestações.

Evidente, pois, o perigo real da reunião de pessoas descontentes com o resultado das eleições, que iriam se reunir na Praça dos Três Poderes. No entanto, é de se considerar que toda manifestação pública de pessoas descontentes com o governo tem, em sua essência, uma intensidade, menor ou maior a depender dos ânimos, de produzir conflitos.

Assim como Holmes, que entendeu que toda manifestação do pensamento, tem em si, uma intenção do resultado, e que restringir a liberdade de pensamento baseada tão somente na intenção de seu interlocutor seria contrário aos princípios da Primeira Emenda, restringir o direito de reunião baseando-se somente na quantidade de pessoas e no ânimo de seus manifestantes em relação ao governo, iria de encontro à própria Constituição Federal.

Com efeito, no artigo 5º, inciso XVI da Lei Fundamental, todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

Assim, e até o que chegou ao conhecimento público, as pessoas que estavam na manifestação não portavam armas de fogo, e as que estavam em poder de objetos nocivos foram presas durante a passeata pela BPTran, conforme noticiado pela Polícia Militar do Distrito Federal.

Vê-se, pois, que em princípio, a manifestação seria pacífica, em local aberto ao público e sem armas, tudo em conformidade com a Constituição Federal. Importante ressaltar que uma das linhas de investigação se movimentava no sentido de que as autoridades sabiam da intenção de golpe de estado e foram omissas nesse ponto.

Todavia, não havia informações oficiais nesse sentido, as quais poderiam ter sido levantadas pela própria Agência Brasileira de Inteligência – Abin, cujo órgão é responsável por produzir conhecimentos que são repassados à Presidência da República para subsidiar a tomada de decisões do Presidente.

Portanto, o perigo existente em manifestações contra o governo é ínsito ao próprio direito de liberdade de expressão e a pacificidade da manifestação deve ser averiguada previamente pela autoridade, podendo o Estado agir para manutenção da segurança pública.

O que se verificou, desse modo, nos acontecimentos de 08 de janeiro de 2023, foi falha de segurança pública, cujos resultados poderiam ter sido evitados não com restrição prévia de direitos fundamentais, mas com controle da manifestação pelos órgãos de segurança, como fiscalização dos manifestantes, detector de metais, reforço do policiamento nas sedes dos Poderes, tudo a conduzir e evitar possíveis tumultos.

Em verdade, quando vistas as cenas de depredação, o sentimento que aflora nos cidadãos contrários a esse tipo de intervenção, é de revolta e de vontade de que aquilo nunca mais volte a acontecer, ainda que seja necessária a restrição de direito fundamental.

No entanto, este trabalho advoga pela imparcialidade na condução de tão importante questão e no retorno às bases do significado da democracia, seus conceitos e requisitos. O direito de liberdade de expressão, como amplamente falado nessa dissertação, é o coração da democracia e ele somente pode ser restringido em situações extremas, por isso a importância das premissas do teste do perigo claro e iminente.

4.6 Revisitando a jurisprudência brasileira.

O Século XX é marcado por três grandes acontecimentos: a Primeira e Segunda Guerras Mundiais e a cibernética. Nessas três conjunturas, as questões atinentes à liberdade de expressão permearam (e ainda permeiam) as Cortes de todo país democrático.

Como visto acima, as demarcações do direito de fala, seus meandros e limites foram objeto de intensos debates na Suprema Corte Americana, que culminaram com a ampla liberdade de manifestação do pensamento vista nos Estados Unidos da América na atualidade.

Diante das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, muito se discute, no Brasil, acerca da necessidade de menor intervenção do Estado e de um alargamento do marco que separa a liberdade de expressão e a restrição do discurso.

Também se questiona a importação de conceitos e doutrinas estrangeiras ao país, em especial a doutrina da Primeira Emenda quando o tema é liberdade de expressão, dada a importância dos precedentes norte-americanos.

Diogo Brandau Signoretti, advogando pela possibilidade de utilização de precedentes estrangeiros, apresenta alguns critérios e métodos para a referida aplicação¹⁹⁰.

¹⁹⁰ SIGNORETTI, Diogo Brandau. **A utilização de precedentes estrangeiros pelo Supremo Tribunal Federal: fundamentos e critérios**. 2013. Tese de Doutorado. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-15022017-094913/publico/Dissertacao_Completa_Diogo_Brandau_Signoretti.pdf>. Acesso em 18 jun, 2022.

De início, o autor argumenta pela desnecessidade de expressa previsão constitucional. Ainda, esclarece que o ponto de partida é o direito doméstico, na medida em que sua desconsideração acarretaria ofensa à democracia e ao princípio da supremacia constitucional.

Na sequência, aponta pela desnecessidade de consenso mundial ou de prévia análise sobre a posição de todas as supremas cortes sobre determinado tema. Também pondera o autor que a análise de utilização deve basear-se na questão pragmática do problema, ou seja, nas consequências de determinada aplicação para a sociedade local, bem como deve ser confrontado com premissas jurídico-morais, que melhor ampliem os direitos humanos.

Por fim, aduz que aspectos como a relação histórica entre países, a influência estrangeira na elaboração da constituição, a importação da legislação, questões empíricas e compartilhamento de valores comuns, e semelhanças culturais, são fundamentais para o diálogo constitucional.

Adhemar Ferreira Maciel, por outro lado, entende que a primeira diferença entre os dois países é que os americanos nasceram aristotélicos, ao passo que os brasileiros como os franceses surgiram platônicos; com raciocínio abstrato. A Declaração de Direitos francesa tinha como bandeira as ideias de Rousseau e a valorização da igualdade; o *Bill of Rights* era marcado pelo pensamento de Locke e valorizava a liberdade. A segunda é a herança cultural: enquanto os Estados Unidos foram colonizados pelos Ingleses, que já lutavam contra o despotismo da Coroa e prezava pela supremacia do direito, no Brasil a primeira constituinte convocada pelo Príncipe Regente não durou seis meses, quando foi extinta por ato de força.

O autor também aponta a diferença religiosa, marcada pelo protestantismo Calvinista nos Estados Unidos, com conotação capitalista, e pelo catolicismo no Brasil, que ressalta valores morais como a humildade e o conformismo. Por fim, Maciel traz, no seu entender, a diferença marcante no direito em si. Nas suas palavras:

O direito norte-americano é de cunho judicial, em parte em virtude da lacunosidade da própria Constituição. Repousa no case law. É o judge-made-law, isto é, o direito feito pelos juízes, que se acha alicerçado no precedente judicial vinculativo. Desse modo, sempre se fica na expectativa de decisões dos tribunais e, em especial, de julgados da Suprema Corte, que funciona como bússola jurídica nacional. Há uma verdadeira judicialização do direito¹⁹¹.

Em relação aos parâmetros constitucionais, ao contrário da Constituição da África do Sul, por exemplo, que previu no artigo 39 a possibilidade de considerar o direito estrangeiro, a

¹⁹¹ MACIEL, Adhemar Ferreira. **O Bill of Rights Americano: Reflexos no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 09/10.

Constituição Brasileira delimitou que os direitos e garantias expressos na Constituição, como é o caso da liberdade de expressão, não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Além disso, tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais¹⁹².

Da análise do artigo constitucional, de fato, somente nos casos expressos, ou seja, que formalmente o Brasil assumiu o compromisso em relação à proteção de determinado direito humano, é possível a aplicação de direito internacional.

No entanto, apesar de entendermos pela impossibilidade de aplicação direta dos precedentes estrangeiros, entendemos ser possível a utilização das razões da decisão, como fundamento para a aplicação do teste do perigo claro e iminente, nos contornos de *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S 444, aos casos brasileiros.

Assim, perfeitamente possível a aplicação dos requisitos do teste, ou seja, da necessidade de comprovação da iminência e da periculosidade do discurso, com alta probabilidade de sucesso da ação ilícita, aos processos em que se discute a liberdade de expressão no Brasil.

A impunidade e a indolência são a ruína do Estado, diz John Milton, mas a grande arte, prossegue o autor, consiste em identificar em quais casos a lei deve ser invocada para restringir e punir, e quando bastará usar o convencimento¹⁹³.

Sem embargo, essa discussão cai por terra quando analisada a jurisprudência pátria do século XX, que no que atine à liberdade de manifestação do pensamento, estava muito à frente da Corte Americana, ao menos na liberdade de manifestação do pensamento político.

Como dito acima, enquanto a Suprema Corte Americana considerava legítima a intervenção Estatal contra grupos que advogavam a derrubada violenta do Governo, mesmo que não houvesse uma ação efetiva prestes a ser executada, a Corte Brasileira, entendia que os folhetins que teciam fortes críticas ao governo não eram subversivos.

Em 1919, a jurisprudência do Brasil considerava ser livre a manifestação de pensamento pela *imprensa ou pela tribuna* (e se existisse rede social, certamente seria colocada nesse rol), sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma da lei.

¹⁹² Constituição Federal, artigo 5º, §§ 2º e 3º.

¹⁹³ MILTON, John. **Areopagítica. Discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra.** Rio de Janeiro: Tobooks, 1999, p. 109.

O berço da pesquisa foi o teste do perigo claro e iminente, sua evolução ao longo do século XX e a possibilidade de aplicação em solo brasileiro. O trabalho termina trazendo três critérios de decisão, unindo o teste de Holmes-Brandeis e as lições do pernambucano, Ministro Hermínio do Espírito Santo, chegando-se à seguinte fórmula, sem olvidar da sociedade digital:

- 1) ressalvada a prática de crime tipificado na legislação penal, em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa, pela tribuna ou *pelas mídias sociais*, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer;
- 2) não se considera sedição ou ajuntamento ilícito a reunião pacífica e sem armas do povo nas praças públicas, teatros e quaisquer outros edifícios ou lugares convenientes para exercer o direito de discutir e representar sobre os negócios públicos, inclusive na *rede mundial de computadores*;
- 3) o *Estado* não assiste, de modo algum, o direito de localizar meetings ou comícios, ou *perfis, canais e sites de internet*, porque, para o uso dessas faculdades não é necessária prévia licença da autoridade *pública*, que só poderá proibir a reunião anunciada ou *a página de internet*, no caso de suspensão das garantias constitucionais, e ainda em tal caso, limitada a sua ação à *existência de perigo real e iminente, associados a atos de execução, com probabilidade de concretização do resultado*.

Em suma, somente seria admitida a restrição do discurso se a fala constituísse um perigo real e iminente de causar um mal injusto e grave, aliada a atos de execução, com reais chances de ocorrência de resultado, vedada a censura prévia e respondendo cada cidadão pelos abusos que cometer, nos termos da legislação civil e penal.

CONCLUSÃO

Diferentemente do Brasil, a Constituição Americana e a Primeira Emenda venceram o tempo. Apesar das poucas 27 emendas formuladas durante esses mais de 200 anos, o direito à livre manifestação do pensamento e todas as circunstâncias a ele atinentes sobreviveram à duas grandes guerras, ao nascimento da era digital e ao desenvolvimento da inteligência artificial.

De fato, com o desenvolvimento da cibernética e da consolidação e popularização da internet, que se iniciaram na última década do século passado, pode-se inferir que a internet alterou, de modo significativo e inimaginável, a conexão entre as pessoas, possibilitando maior interação de ideias e manifestação dos pensamentos, daí porque existem, na atualidade, tantos embates jurídicos acerca desse tema e dos possíveis (ou impossíveis) limites ao pensamento esposado, especialmente, por meio das mídias sociais.

Nesse sentido, diante da relevância da discussão, notadamente a partir do século XXI, em que a comunicação é instantânea e difundida de forma antes inimaginável, o presente trabalho pretendeu apresentar a principal teoria norte-americana acerca da liberdade de expressão, qual seja o teste do perigo claro e iminente, com apontamentos sobre as decisões da Suprema Corte ao longo do século XX e o modo pelo qual se desenvolveu a doutrina da Primeira Emenda.

Com efeito, sua base doutrinária fora formulada pela Suprema Corte Americana após a Primeira Guerra Mundial e sobreviveu aos períodos tortuosos de duas grandes guerras e de outros conflitos bélicos em que os Estados Unidos estiveram envolvidos, chegando-se ao precedente formulado em *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

Entendeu-se naquela difícil época, em que o ser humano foi capaz de atrocidades inconcebíveis, que a limitação da opinião causaria mais danos que a liberdade de fala, ainda que a sociedade tivesse que ser tolerante com informações erradas, falsas ou absurdas.

Juízes como Holmes e Brandeis compreenderam, naquela conjuntura extraordinária, que os perigos da censura e da restrição de certos tipos de discursos eram maiores do que os riscos de um debate público e amplo, de modo que a restrição do discurso por parte do Estado somente poderia se verificar quando houvesse um perigo claro e iminente, com alta probabilidade de resultado.

Assim, a doutrina da Primeira Emenda, notadamente seu caráter libertário, não é fruto restrito dos Pais Fundadores, tendo a Suprema Corte Americana se apresentado como principal agente fomentador do discurso protegido. Isso foi possível graças o sistema jurídico da *common*

law e do realismo jurídico inaugurado por Holmes, que possibilitaram a adaptação da doutrina à conjuntura política durante aproximadamente 50 anos, com erros e acertos, é verdade.

Analisada sob a perspectiva atual, a impressão é que os conceitos se apresentavam um tanto confusos e difíceis de delimitar, especialmente nas situações limítrofes em que a segurança e a liberdade estavam em conflito. No entanto, o que se verificou, após análise dos principais precedentes, além da ampla liberdade desfrutada pelos americanos alcançada graças aos esforços da Suprema Corte, é o fato de que a doutrina da Primeira Emenda permanece viva.

Evidentemente, não se discute mais sobre o direito de se manifestar a favor da derrubada do governo americano pela revolução dos membros do Partido Comunista ou de exibir símbolos anarquistas ou até mesmo racistas, o que causa certo desconforto em outros países democráticos.

O que parece trivial e de fácil compreensão se torna espinhoso quando se adentra na era da cibernética. A propagação do discurso terrorista, os discursos de ódio, os sistemas de robôs que disparam falsas informações em rede sociais, o algoritmo e os dados em poder de poucas empresas, tudo isso é discutido à luz da Primeira Emenda. Ainda assim, confirmando-se a hipótese de manutenção da jurisprudência, os precedentes do século XX continuam sendo perfeitamente aplicados às questões atuais.

A liberdade de expressão e sua doutrina merecem estar em constante vigilância e construção porque a democracia está em constante vigilância e construção. No entanto, o mercado de ideias, guardados os perigos advindos da internet, ainda assegura a democracia e em termos práticos, resguarda a liberdade dos povos.

O segundo problema proposto pretendia enfrentar a possibilidade de aplicação do teste do perigo claro e iminente no Brasil. Nesse ponto, entendeu-se pela inaplicabilidade direta dos precedentes norte-americanos no direito brasileiro, diante da ausência de expressa disposição constitucional nesse sentido, sendo possível a utilização da referida doutrina para o aprimoramento do processo de tomada de decisão, dada as disposições constitucionais brasileiras, que asseguram a liberdade de expressão.

Não só. Após aprofundadas as pesquisas, comprovou-se que o Supremo Tribunal Federal mantinha, à época em que a doutrina da Primeira Emenda se desenvolveu nos Estados Unidos, ou seja, entre 1919 e 1969, sólidas bases que asseguravam a livre manifestação do pensamento, conferindo maior liberdade, inclusive, que a Corte de Holmes.

Analisados os Habeas Corpus nº 4.781, Apelação Criminal nº 1.436, Recurso Extraordinário nº 27.234 e Habeas Corpus nº 44.002, julgados entre 1919 e 1967, conclui-se

que a jurisprudência brasileira assentia que a livre a manifestação de pensamento era independente de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometesse, e que não se considerava sedição ou ajuntamento ilícito a reunião pacífica e sem armas para que o povo pudesse exercer o direito de discutir sobre os negócios públicos.

Este trabalho, defende, em conclusão, além da aplicação das premissas do teste do perigo claro e iminente, a revisitação da doutrina brasileira do século XX, sempre em prol da democracia e da livre manifestação do pensamento, ainda que com os riscos inerentes à era cibernética, aplicando-se aos casos relacionadas à liberdade de manifestação do pensamento a seguinte fórmula:

1) ressalvada a prática de crime tipificado na legislação penal, em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa, pelas mídias sociais, ou por qualquer meio de difusão de ideias, sendo vedada a censura prévia, respondendo cada um pelos abusos que cometer;

2) não se considera sedição ou ajuntamento ilícito a reunião pacífica e sem armas do povo em locais públicos ou quaisquer outros edifícios ou lugares convenientes para exercer o direito de discutir sobre os negócios públicos, inclusive na rede mundial de computadores, podendo o Estado agir para manutenção da segurança pública;

3) é vedado ao Estado proibir reunião de pessoas, perfis, canais e sites de internet, porque, para o uso dessas faculdades não é necessária prévia licença da autoridade pública, que só poderá proibir a reunião anunciada ou a página de internet quando comprovada a existência de perigo real e iminente, associado a atos de execução, com probabilidade de concretização do resultado danoso.

REFERÊNCIAS

ALIEN REGISTRATION ACT OF 1940 U.S. **Statutes at Large (76th Cong., 3rd Sess., 670-676)**. Disponível em: <<https://loveman.sdsu.edu/docs/1940AlienRegistrationAct.pdf>>. Acesso em 03 mai, 2022.

BALKIN, Jack M. **Free speech in the algorithmic society: Big data, private governance, and new school speech regulation**. UC DL Rev., v. 51, p. 1149, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Forum, 2018.

BBC NEWS BRASIL. **Elon Musk concluiu a compra do Twitter por US\$ 44 bi e demite executivos**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-63422571>>. Acesso em 09, nov, 2022.

BBC NEWS BRASIL. Pagando aproximadamente 44 bilhões de dólares, aproximadamente 226 bilhões de reais, o empresário Elon Musk comprou a plataforma Twitter, com o compromisso de respeitar a liberdade de expressão de seus usuários BBC. Elon Musk concluiu a compra do Twitter por US\$ 44 bi e demite executivos. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-63422571>>. Acesso em 09, nov, 2022.

BENTHAM, Jeremias. **Tratados dos Sofismas Políticos**. ALFIERI, Vittorio Amadeo. **O tratado da Tirania**. São Paulo: Livraria e Editora Logos, 1975.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS DA USP - **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 18, mai. 2022.

BICKERT, Monika. Defining the Boundaries of Free Speech on Social Media. In: BOLLINGER, Lee C, STONE, Geoffrey R. **The Free Speech Century**. New York, NY: Oxford University Press, 2019.

BILL OF RIGHTS INSTITUTE. **New York Times v. Sullivan (1964)**. Disponível em: <<https://billofrightsintstitute.org/e-lessons/new-york-times-v-sullivan-1964>> Acesso em 18 jul, 2022.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do Jogo. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

BOLLINGER, Lee C, STONE, Geoffrey R. **Eternally Vigilant Free Speech in the Modern Era**. Chicago : The University of Chicago Press, 2002.

BOLLINGER, Lee C, STONE, Geoffrey R. **The Free Speech Century**. New York, NY: Oxford University Press, 2019.

CAFÉ HISTÓRIA. **Especialistas comentam derrubadas de monumentos e estátuas pelo mundo.** Disponível em: < <https://www.cafehistoria.com.br/especialistas-comentam-derrubada-de-estatuas-pelo-mundo/#:~:text=Especialistas%20comentam%20derrubadas%20de%20monumentos%20e%20est%C3%A1tuas%20pelo,de%20centenas%20de%20centenas%20de%20quilos%20foi%20d%20ecapitado>>. Acesso em 18 jul, 2022.

CNN. **2012: Scalia: Constitution says nothing about abortion.** Disponível em: <<https://edition.cnn.com/videos/tv/2016/02/14/scalia-roe-v-wade-piers-intv.cnn/video/playlists/supreme-court-justice-antonin-scalia-dead/>>. Acesso em 18 jul, 2022.

CNN POLITICS: **Trump: Burn the flag, go to jail.** Disponível em: <<https://edition.cnn.com/2016/11/29/politics/donald-trump-flag-burning-penalty-proposal/index.html>>. Acesso em 18 jul, 2022.

CONGRESSGOV. **S.1911-Flag Protection Act of 2005.** Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/109th-congress/senate-bill/1911/text>>. Acesso em 18 jul, 2022.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

DAVID, RENÉ. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado.** São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, LEAL, Roger Stiefelmann. **A Nova Constituição de 1988?** Santo André, SP: Dia a Dia Forense, 2021.

FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão.** Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GLOBAL FREEDOM OF EXPRESSION. **Dennis v. United States.** Disponível em: <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/dennis-v-united-states/>>. Acesso em 18 jul, 2022.

GLOBAL FREEDOM OF EXPRESSION. **Whitney v. California.** Disponível em: <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/whitney-v-california-brandeis-j-concurring/>>. Acesso em 18 jul, 2022.

GOOGLE LIVROS. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=zUQbAAAAAYAAJ&pg=PR1&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false>. Acesso em 16, dez. 2022.

GREENAWALT, Kent. “Clear and Present Danger” and Criminal Speech. In: BOLLINGER, Lee C, STONE, Geoffrey R. **Eternally Vigilant Free Speech in the Modern Era.** Chicago: The University of Chicago Press, 2002.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Campinas : Russell Editores, 2010.

HISTORY. **Charles Evans Hughes**. Disponível em: <<https://www.history.com/topics/us-government/charles-evans-hughes>>. Acesso em: 02 mai, 2022.

HISTORY. **Oliver Wendell Holmes**. Disponível em: <<https://www.history.com/topics/us-government/oliver-wendell-holmes-jr>>. Acesso em 18 mai, 2022.

HOLMES, Oliver Wendell Holmes, Jr. **La senda del Derecho. Traducción y estudio preliminar de José Ignacio Solar Cayón**, Madri: Marcial Pons, 2012.

JEWISH VIRTUAL LIBRARY. **Louis D. Brandeis (1856 – 1941)**. Disponível em: <<https://www.jewishvirtuallibrary.org/louis-d-brandeis>>. Acesso em 18 jul, 2022.

JUSTLAWFULBLOG. **Knight First Amendment Inst. At Columbia Univ. v. Trump, 928 F.3d 226 (2nd Cir. 2019)**. Disponível em: <<https://justlawfulblog.files.wordpress.com/2021/04/knight-first-amendment-inst-at-columbia-univ-v-trump-928-f3d-226-2nd-cir-2019.pdf>>. Acesso em 18 jul, 2022.

KALVEN JR, Harry. **A Worth Tradition Freedom of Speech in America**. New York: Harper & Row, 1988.

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

LEE, Kai-Fu. **Inteligência Artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos**. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

MIGALHAS. **Hermínio Francisco do Espírito Santo foi nomeado Ministro do STF em 1894**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/141462/herminio-francisco-do-espírito-santo-foi-nomeado-ministro-do-stf-em-1894>. Acesso em 24, out, 2022.

NETO, Eugênio Facchini; WEDY, Ana Tremarin. **Sociological Jurisprudence e Realismo Jurídico: a filosofia jurídica norte-americana na primeira metade do Século XX**. Revista da AJURIS, 2016

MACIEL, Adhemar Ferreira. **O Bill of Rights Americano: Reflexos no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Delrey, 2016.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Um Símbolo nacional norte-americano e o direito de expressão**. Revista de Informação Legislativa, v. 45, n. 178, p. 7-12, 2008.

MACKINNON, Rebecca; ZUCKERMAN, Ethan. **Don't feed the trolls**. Index on Censorship, v. 41, n. 4, p. 14-24, 2012.

MEIKLEJOHN, Alexander. **Political Freedom The Constitucional Powers of the People**. New York: Oxford University Press, 1965.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2014.

MILTON, John. **Areopagítica. Discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra.** Rio de Janeiro: Tobooks, 1999.

POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. **Nota oficial da PMDF sobre a manifestação de 8 de janeiro.** Disponível em: <<http://www.pmdf.df.gov.br/index.php/institucionais/37085-nota-oficial-da-pmdf-sobre-a-manifestacao-de-8-de-janeiro>>. Acesso em 25 fev, 2023.

POSNER, Richard A. **Para além do direito.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

POST, Robert. Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence. In: BOLLINGER, Lee C, STONE, Geoffrey R. **Eternally Vigilant Free Speech in the Modern Era.** Chicago: The University of Chicago Press, 2002.

POUND, Roscoe. **The Spirit of the Common Law.** Traduzido por José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1954.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia.** Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

REALE, Miguel. **Nova Fase do Direito Moderno.** São Paulo: Saraiva, 1998.

SIGNORETTI, Diogo Brandau. **A utilização de precedentes estrangeiros pelo Supremo Tribunal Federal: fundamentos e critérios.** 2013. Tese de Doutorado. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Disponível em: < https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-15022017-094913/publico/Dissertacao_Completa_Diogo_Brandau_Signoretti.pdf>. Acesso em 18 jun, 2022.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais Decisões.** São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

SPARTACUS EDUCACIONAL. **Alien Registration Act.** Disponível em: <<https://spartacus-educational.com/USAalien.htm>>. Acesso em 03 mai, 2022.

STARBIRD, Kate. **Disinformation's spread: bots, trolls and all of us.** Nature, v. 571, n. 7766, p. 449-450, 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.** Belo Horizonte: Letramento: Caso do Direito, 2017.

STRAUSS, David A. Freedom of Speech and the Common-Law Constitution. In: BOLLINGER, Lee C, STONE, Geoffrey R. **Eternally Vigilant Free Speech in the Modern Era.** Chicago: The University of Chicago Press, 2002.

SUNSTEIN, Cass R. Does the Clear and Present Danger Test Survive Cost-Benefit Analysis?. In: BOLLINGER, Lee C, STONE, Geoffrey R. **The Free Speech Century**. New York, NY: Oxford University Press, 2019.

SUPREME COURT. **DONALD J. TRUMP, PRESIDENT OF THE UNITED STATES, ET AL., PETITIONERS v. KNIGHT FIRST AMENDMENT INSTITUTE AT COLUMBIA UNIVERSITY, ET AL.** Disponível em: <<https://justlawfulblog.files.wordpress.com/2021/04/knight-first-amendment-inst-at-columbia-univ-v-trump-928-f3d-226-2nd-cir-2019.pdf>> . Acesso em 18 jul, 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ANTONIO CARLOS LAFAYETTE DE ANDRADA. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/ministro/presidente.asp?periodo=stf&id=148>>. Acesso em 10, out, 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Penal nº 1044, Tribunal Pleno, relatoria do Min. Alexandre de Moraes, julgado em 20/04/2022. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6207102>>. Acesso em 25,out,2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Apelação Criminal .1.436 São Paulo, Relator Ministro Lafayette de Andrada, julgada em 10/08/1950 Ementa: *Lei 431 de 1948. Sua interpretação. Quando se caracteriza o crime contra as instituições. Provas.* Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25136>>. Acesso em 10, out,2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Are nº 953822 AgR/SP. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4941600>>. Acesso em: 20, nov, 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>. Acesso em 20, out, 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>. Acesso em 20, out, 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 4.781. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630166>. Acesso em 24,out, 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 44.002 Paraná, Relator Ministro Victor Nunes Leal, julgado em 03 de abril de 1967. Ementa: Liberdade de Expressão. Discurso ofensivo, mas que não configura crime contra a segurança. Falta justa causa para a ação penal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=59399>. Acesso em: 10, ou, 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 187208. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5938903>. Acesso em 27, out, 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição 10391 -DF. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 01/07/2022. Disponível em: <

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1320895/false>>. Acesso em 25, out, 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 27.234 – São Paulo, Relator: Ministro Mário Guimarães. Julgado em 24/10/1955. Ementa: Não pode ser proibida a entrada, no país, de publicações estrangeiras que, embora elogiando o regime soviético, não contenham expressões que animem, por qualquer forma, a revolução. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=128242>. Acesso em 02, nov, 2022.

THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA. **Debs vs. Estados Unidos (1919)**. Disponível em: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/289/debs-v-united-states>>. Acesso em 18 jul, 2022.

THE FIRE. **Gitlow v. People of New York**. Disponível em: <<https://www.thefire.org/gitlow-v-people-of-new-york/>>. Acesso em 18 jul, 2022.

THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA. **Hugo Black**. Disponível em: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/1310/hugo-black>>. Acesso em 03 mai, 2022

THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA. **Louis Brandeis**. Disponível em: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/1316/louis-brandeis>>. Acesso em 18 jul, 2022

THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA. **Pierce v. United States (1920)**. Disponível em: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/290/pierce-v-united>>. Acesso em 18 jul, 2022.

THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA. **Schenck v. United states (1919)**. Disponível em: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/193/schenck-v-united-states>>. Acesso em 18 mai, 2022.

THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA. **Stromberg v. California (1931)**. Disponível em: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/269/stromberg-v-california>>. Acesso em 18 jul, 2022.

THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA. **William Douglas**. Disponível em: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/1328/william-douglas>>. Acesso em 03 mai, 2022

THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA. **Whitney v. California (1927)**. Disponível em: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/263/whitney-v-california>>. Acesso em 18 jul, 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação nº 0192984-85.2012.8.26.0100. Ementa: COMINATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7052030&cdForo=0>>. Acesso em 20, nov, 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA ELEITORAL. Disponível em: <https://consultaunificadapje.tse.jus.br/consulta-publica-unificada/documento?extensaoArquivo=text/html&path=tse/2022/10/18/15/59/46/f21fe948e12dea0b8cd952d26da852e7652a7ee6a6ef33235102d585751068f5>. Acesso em 22, nov, 2022.

UOL. **Após um mês, desdobramentos de 8 de janeiro ainda estão longe do fim.** Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-brasil/2023/02/08/apos-um-mes-desdobramentos-de8-de-janeiroainda-estao-longo-do-fim.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em 25 fev, 2023.

UOL. **O que diz a minuta do golpe encontrada na casa de Anderson Torres. Veja na íntegra.** Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/area/pais/casa-de-anderson-torres-tinha-minuta-para-bolsonaro-mudar-resultado-da-eleicao/>>. Acesso em 25 fev, 2023.

VALOR INVESTE. **Brasil tem a quarta maior base de usuários do Twitter no mundo.** Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/mercados/internacional-e-commodities/noticia/2022/04/25/brasil-tem-a-quarta-maior-base-de-usuarios-do-twitter-no-mundo.ghtml>>. Acesso em 20, nov, 2022.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a Tolerância.** São Paulo: Edipro, 2017.

WU, Tim. Is the First Amendment Obsolete?. In: BOLLINGER, Lee C, STONE, Geoffrey R. **The Free Speech Century.** New York, NY: Oxford University Press, 2019.

YOUTUBE. **Sessão do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3bgH3e02Q6o>>. Acesso em 27, out, 2022.

ANEXO

1 Schenck v. Estados Unidos, 249 U.S. 47 (1919)

Suprema Corte dos Estados Unidos

Schenck v. Estados Unidos, 249 U.S. 47 (1919)

Schenck v. Estados Unidos

Nºs 437, 438

Arguido em 09 e 10 de janeiro de 1919

Decidido em 03 de março de 1919

RECURSO POR ERRO À CORTE DISTRITAL DOS ESTADOS UNIDOS DO
DISTRITO LESTE DA PENSILVÂNIA

Ementa

Provas consideradas suficientes para conectar os réus ao envio de circulares impressas em cumprimento de uma conspiração para obstruir o serviço de recrutamento e alistamento, contrariando a Lei de Espionagem de 15 de junho de 1917. P 247 U.S. 49.

Documento incriminador apreendido em mandado de busca e apreensão dirigido a uma sede socialista julgado admissível enquanto prova, em consonância com a Quarta e Quinta Emendas, em ação penal contra o secretário-geral de um partido socialista, que exercia a chefia do gabinete. P. 249 U.S. 50.

Palavras que, habitualmente e em vários lugares, estariam dentro da liberdade de expressão protegida pela Primeira Emenda, podem tornar-se objeto de proibição quando de tal natureza e usadas em tais circunstâncias de modo a criar um claro e atual perigo de que ocasionarão os males substantivos que o Congresso tem o direito de prevenir. O caráter de cada ato depende das circunstâncias em que é realizado. P. 249 U.S. 51.

Uma conspiração para circular, dentre homens convocados e aceitos para serviço militar nos termos da Lei de Serviço Seletivo de 18 de maio de 1917, uma circular tendente a influenciá-los a obstruir o alistamento, com a intenção de efetivar tal resultado, e seguida pelo envio de tais circulares, é abrangida pelo poder de punir do Congresso, nos termos do §4 da Lei de Espionagem, ainda que malsucedida.

A palavra “recrutamento”, conforme usada no §3 da Lei de Espionagem, significa a obtenção de novas provisões de homens para as forças militares, bem como o alistamento de outros. P. 249 U.S. 52.

A emenda à Lei de Espionagem pela Lei de 16 de Maio de 1918, c. 75, 40 Stat. 553, não afetou a persecução dos delitos da primeira. P. 249 U.S. 53.

Mantida.

A opinião do caso é declarada.

SR. MINISTRO HOLMES emitiu a opinião da Corte.

Trata-se de pronúncia com três alegações. A primeira acusa uma conspiração para violar a Lei de Espionagem de 15 de junho de 1917, c. 30, §3, 40 Stat. 217, 219, causando e tentando causar insubordinação nas forças militares e navais dos Estados Unidos e para obstruir os serviços de recrutamento e alistamento dos Estados Unidos quando os Estados Unidos estavam em guerra com o Império Alemão, é dizer, que os réus deliberadamente conspiraram para imprimir e distribuir, a homens que haviam sido convocados e aceitos para o serviço militar nos termos da Lei de 18 de maio de 1917, um documento destinado e supostamente calculado para causar tal insubordinação e obstrução. A alegação aponta atos ostensivos em prol da conspiração, culminando na distribuição do documento apresentado. A segunda alegação aponta uma conspiração para cometer uma ofensa contra os Estados Unidos, é dizer, usar os correios para a transmissão de matéria declarada não passível de envio pelos correios segundo o Título XII, §2 da Lei de 15 de junho de 1917, a saber, o supramencionado documento, com uma afirmação dos mesmos atos ofensivos. A terceira alegação acusa um uso ilegal dos correios para a transmissão da mesma matéria supramencionada. Os réus foram declarados culpados de todas as acusações. Eles invocaram a Primeira Emenda da Constituição proibindo o Congresso de fazer qualquer lei que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa e trouxeram o caso até aqui com base nisso, bem como argumentaram alguns outros pontos dos quais devemos nos desfazer.

Alega-se que as provas, se admissíveis, não foram suficientes para provar que o réu Schenck foi encarregado de enviar os documentos. De acordo com o depoimento, Schenck disse ser o secretário-geral do partido socialista e chefiar a sede do partido socialista de onde os documentos foram enviados. Ele identificou um livro lá encontrado como a ata do Comitê Executivo do partido. O livro mostrava uma resolução de 13 de agosto de 1917 de que 15.000 folhetos deveriam ser impressos no outro lado de um já em uso para serem enviados aos homens que tivessem passado por conselhos de isenção, bem como para distribuição. Schenck compareceu pessoalmente à impressão.

Em 20 de agosto, o relatório do secretário-geral disse: “Obtive novos folhetos da gráfica e comecei a trabalhar endereçando envelopes” e havia uma resolução de que Schenck receberia

US\$ 125 para enviar os folhetos pelo correio. Ele disse que tinha cerca de quinze ou dezesseis mil impressos. Havia arquivos da circular em questão no gabinete interno que, segundo ele, foram impressos do outro lado de uma circular de lado único, e lá estavam para serem distribuídos. Foi provado que outras cópias foram enviadas para homens alistados. Sem adentrar em detalhes confirmatórios que foram provados, nenhum homem razoável poderia duvidar de que o réu Schenck foi, em grande medida, instrumental no envio das circulares. Quanto à ré Baer, há evidências de que ela era uma membra do Comitê Executivo, e de que as atas de suas negociações eram dela. O argumento relativo à suficiência da evidência de que os réus conspiraram para enviar os documentos apenas debilita a seriedade da real defesa.

Objeta-se que a prova documental não era admissível porque foi obtida mediante mandado de busca e apreensão, aparentemente válido. O contrário está estabelecido. *Adams v. New York*, 192 U.S. 585; *Weeks v. Estados Unidos*, 232 U.S. 383, 232 U.S. 395, 232 U.S. 396. O mandado de busca e apreensão não foi emitido contra o réu, mas sim contra a sede do partido socialista na Arch Street 1326, e parece que os documentos tecnicamente não estavam sequer na posse dos réus. Vide *Johnson v. Estados Unidos*, 228 U.S. 457. Não obstante alguns argumentos em contrário, a noção de que mesmo a prova diretamente procedente de um réu em um procedimento criminal está excluída em todos os casos pela Quinta Emenda é claramente infundada. *Holt v. Estados Unidos*, 218 U.S. 245, 218 U.S. 252, 218 U.S. 253.

O documento em questão, em seu primeiro lado impresso, recitava a primeira seção da Décima Terceira Emenda e dizia que a ideia incorporada nela era violada pela Lei de Recrutamento, e que um recruta era pouco melhor que um condenado. Em linguagem apaixonada, ele insinuava que o recrutamento era despotismo em sua pior forma e um monstruoso crime contra a humanidade no interesse de alguns poucos escolhidos de Wall Street. Dizia “não se submeta à intimação”, mas, em forma, ao menos, limitava-se a medidas pacíficas como petições para a revogação do ato. O outro e posteriormente impresso lado do folheto tinha o título “Afirme seus direitos”. Declarava razões para a alegação de que qualquer um violava a Constituição quando se recusava a reconhecer “seu direito de afirmar sua oposição ao alistamento”, e seguia:

“Se você não reivindicar a apoiar seus direitos, estará ajudando a negar ou menosprezar direitos que é dever solene de todos os cidadãos e residentes dos Estados Unidos manterem”.

Descrevia os argumentos do outro lado como vindos de políticos astutos e de uma imprensa capitalista mercenária, e mesmo que o consentimento silencioso em relação à lei de recrutamento ajudaria a apoiar uma conspiração infame. Negou o poder de enviar nossos

cidadãos para costas estrangeiras para atirar em pessoas de outras terras, e acrescentou que palavras não poderiam expressar a condenação que tal crueldade a sangue frio merece, terminando: “Você deve fazer sua parte para manter, apoiar e defender os direitos do povo deste país”. É claro que o documento não teria sido enviado a menos que tivesse a intenção de produzir algum efeito, e não vemos qual efeito poderia ter sobre as pessoas sujeitas ao alistamento, exceto influenciá-las a obstruir sua execução. Os réus não negam que o júri poderá decidir em seu desfavor neste ponto.

Mas, diz-se, supondo que esta era a tendência dessa circular, ela está protegida pela Primeira Emenda da Constituição. Diz-se que duas das mais fortes expressões são citadas respectivamente de dois conhecidos homens públicos. Pode até ser que a proibição de leis restringindo a liberdade de expressão não esteja confinada a limitações prévias, embora preveni-las pareça ser o principal propósito, como insinuado em *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454, 205 U.S. 462. Admitimos que, em muitos lugares e em tempos comuns, os réus, ao dizer tudo o que foi dito na circular, estariam dentro de seus direitos constitucionais. Mas o caráter de cada ato depende das circunstâncias em que é realizado. *Aikens v. Wisconsin*, 195 U.S. 194, 195 U.S. 205, 195 U.S. 206. A proteção mais rigorosa da liberdade de expressão não protegeria um homem que gritasse falsamente fogo em um teatro e causasse pânico. Sequer protege um homem de uma injunção contra proferir palavras que possam ter todo o efeito de força. *Gompers v. Bucks Stove & Range Co.*, 221 U.S. 418, 221 U.S. 439. A questão em cada caso é se as palavras usadas são usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza de modo a criar um claro e atual perigo de que ocasionará os males substantivos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e de grau. Quando uma nação está em guerra, muitas coisas que podem ser ditas em tempos de paz são um obstáculo tão grande ao seu esforço que sua expressão não será apoiada enquanto os homens lutarem, e que nenhuma Corte poderia considera-las protegidas por qualquer direito constitucional. Parece admitir-se que, se fosse provada uma obstrução efetiva do serviço de recrutamento, a responsabilidade pelas palavras que produziram esse efeito poderia ser aplicada. O estatuto de 1917, no § 4º, pune as conspirações de obstrução, bem como a obstrução efetiva. Se o ato (falar ou distribuir uma circular), sua tendência e a intenção com que é feito são os mesmos, não vemos razão para dizer que apenas o sucesso garante tornar o ato um crime. *Goldman v. Estados Unidos*, 245 U.S. 474, 245 U.S. 477. De fato, pode-se dizer que esse caso descarta a presente disputa se o precedente abrange todas os meios de conclusão. Mas, como o direito à liberdade de expressão não foi referido especialmente, achamos conveniente acrescentar algumas palavras.

Não foi argumentado que uma conspiração para obstruir o alistamento não estava dentro das palavras da Lei de 1917. As palavras são "obstruir o serviço de recrutamento ou alistamento", e pode-se sugerir que elas se referem apenas a tornar difícil conseguir voluntários. Até então, o recrutamento geralmente era realizado por voluntários, e a palavra da lei pode evocar apenas esse método em nossas mentes. Mas o recrutamento está ganhando novos suprimentos para as forças, tanto por alistamento quanto de outra forma. Coloca-se como alternativa ao alistamento ou à inscrição voluntária neste ato. O fato de que a Lei de 1917 foi ampliada pela Emenda de 16 de maio de 1918, c. 75, 40 Estat. 553, é claro, não afeta a presente acusação, e nem mesmo se o ato anterior tivesse sido revogado. Rev.Stats., § 13.

Sentenças confirmadas.

2 Abrams v. Estados Unidos, 250 U.S. 616 (1919)

Suprema Corte dos Estados Unidos

Abrams v. Estados Unidos, 250 U.S. 616 (1919)

Abrams v. Estados Unidos

No. 316

Arguido em 21 e 22 de outubro de 1919

Decidido em 10 de novembro de 1919

RECURSO POR ERRO À CORTE DISTRITAL DOS ESTADOS UNIDOS DO
DISTRITO SUL DE NOVA IORQUE

Ementa

Provas suficientes para sustentar qualquer uma das várias acusações de uma denúncia sustentarão um veredicto e julgamento de culpa sob todas se a sentença não exceder aquilo que poderia ter sido legalmente imposto sob qualquer acusação única. P. 250 U.S. 619.

Provas todas como suficientes para sustentar uma condenação de conspiração para violar a Lei de Espionagem ao proferir, etc., circulares destinadas a provocar e encorajar a resistência aos Estados Unidos na guerra com a Alemanha, e ao incitar e defender, através de tais circulares, o recurso a uma greve geral de trabalhadores em fábricas de munições com o objetivo de reduzir a produção de artilharia e munições essenciais para o prosseguimento da guerra. P. 250 U.S. 619 et seq.

Quando processadas sob a Lei de Espionagem, as pessoas que procuravam executar um plano de ação que necessariamente, antes que pudesse ser realizado, envolvia a derrota dos

planos dos Estados Unidos na condução da guerra com a Alemanha, devem ser consideradas como tendo pretendido esse resultado, apesar de seu objetivo final poder ter sido impedir a interferência na Revolução Russa. P. 250 U.S. 621.

Confirmado.

A opinião do caso é declarada.

SR. MINISTRO CLARKE emitiu a opinião da Corte.

Em um único indiciamento, contendo quatro acusações, os cinco reclamantes, doravante designados como réus, foram condenados por conspirar para violar disposições da Lei de Espionagem do Congresso dos EUA (§ 3, Título I, da Lei aprovada em 15 de junho de 1917, conforme emendado em 16 de maio de 1918, 40 Stat. 553).

Cada uma das três primeiras acusações acusou os réus de conspirar, quando os Estados Unidos estavam em guerra com o governo imperial da Alemanha, para proferir, imprimir, escrever e publicar ilegalmente: na primeira acusação, "linguagem desleal, grosseira e abusiva sobre a forma de Governo dos Estados Unidos;" na segunda acusação, linguagem "destinada a trazer a forma de governo dos Estados Unidos ao desprezo, escárnio, injúria e descrédito"; e na terceira acusação, linguagem "destinada a incitar, provocar e encorajar a resistência aos Estados Unidos na referida guerra". A alegação na quarta acusação foi de que os réus conspiraram, "quando os Estados Unidos estavam em guerra com o governo imperial alemão, ilegalmente e deliberadamente, por enunciado, escrito, impressão e publicação, para proferir, incitar e defender a redução da produção de coisas e produtos, a saber, artilharias e munições, necessários e essenciais para o prosseguimento da guerra".

As acusações foram formuladas na linguagem do ato do Congresso.

Alegou-se em cada acusação do indiciamento que fazia parte da conspiração o fato de que os réus tentariam cumprir seu propósito ilegal imprimindo, escrevendo e distribuindo na cidade de Nova York muitas cópias de um folheto ou circular, impressos em língua inglesa, e de outra impressa em língua ídiche, cujas cópias, devidamente identificadas, foram anexadas à acusação.

Todos os cinco réus nasceram na Rússia. Eles eram inteligentes, tinham escolaridade considerável e, na época da prisão, moravam nos Estados Unidos por períodos que variavam de cinco a dez anos, mas nenhum deles havia solicitado a naturalização. Quatro deles depuseram como testemunhas em seu próprio nome e, destes, três confessaram francamente que eram "rebeldes", "revolucionários", "anarquistas", que não acreditavam em nenhum tipo de governo, e declararam que não tinham nenhum interesse no governo dos Estados Unidos. O quarto réu

testemunhou que era "socialista" e acreditava em "um tipo adequado de governo, não capitalista", mas, em sua classificação, o governo dos Estados Unidos era "capitalista".

Admitiu-se no julgamento que os réus haviam se unido para imprimir e distribuir as circulares descritas, e que cinco mil delas haviam sido impressas e distribuídas por volta do dia 22 de agosto de 1918. O grupo tinha um local de reunião na cidade de Nova York, em quartos alugados pelo réu Abrams sob nome fictício, e lá o assunto da impressão das circulares foi discutido cerca de duas semanas antes da prisão dos réus. O réu Abrams, embora não fosse impressor, em 27 de julho de 1918, comprou o aparato gráfico com o qual as circulares foram impressas e o instalou em uma sala do porão, onde o trabalho era feito à noite. As circulares foram distribuídas, algumas jogadas de uma janela de um prédio onde um dos réus trabalhava, e outras secretamente, na cidade de Nova York.

Os réus se declararam "inocentes", e o caso do Governo consistiu em mostrar os fatos que expusemos e em apresentar como prova cópias das duas circulares impressas anexas à acusação, uma folha intitulada "Revolucionários Unidos para a Ação", escrita pelo réu Lipman, e encontrada com ele quando foi preso, e outro papel, encontrado na sede do grupo, e pelo qual Abrams assumiu a responsabilidade.

Assim, a conspiração e a prática dos atos explícitos acusados foram amplamente admitidas e plenamente estabelecidas.

Nos autos assim descritos, argumenta-se, um tanto vagamente, que os atos dos quais os réus são acusados não eram ilegais, porque dentro da proteção da liberdade de expressão e de imprensa que é garantida pela Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, e que toda a Lei de Espionagem é inconstitucional por estar em conflito com aquela Emenda.

Essa alegação é suficientemente discutida e definitivamente negada em *Schenck v. Estados Unidos* e *Baer v. Estados Unidos*, 249 U.S. 47, e em *Frohwerk v. Estados Unidos*, 249 U.S. 204.

A alegação elaborada principalmente pelos réus na argumentação oral e em seus memoriais é que não há provas substanciais nestes autos para apoiar o veredito de culpa, e que o pedido dos réus para um veredito instruído em seu favor foi erroneamente negado. Apresenta-se, assim, uma questão de direito, que exige um exame dos autos não para fins de ponderação de depoimentos conflitantes, mas apenas para determinar se houve alguma prova, competente e substancial, perante o júri, tendente a sustentar o veredito. *Troxell v. Delaware, Lackawanna & Western R.R. Co.*, 227 U.S. 434, 227 U.S. 442; *Lancaster v. Collins*, 115 U.S. 222, 115 U.S. 225; *Chicago e Northwestern Ry. Co. v. Ohle*, 117 U.S. 123, 117 U.S. 129. Não precisamos

considerar a suficiência, sob a regra que acabamos de declarar, das provas apresentadas quanto a todas as acusações do indiciamento, pois, como a sentença imposta não excedeu o que poderia legalmente ter sido imposto sob qualquer acusação, o julgamento sobre o veredito do júri deve ser confirmado se a evidência for suficiente para sustentar qualquer uma das acusações. *Evans v. Estados Unidos*, 153 U.S. 608; *Claassen v. Estados Unidos*, 142 U.S. 140; *Debs v. Estados Unidos*, 249 U.S. 211, 249 U.S. 216.

O primeiro dos dois artigos anexados ao indiciamento é conspicuamente intitulado "A hipocrisia dos Estados Unidos e seus aliados". Depois de denunciar o presidente Wilson como hipócrita e covarde porque tropas foram enviadas para a Rússia, passa a atacar nosso governo em geral, dizendo:

P. 250 U.S. 620.

"O silêncio vergonhoso e covarde dele [do presidente] sobre a intervenção na Rússia revela a hipocrisia da gangue plutocrática em Washington e arredores".

Continua:

"Ele [o presidente] é covarde demais para sair abertamente e dizer: 'Nós, nações capitalistas, não podemos nos dar ao luxo de ter uma república proletária na Rússia'".

Entre as nações capitalistas, testemunhou Abrams, os Estados Unidos estavam incluídos.

Tornando-se mais inflamatória à medida que avança, a circular culmina em:

"A Revolução Russa clama: Trabalhadores do Mundo! Despertem! Levantem-se! Derrubem seu inimigo e o meu!"

"Sim! Amigos, há apenas um inimigo dos trabalhadores do mundo e esse é o CAPITALISMO".

Este é claramente um apelo aos "trabalhadores" deste país para que se levantem e derrubem pela força o governo dos Estados Unidos que eles caracterizam como seu inimigo "hipócrita", "covarde" e "capitalista".

Conclui:

"Despertem! Despertem! Vocês, Trabalhadores do Mundo!"

"REVOLUCIONÁRIOS"

O segundo dos artigos foi impresso na língua iídiche e, na tradução, tem o título "Trabalhadores - Acordem". Depois de se referir a "Sua Majestade, Sr. Wilson, e o resto da turma; cães de todas as cores", continua:

"Trabalhadores, emigrantes russos, vocês que menos acreditaram na honestidade de nosso governo", que os réus admitiram referir-se ao governo dos Estados Unidos,

"devem agora jogar fora toda a confiança, devem cuspir na cara a propaganda militar falsa, hipócrita, que tem enganado vocês tão implacavelmente, clamando por sua simpatia, sua ajuda, para o prosseguimento da guerra."

O propósito disso, obviamente, era persuadir as pessoas a quem se dirigia a fazer ouvidos moucos aos apelos patrióticos em nome do Governo dos Estados Unidos, e deixar de prestar-lhe assistência no prosseguimento da guerra.

Continua:

"Com o dinheiro que você emprestou, ou vai emprestar, eles farão balas não só para os alemães, mas também para os Sovietes Operários da Rússia. Trabalhadores nas fábricas de munição, vocês estão produzindo balas, baionetas, canhões, para matar não apenas os alemães, mas também o seu mais querido, próximo, que está na Rússia e está lutando pela liberdade".

Não adianta dizer, como agora se argumenta, que a única intenção desses réus era evitar danos à causa russa. Os homens devem ser responsabilizados por terem pretendido, e serem responsáveis, pelos efeitos que seus atos provavelmente produziram. Mesmo que seu objetivo e intenção primordial fosse ajudar a causa da Revolução Russa, o plano de ação que eles adotaram envolveu necessariamente, antes que pudesse ser realizado, a derrota do programa de guerra dos Estados Unidos, na medida em que o efeito óbvio deste apelo, se se tornasse eficaz, como eles esperavam, seria persuadir pessoas de caráter, como aqueles a quem eles consideravam se dirigir, a não ajudar com empréstimos do governo e não trabalhar em fábricas de munição onde seu trabalho produziria "balas", baionetas, canhões" e outras artilharias de guerra cujo uso causaria o "assassinato" de alemães e russos.

Mais uma vez, o espírito se torna mais amargo à medida que declara que:

"A América e seus aliados traíram (os trabalhadores). Seus objetivos de roubo são claros para todos os homens. A destruição da Revolução Russa, essa é a política da marcha para a Rússia".

"Trabalhadores, nossa resposta à intervenção bárbara tem que ser uma greve geral! Apenas um desafio aberto permitirá que o governo saiba que não só o trabalhador russo luta pela liberdade, mas que também aqui na América vive o espírito da Revolução".

Esta não é uma tentativa de provocar uma mudança de administração por meio de uma discussão franca, pois, não importa o que possa ter incitado a erupção por parte dos anarquistas acusados, o propósito manifesto de tal publicação era criar uma tentativa de derrotar os planos

de guerra do governo dos Estados Unidos, trazendo sobre o país a paralisação de uma greve geral, interrompendo assim a produção de todas as munições e outras coisas essenciais para a condução da guerra.

Esse propósito é enfatizado no próximo parágrafo, que diz:

"Não deixe o governo assustá-lo com sua punição selvagem nas prisões, enforcamento e fuzilamento. Não devemos e não vamos trair os esplêndidos combatentes da Rússia. Trabalhadores, prontos para lutar".

Depois de mais no mesmo sentido, a circular conclui:

"Ai daqueles que estarão no caminho do progresso. Que a solidariedade viva!"

Está assinado, "Os Rebeldes".

Que a interpretação que demos a esses artigos circulou no maior porto de nossa terra, do qual grande número de soldados embarcavam diariamente na época, e no qual grandes quantidades de suprimentos de guerra de todos os tipos estavam sendo fabricados na época para transporte ao exterior, não é apenas a interpretação justa deles, mas é o significado que seus autores conscientemente pretendiam que fosse transmitido por eles a outros, algo que é ainda demonstrado pelos escritos adicionais encontrados no local de reunião do grupo réu e na pessoa de um deles. Uma dessas circulares tem o título: "Revolucionários! Unidos pela Ação!"

Depois de denunciar o presidente como "Nosso Kaiser" e a hipocrisia dos Estados Unidos e seus aliados, este artigo conclui:

P. 250 U.S. 623

"Socialistas, Anarquistas, Trabalhadores Industriais do Mundo, Socialistas, Homens do Partido Trabalhista e outras organizações revolucionárias, unam-se pela ação e salvemos a República Operária da Rússia",

"Saibam, amantes da liberdade, que, para salvar a revolução russa, devemos manter os exércitos dos países aliados ocupados em casa."

Assim foi novamente declarado o propósito de lançar o país em um estado de revolução, se possível, e assim frustrar o programa militar do governo.

O artigo restante, após denunciar o morador pelo que se caracteriza como hostilidade à revolução russa, continua:

"Nós, os trabalhadores da América, que acreditamos na liberdade real, devemos nos comprometer, caso os Estados Unidos participem dessa conspiração sangrenta contra a Rússia, a criar uma perturbação tão grande que os autocratas da América sejam obrigados a manter seus exércitos em casa, e não poderão poupar nenhum para a Rússia".

Conclui com esta ameaça definitiva de rebelião armada:

"Se eles usarem armas contra o povo russo para impor seu padrão de ordem, também usaremos armas, e eles nunca verão a ruína da Revolução Russa."

Esses trechos mostram suficientemente que, embora a ocasião imediata para este surto particular de ilegalidade por parte dos réus anarquistas estrangeiros possa ter sido o ressentimento causado pelo envio de tropas do nosso governo para a Rússia como uma operação estratégica contra os alemães na frente de batalha oriental, ainda assim o objetivo claro de sua propaganda era excitar, na suprema crise da guerra, descontentamento, sedição, tumultos e, como eles esperavam, revolução, neste país com o objetivo de embarçar e, se possível, derrotar os planos militares do Governo na Europa. Uma distinção técnica talvez possa ser feita entre linguagem desleal e abusiva aplicada à forma de nosso governo ou linguagem destinada a trazer a forma de nosso governo ao desprezo e descrédito, e linguagem de caráter semelhante e destinada a produzir resultados semelhantes dirigidos contra o Presidente e o Congresso, agências através das quais essa forma de governo deve funcionar em tempos de guerra. Mas não é necessário para uma decisão neste caso considerar se tal distinção é vital ou meramente formal, pois a linguagem dessas circulares tinha obviamente a intenção de provocar e encorajar a resistência aos Estados Unidos na guerra, como afirma a terceira acusação, e os réus, nos termos, instaram e defenderam claramente o recurso à greve geral dos trabalhadores das fábricas de munições com o objetivo de reduzir a produção de munições e artilharia necessárias e essenciais para o prosseguimento da guerra, como é apontado na quarta acusação. Assim, fica claro que não apenas algumas provas, mas muitas provas persuasivas, estavam diante do júri tendendo a provar que os réus eram culpados, tanto na terceira quanto na quarta acusações do indiciamento, e, sob a regra há muito estabelecida de lei acima indicada, a sentença do Tribunal Distrital deve ser

Confirmada.

SR. MINISTRO HOLMES, dissentindo.

Este indiciamento baseia-se inteiramente na publicação de dois folhetos que descreverei em breve. A primeira acusação aponta uma conspiração durante a guerra com a Alemanha para publicar linguagem abusiva sobre a forma de governo dos Estados Unidos, colocando a preparação e publicação do primeiro panfleto como atos explícitos. A segunda acusação aponta uma conspiração durante a guerra para publicar linguagem destinada a desrespeitar a forma de governo, colocando a preparação e publicação dos dois folhetos como atos explícitos. A terceira acusação alega uma conspiração para encorajar a resistência aos Estados Unidos na mesma

guerra e para tentar efetivar o propósito através da publicação dos mesmos folhetos. A quarta acusação estabelece uma conspiração para incitar a redução da produção de coisas necessárias ao prosseguimento da guerra e tentar realizá-la publicando o segundo folheto, ao qual me referi.

O primeiro desses panfletos diz que o silêncio covarde do presidente sobre a intervenção na Rússia revela a hipocrisia da quadrilha plutocrática em Washington. Insinua que "o militarismo alemão é combinado com o capitalismo aliado para esmagar a evolução russa" - continua que os tiranos do mundo lutam entre si até verem um inimigo comum - o iluminismo da classe trabalhadora, quando eles se combinam para esmagá-lo, e que agora o militarismo e o capitalismo combinaram-se, embora não abertamente, para esmagar a revolução russa. Diz que há apenas um inimigo dos trabalhadores do mundo, e esse é o capitalismo; que é um crime para os trabalhadores da América, etc., lutar contra a república operária da Rússia, e termina "Despertai! Despertai, Trabalhadores do Mundo, Revolucionários!" Uma nota acrescenta:

"É absurdo nos chamar de pró-alemães. Odiamos e desprezamos o militarismo alemão mais do que vocês, tiranos hipócritas. Temos mais razões para denunciar o militarismo alemão do que o covarde da Casa Branca".

O outro folheto, intitulado "Trabalhadores - Acordem", com linguagem abusiva, diz que a América junto com os Aliados marchará para a Rússia para ajudar os tcheco-eslovacos em sua luta contra os bolcheviques, e que desta vez os hipócritas não enganarão os emigrantes russos e amigos da Rússia na América. Diz aos emigrantes russos que agora eles devem cuspir na falsa propaganda militar pela qual sua simpatia e ajuda para a continuação da guerra foram convocadas, e diz que, com o dinheiro que emprestaram ou vão emprestar, "eles farão balas não só para os alemães, mas também para os Sovietes Operários da Rússia", e ainda,

"Trabalhadores das fábricas de munição, vocês estão produzindo balas, baionetas, canhões, para assassinar não apenas os alemães, mas também seus mais queridos, próximos, que estão na Rússia e lutam pela liberdade" Em seguida, apela aos mesmos emigrantes russos para que não concordem com a "expedição inquisitorial à Rússia", e diz que a destruição da revolução russa é "a política da marcha para a Rússia". O panfleto termina dizendo "Trabalhadores, nossa resposta a essa intervenção bárbara tem que ser uma greve geral!" e, depois de algumas palavras sobre o espírito da revolução, exortações a não ter medo, e algumas palavras costumeiras, terminam: "Ai daqueles que estiverem no caminho do progresso. Viva a solidariedade! Os rebeldes".

Nenhum argumento me parece necessário para mostrar que esses pronunciamentos de forma alguma atacam a forma de governo dos Estados Unidos, ou que não suportam quaisquer

das duas primeiras acusações. O pouco que tenho a dizer sobre a terceira acusação pode ser adiado até que eu tenha considerado a quarta. Com relação a isso, parece muito claro para ser negado que a sugestão aos trabalhadores das fábricas de munição de que estão produzindo balas para assassinar seus entes queridos, e a defesa adicional de uma greve geral, ambos no segundo folheto, incitam a redução de produção de coisas necessárias ao prosseguimento da guerra na acepção da Lei de 16 de maio de 1918, c. 75, 40 Estat. 553, alterando o § 3 da Lei anterior de 1917. Mas, para tornar a conduta criminosa, essa lei exige que ela seja "com a intenção de que tal redução incapacite ou impeça os Estados Unidos no prosseguimento da guerra". Parece-me que tal intenção não está provada.

Estou ciente, é claro, de que a palavra intenção, como vagamente usada na discussão jurídica ordinária, significa nada mais do que o conhecimento, no momento do ato, de que as consequências supostamente pretendidas ocorrerão. Ainda menos do que isso satisfará o princípio geral da responsabilidade civil e criminal. Um homem pode ter que pagar indenização, pode ser enviado para a prisão, na lei comum pode ser enforcado, se, no momento de seu ato, ele conhecia fatos dos quais a experiência comum mostrou que as consequências seguiriam, quer se ele individualmente poderia prevê-las ou não. Mas, quando as palavras são usadas exatamente, uma ação não é feita com a intenção de produzir uma consequência, a menos que essa consequência seja o objetivo da ação. Pode ser óbvio, e óbvio para o agente, que a consequência se seguirá, e ele pode ser responsável por isso mesmo que se arrependa, mas ele não comete o ato com a intenção de produzi-la a menos que o objetivo de produzi-lo seja o motivo próximo do ato específico, embora possa haver algum motivo mais profundo por trás.

Parece-me que este estatuto deve ser entendido como usando suas palavras em um sentido estrito e preciso. Seriam absurdas em qualquer outro. Um patriota poderia pensar que estávamos desperdiçando dinheiro em aviões, ou fabricando mais canhões de um certo tipo do que precisávamos, e poderia defender a redução com sucesso, e, ainda assim, mesmo que a redução fosse impedida e outras mentes pensassem que ela fosse obviamente capaz de atrapalhar os Estados Unidos no prosseguimento da guerra, ninguém consideraria tal conduta um crime. Admito que minha ilustração não responde a tudo o que pode ser dito, mas é suficiente para mostrar o que penso e para passar a um aspecto mais importante do caso. Refiro-me à Primeira Emenda da Constituição, segundo a qual o Congresso não fará nenhuma lei que restrinja a liberdade de expressão.

Eu nunca vi qualquer razão para duvidar que as questões de direito que estavam perante esta Corte nos casos de Schenck, Frohwerk e Debs, 249 U.S. 47, 249 U.S. 204, 249

U.S. 211, foram decididas corretamente. Não duvido nem por um momento que, pelo mesmo raciocínio que justificaria punir a persuasão ao assassinato, os Estados Unidos podem punir constitucionalmente o discurso que produz ou pretenda produzir um perigo claro e iminente de provocar imediatamente certos males substantivos que os Estados Unidos constitucionalmente podem tentar impedir. O poder, sem dúvida, é maior em tempos de guerra do que em tempos de paz, porque a guerra abre perigos que não existem em outros tempos.

Mas, contra os perigos próprios da guerra, como contra os outros, o princípio do direito à liberdade de expressão é sempre o mesmo. É apenas o perigo presente de um mal imediato ou a intenção de causá-lo que justifica que o Congresso estabeleça um limite para a expressão de opinião quando não se trata de direitos privados. O Congresso certamente não pode proibir todo esforço para mudar a mente do país. Agora ninguém pode supor que a publicação sub-reptícia de um panfleto tolo por um homem desconhecido, sem mais, representaria qualquer perigo imediato de que suas opiniões atrapalhassem o sucesso das armas do governo ou tivessem qualquer tendência apreciável para fazê-lo. Publicar essas opiniões com o próprio propósito de obstruir, no entanto, poderia indicar um perigo maior e, de qualquer forma, teria a qualidade de uma tentativa. Portanto, presumo que o segundo folheto, se publicado para os fins alegados na quarta acusação, pode ser punível. Mas parece-me bastante claro que nada menos do que isso traria esses papéis ao escopo desta lei. Uma intenção real no sentido que expliquei é necessária para constituir uma tentativa, onde um ato adicional do mesmo indivíduo é necessário para completar o crime substantivo, por razões apresentadas em *Swift & Co. v. Estados Unidos*, 196 U.S. 375, 196 U.S. 396. É necessário no que o sucesso da tentativa depende de outros, porque, se essa intenção não estiver presente, o objetivo do agente pode ser alcançado sem provocar os males que se pretende controlar. A intenção de impedir a interferência na revolução na Rússia poderia ter sido satisfeita sem qualquer impedimento para continuar a guerra em que estávamos envolvidos.

Não vejo como alguém pode encontrar a intenção exigida pela lei em qualquer uma das palavras dos réus. A segunda brochura é a única que dá sequer fundamento à acusação, e aí, sem invocar o ódio ao militarismo alemão expresso na primeira, é evidente do princípio ao fim que o único objetivo do papel é ajudar a Rússia e impedir a intervenção americana lá contra o governo popular - não impedir os Estados Unidos na guerra que estava conduzindo. Dizer que duas frases, tomadas literalmente, podem significar uma sugestão de conduta que teria interferência na guerra como um efeito indireto e provavelmente indesejado não me parece de forma alguma suficiente para mostrar uma tentativa de produzir esse efeito.

Volto por um momento à terceira acusação. Ela acusa a intenção de provocar resistência aos Estados Unidos em sua guerra com a Alemanha. Tomando a cláusula do estatuto que trata disso, em conexão com as outras disposições elaboradas da lei, acho que a resistência aos Estados Unidos significa algum ato forçado de oposição a algum procedimento dos Estados Unidos em virtude da guerra. Acho que a intenção deve ser a intenção específica que descrevi e, pelas razões que dei, acho que tal intenção não foi provada ou existiu de fato. Também acho que não há indícios de resistência aos Estados Unidos da forma como interpreto a frase.

Neste caso, foram impostas penas de vinte anos de prisão pela publicação de dois folhetos que acredito que os réus tinham tanto direito de publicar quanto o governo tem de publicar a Constituição dos Estados Unidos agora invocada em vão por eles. Mesmo que eu esteja tecnicamente errado, e o suficiente possa ser espremido desses pobres e insignificantes anonimatos para mudar a cor do papel de tornassol legal, eu acrescentarei, mesmo que o que eu acho que seja a intenção necessária fosse demonstrada, a punição mais nominal me parece tudo que possivelmente poderia ser infligido, a menos que os réus sejam obrigados a sofrer não pelo que a acusação alega, mas pelo credo que eles confessam - um credo que acredito ser o credo da ignorância e da imaturidade quando honestamente mantido, como eu não vejo razão para duvidar de que foi o que ocorreu aqui, mas que, embora tenha sido objeto de exame no julgamento, ninguém tem o direito de sequer considerar ao lidar com as acusações perante a Corte.

A perseguição pela expressão de opiniões parece-me perfeitamente lógica. Se você não tem dúvidas de suas premissas ou de seu poder, e deseja um certo resultado de todo o coração, naturalmente expressa seus desejos na lei e elimina toda oposição. Permitir a oposição pelo discurso parece indicar que você considera o discurso impotente, como quando um homem diz que ele tornou quadrado o círculo, ou que você não se importa sinceramente com o resultado, ou que você duvida de seu poder ou de suas premissas. Mas quando os homens percebem que o tempo perturbou muitas fés guerreiras, eles podem vir a acreditar ainda mais do que acreditam nos próprios fundamentos de sua própria conduta que o bem final desejado é melhor alcançado pelo livre comércio de ideias - que o melhor teste de a verdade é o poder do pensamento em ser aceito na competição do mercado, e essa verdade é o único fundamento sobre o qual seus desejos podem ser realizados com segurança. Essa, de qualquer forma, é a teoria da nossa Constituição. É um experimento, como toda vida é um experimento. Todos os anos, se não todos os dias, temos que apostar nossa salvação em alguma profecia baseada em conhecimento imperfeito. Embora esse experimento seja parte de nosso sistema, acho que devemos estar

eternamente vigilantes contra tentativas de impedir a expressão de opiniões que detestamos e acreditamos estar repletas de morte, a menos que ameacem tão iminentemente uma interferência imediata nos propósitos legais e urgentes da lei que uma verificação imediata é necessária para salvar o país. Discordo totalmente do argumento do governo de que a Primeira Emenda deixou em vigor a lei comum quanto à difamação sediciosa. A história parece-me contra a noção. Eu havia imaginado que os Estados Unidos, ao longo de muitos anos, haviam demonstrado seu arrependimento pelo Ato de Sedição de 1798, reembolsando as multas que ele impôs. Somente a emergência que torna imediatamente perigoso deixar a correção dos maus conselhos para o tempo justifica a abertura de qualquer exceção à ordem abrangente: "O Congresso não fará nenhuma lei... restringindo a liberdade de expressão". É claro que estou falando apenas de expressões de opinião e exortações, que foram tudo o que foi proferido aqui, mas lamento não poder colocar em palavras mais impressionantes minha crença de que, em sua condenação sobre esta acusação, os réus foram privados de seus direitos previstos na Constituição dos Estados Unidos.

SR. MINISTRO BRANDEIS concorda com a opinião anterior

3 Whitney v. Povo do Estado da Califórnia (274 U.S. 357) 1927.

Suprema Corte dos Estados Unidos

Whitney v. Povo do Estado da Califórnia

274 U.S. 357

47 S.Ct. 641

71 L.Ed. 1095

No. 3

Rearguido em 18 de março de 1926

Decidido em 16 de março de 1927

[Ementa das páginas 357-359 intencionalmente omitida]. Os Srs. Walter H. Pollak e Walter Nelles, ambos da cidade de Nova York, pela autora do recurso em erro. Srs. John H. Riordan e U.S. Webb, ambos de San Francisco, Cal., pelo o Povo do Estado da Califórnia.

O Sr. Ministro SANFORD emitiu a opinião da Corte.

1

Por meio de uma denúncia criminal arquivada no Tribunal Superior do Condado de Alameda, Califórnia, a autora foi indiciada, em cinco acusações, por infrações à Lei do

Sindicalismo Criminoso daquele Estado. Estatutos 1919, c. 188, pág. 281. Ela foi julgada, condenada pela primeira acusação e sentenciada à prisão. A decisão foi confirmada pelo Tribunal Distrital de Apelação. Povo v. Whitney, 57 Cal. Ap. 449, 207 P. 698. Seu pedido para que o caso fosse julgado pela Suprema Corte foi negado. 57 Cal. Ap. 453, 207, p. 698. E o caso foi trazido até aqui por um recurso em erro que foi permitido pelo Presidente do Tribunal de Apelação, o mais alto tribunal do Estado em que uma decisão poderia ser tomada. Código Judiciário, § 237 (Comp. St. § 1214).

2

Na primeira audiência nesta Corte, o recurso em erro foi julgado improcedente por falta de competência. 269 U.S. 530, 46 S. Ct. 22, 70 L. Ed. 396. Posteriormente, uma petição para nova audiência foi concedida, 269 U.S. 538, 46 S. Ct. 120, 70 L. Ed. 400; e o caso foi novamente ouvido e reavaliado tanto quanto à jurisdição quanto ao mérito.

3

As disposições pertinentes da Lei do Sindicalismo Criminoso são:

4

'Seção 1. O termo 'sindicalismo criminoso' como usado neste ato é definido como qualquer doutrina ou preceito que defende, ensina ou auxilia e favorece a prática de crime, sabotagem (cuja palavra é definida como significando dano físico intencional e malicioso ou danos à propriedade física), ou atos ilícitos de força e violência ou métodos ilícitos de terrorismo como meio de realizar uma mudança na propriedade ou controle industrial ou efetuar qualquer mudança política.

5

'Seção 2. Qualquer pessoa que: * * * 4. Organize ou ajude a organizar, ou conscientemente se torne membro de qualquer organização, sociedade, grupo ou assembleia de pessoas organizadas ou reunidas para defender, ensinar ou ajudar e instigar o sindicalismo criminoso; * * *

6

'É culpado de um crime e punível com prisão.'

7

A primeira acusação das informações, sobre a qual se baseou a condenação, acusou que por volta de 28 de novembro de 1919, no condado de Alameda, a ré, em violação da Lei do Sindicalismo Criminoso, 'fez naquele momento e ali de forma ilegal, intencional, ilícita, deliberada e criminosa o ato de organizar e ajudar na organização, e foi, é, e conscientemente

tornou-se membro de uma organização, sociedade, grupo e assembleia de pessoas organizadas e reunidas para defender, ensinar, ajudar e estimular o sindicalismo criminoso.'

8

Há muito se estabeleceu que esta Corte não adquire competência para revisar a sentença de um tribunal estadual de última instância em um recurso em erro, a menos que aparente afirmativamente nos autos que uma questão federal que constitua um fundamento adequado para tal revisão foi apresentada e expressa ou necessariamente decidida por tal tribunal estadual. *Crowell v. Randell*, 10 Pet. 368, 392, 9 L. Ed. 458; *Railroad Co. v. Rock*, 4 Wall. 177, 180, 18 L. Ed. 381; *California Powder Works v. Davis*, 151 U.S. 389, 393, 14 S. Ct. 350, 38 L. Ed. 206; *Cincinnati, etc., Railway v. Slade*, 216 U.S. 78, 83, 30 S. Ct. 230, 54 L. Ed. 390; *Hiawasse Power Co. v. Carolina-Tenn. Co.*, 252 U.S. 341, 343, 40 S. Ct. 330, 64 L. Ed. 601; *Nova York v. Kleinert*, 268 U.S. 646, 650, 45 S. Ct. 618, 69 L. Ed. 1135.

9

Aqui os autos não mostram que a ré levantou ou que os tribunais estaduais consideraram ou decidiram qualquer questão federal, exceto conforme consta em uma ordem feita e lavrada pelo Tribunal de Apelação depois de ter decidido o caso e o recurso em erro ter sido expedido e devolvido a esta Corte. Uma cópia autenticada dessa ordem, trazida aqui como um aditamento aos autos, mostra que foi feita e lavrada de acordo com uma estipulação das partes, aprovada pelo tribunal, e que contém a seguinte declaração:

10

'A questão de saber se a Lei do Sindicalismo Criminoso da Califórnia * * * e sua aplicação neste caso é contrária às disposições da Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, estabelecendo que nenhum estado deve privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal, e que todas as pessoas devem receber a mesma proteção das leis, foi considerado e aprovado por esta Corte.'

11

Em *Cincinnati Packet Co. v. Bay*, 200 U.S. 179, 182, 26 S. Ct. 208, 50 L. Ed. 428, onde constava que questão federal havia sido apresentada em uma petição de recurso à Suprema Corte Estadual em caso em que a sentença foi confirmada sem parecer, considerou-se que a certidão daquele juízo no sentido de que havia considerado e necessariamente decidido esta questão foi suficiente para mostrar sua existência. E veja *Marvin v. Trout*, 199 U.S. 212, 217, 26 S. Ct. 31, 50 L. Ed. 157 e segs.; *Consolidated Turnpike v. Norfolk, etc., Ferrovia*, 228 U.S. 596, 599, 33 S. Ct. 605, 57 L. Ed. 982.

12

Assim, embora o curso incomum aqui tomado para demonstrar que questões federais foram levantadas e decididas não seja elogiado, daremos efeito à ordem do Tribunal de Apelação como seria feito se a declaração tivesse sido feita na opinião daquele tribunal quando emitida. Ver *Gross v. United States Mortgage Co.*, 108 U.S. 477, 484, 486, 2 S. Ct. 940, 27 L. Ed. 795; *Philadelphia Fire Association v. Nova York*, 119 U.S. 110, 116, 7 S. Ct. 108, 30 L. Ed. 342; *Home for Incurables v. City of New York*, 187 U.S. 155, 157, 23 S. Ct. 84, 47 L. Ed. 117, 63 L.R.A. 329; *Land & Water Co. vs. San Jose Ranch Co.*, 189 U.S. 177, 179, 180, 23 S. Ct. 487, 47 L. Ed. 765; *Reitor v. Banco de Depósito da Cidade*, 200 U.S. 405, 412, 26 S. Ct. 289, 50 L. Ed. 527; *Haire v. Rice*, 204 U.S. 291, 299, 27 S. Ct. 281, 51 L. Ed. 490; *Chambers v. Baltimore, etc., Railroad*, 207 U.S. 142, 148, 28 S. Ct. 34, 52 L. Ed. 143; *Atchison, etc., Railway v. Sowers*, 213 U.S. 55, 62, 29 S. Ct. 397, 53 L. Ed. 695; *Consolidated Turnpike Co. v. Norfolk, etc., Ferrovia*, 228 U.S. 596, 599, 33 S. Ct. 605, 57 L. Ed. 982; *Miedreich v. Lauenstein*, 232 U.S. 236, 242, 34 S. Ct. 309, 58 L. Ed. 584; *Ferrovia da Carolina do Norte v. Zachary*, 232 U.S. 248, 257, 34 S. Ct. 305, 58 L. Ed. 591, Ana. Caso 1914C, 159; *Chicago, etc., Railway v. Perry*, 259 U.S. 548, 551, 42 S. Ct. 524, 66 L. Ed. 1056.

13

E aqui, uma vez que resulta da declaração constante da ordem do Tribunal de Apelação que a questão de saber se a Lei do Sindicalismo e sua aplicação neste caso é contrária ao devido processo e cláusulas de igual proteção da Décima Quarta Emenda foi considerada e aprovada por esse tribunal - sendo esta uma questão federal, constituindo um fundamento adequado para uma revisão da sentença - concluímos que esta Corte adquiriu jurisdição sob o recurso por erro. A decisão que indeferiu a ação por incompetência será, portanto, anulada.

14

Procedemos à determinação, no mérito, da questão constitucional apreciada e proferida pelo Tribunal de Apelação. É claro que nossa revisão deve se limitar a essa questão, uma vez que não parece, nem da ordem do Tribunal de Apelação ou dos autos, que qualquer outra questão federal tenha sido apresentada e expressa ou necessariamente decidida por aquele tribunal. *Banco Nacional v. Commonwealth*, 9 Wall. 353, 363, 19 L. Ed. 701; *Edwards v. Elliott*, 21 Wall. 532, 557, 22 L. Ed. 487; *Dewey v. Des Moines*, 173 U.S. 193, 200, 19 S. Ct. 379, 43 L. Ed. 665; *Keokuk & Hamilton Bridge Co. v. Illinois*, 175 U.S. 626, 633, 20 S. Ct. 205, 44 L. Ed. 299; *Capital City Dairy Co. v. Ohio*, 183 U.S. 238, 248, 22 S. Ct. 120, 46 L. Ed. 171; *Haire v. Rice*, 204 U.S. 291, 301, 27 S. Ct. 281, 51 L. Ed. 490; *Selover, Bates & Co. v.*

Walsh, 226 U.S. 112, 126, 33 S. Ct. 69, 57 L. Ed. 146; *Missouri Pacific Railway v. Coal Co.*, 256 U.S. 134, 135, 41 S. Ct. 404, 65 L. Ed. 864. Não basta que haja em algum lugar oculto nos autos uma questão que, se tivesse sido levantada, seria de natureza federal. *Dewey v. Des Moines*, supra, 199 (19 S. Ct. 379); *Keokuk & Hamilton Bridge Co. v. Illinois*, supra, 634 (20 S. Ct. 205). E isso necessariamente exclui de nossa consideração uma questão que se pretende suscitar pela primeira vez pelas atribuições de erro aqui - não apresentadas ou repassadas pela Corte de Apelação - se, para além da constitucionalidade da Lei do Sindicalismo, o julgamento da Corte Superior, em razão das decisões daquele tribunal sobre questões de acusação e defesas, provas e afins, funcionou como uma negação ao réu do devido processo legal. Ver *Oxley Stave Co. v. Butler County*, 166 U.S. 648, 660, 17 S. Ct. 709, 41 L. Ed. 1149; *Capital City Dairy Co. v. Ohio*, supra, 248 (22 S. Ct. 120); *Manhattan Life Ins. Co. v. Cohen*, 234 U.S. 123, 134, 34 S. Ct. 874, 58 L. Ed. 1245; *Bass, etc., Ltd., v. Tax Commission*, 266 U.S. 271, 283, 45 S. Ct. 82, 69 L. Ed. 282.

15

Os seguintes fatos, entre muitos outros, foram estabelecidos no julgamento por provas incontestáveis: A ré, residente em Oakland, no Condado de Alameda, Califórnia, era membra da filial local de Oakland do Partido Socialista. Esta filial enviou delegados para a convenção nacional do Partido Socialista realizada em Chicago em 1919, que resultou em uma divisão entre o grupo 'radical' e os socialistas da velha ala. Os "radicais" - aos quais os delegados de Oakland aderiram - sendo expulsos, foram para outro salão e formaram o Partido Trabalhista Comunista da América. Sua Constituição previa a adesão de pessoas que subscrevessem os princípios do Partido e se comprometessem a se guiar por sua Plataforma, e a formação de organizações estatais em conformidade com sua Plataforma como declaração suprema do Partido. Em sua 'Plataforma e Programa', o Partido declarou que estava em plena harmonia com 'os partidos revolucionários da classe trabalhadora de todos os países' e aderiu aos princípios do comunismo estabelecidos no Manifesto da Terceira Internacional em Moscou, e que seu propósito era 'criar um movimento revolucionário unificado da classe trabalhadora na América', organizando os trabalhadores como uma classe, em uma luta de classe revolucionária para conquistar o estado capitalista, para a derrubada do domínio capitalista, a conquista do poder político e o estabelecimento de um regime de governo operário, a Ditadura do Proletariado, no lugar da máquina estatal dos capitalistas, que deveria elaborar e fazer cumprir as leis, reorganizar a sociedade com base no comunismo e criar a Comunidade Comunista; preconizava, como meio mais importante de conquista do poder do Estado, a ação das massas,

procedentes das oficinas e fábricas, sendo apenas secundário o uso da máquina política do Estado capitalista; a organização dos trabalhadores em 'sindicatos industriais revolucionários'; propaganda apontando sua natureza e possibilidades revolucionárias; e grandes batalhas industriais mostrando o valor da greve como arma política; elogiou a propaganda e o exemplo dos Trabalhadores Industriais do Mundo e suas lutas e sacrifícios na guerra de classes; prometeu apoio e cooperação ao 'proletariado industrial revolucionário da América' em suas lutas contra a classe capitalista; citou as greves de Seattle e Winnipeg e as numerosas greves em todo o país 'seguindo sem a autoridade dos antigos dirigentes sindicais reacionários', como manifestações da nova tendência; e recomendou que as greves de importância nacional sejam apoiadas e tenham um caráter político, e que se mobilizem propagandistas e organizadores 'que possam não apenas ensinar, mas realmente ajudar a colocar em prática os princípios do sindicalismo industrial revolucionário e do comunismo'.

16

Pouco depois, a filial de Oakland retirou-se do Partido Socialista e enviou delegados credenciados, incluindo a ré, para uma convenção realizada em Oakland em novembro de 1919, com o objetivo de organizar uma filial na Califórnia do Partido Trabalhista Comunista. A ré, depois de se tornar membro temporário do Partido Trabalhista Comunista, compareceu a esta convenção como delegada e participou ativamente de seus procedimentos. Ela foi eleita membro do Comitê de Credenciais e, como presidente, fez um relatório à convenção da qual os delegados fizeram parte. Ela também foi nomeada membro do Comitê de Resoluções e, como tal, assinou a seguinte resolução referente à ação política, dentre outras propostas pelo Comitê:

17

'O P.T.C. da Califórnia reconhece plenamente o valor da ação política como meio de divulgação da propaganda comunista; insiste que, proporcionalmente ao desenvolvimento da força econômica da classe trabalhadora, ela, a classe trabalhadora, também deve desenvolver seu poder político. O P.T.C. da Califórnia proclama e insiste que a conquista do poder político, local ou nacionalmente pela classe trabalhadora revolucionária, pode ser de grande ajuda para os trabalhadores em sua luta de emancipação. Por isso, exortamos novamente os trabalhadores que possuem o direito de voto a votar no partido que representa seu interesse imediato e final - o P.T.C. - em todas as eleições, estando plenamente convencidos da absoluta futilidade de obter qualquer medida real de justiça ou liberdade sob funcionários eleitos por partidos pertencentes e controlados pela classe capitalista'.

18

As atas mostram que esta resolução, com as outras propostas pela comissão, foi lida por seu presidente na convenção antes que a Comissão da Constituição apresentasse seu relatório. De acordo com a lembrança da ré, no entanto, ela mesma leu essa resolução. A partir de então, antes que o relatório da Comissão da Constituição tivesse sido posto em prática, a ré foi eleita membro suplente da Comissão Executiva do Estado. A Constituição, como finalmente lida, foi então adotada. Isso previa que a organização deveria ser chamada de Partido Trabalhista Comunista da Califórnia; que deveria ser 'filiado' ao Partido Trabalhista Comunista da América, e subscrever seu Programa, Plataforma e Constituição, e 'através desta filiação' ser 'unido à Internacional Comunista de Moscou'; e que as qualificações para filiação devem ser aquelas prescritas na Constituição Nacional. As resoluções propostas foram posteriormente aceitas e todas adotadas, exceto a de ação política, que gerou um longo debate, resultando em sua derrota e na aceitação do Programa Nacional em seu lugar. Após esta ação, a ré, sem, ao que parece, apresentar qualquer protesto, permaneceu na convenção até o seu encerramento. Mais tarde, ela participou como membro suplente de uma ou duas reuniões do Comitê Executivo do Estado em San Jose e San Francisco, e afirmou, no julgamento, que era então membro do Partido Trabalhista Comunista. Ela também testemunhou que não era sua intenção que o Partido Trabalhista Comunista da Califórnia fosse um instrumento de terrorismo ou violência, e que não era seu propósito ou o da Convenção violar qualquer lei conhecida.

19

À luz desta declaração preliminar, passamos agora, na medida em que requerem consideração específica, aos vários fundamentos sobre os quais se sustenta que a Lei do Sindicalismo e sua aplicação neste caso é contrária ao devido processo e a cláusulas de igual proteção da Décima Quarta Emenda.

20

1. Embora não se negue que as provas justificaram ao júri a conclusão de que a ré se tornou membro e ajudou a organizar o Partido Trabalhista Comunista da Califórnia, e que este foi organizado para defender, ensinar, ajudar ou estimular o sindicalismo criminoso, conforme definido pela Lei, afirma-se que a Lei, como aqui interpretada e aplicada, privou a ré de sua liberdade sem o devido processo legal, na medida em que tornou ilegal sua ação em comparecer à convenção de Oakland em razão de 'um evento subsequente causado contra a sua vontade, por intermédio de outrem, sem demonstrar intenção específica de sua parte para participar do propósito proibido da associação, e simplesmente porque, por falta de entendimento 'profético', ela não previu a qualidade que outros dariam à convenção. O argumento é, com efeito, que o

caráter da organização estatal não poderia ser previsto quando ela compareceu à convenção; que ela não tinha o propósito de ajudar a criar um instrumento de terrorismo e violência; que ela "participou na formulação e apresentação à convenção de uma resolução que, se adotada, teria comprometido a nova organização com uma política legítima de reforma política pelo uso do voto"; que foi somente depois que a maioria da convenção se mostrou 'contrária, e outras políticas menos moderadas prevaleceram' que a convenção poderia ter assumido o caráter de sindicalismo criminoso; e que, como isso foi feito apesar de seu protesto, sua mera presença na convenção, por mais violentas as opiniões nela expressas, não poderia se tornar um crime. Esta alegação, embora avançada na forma de uma objeção constitucional à Lei, na verdade nada mais é do que um esforço para revisar o peso da evidência com o objetivo de mostrar que a ré não se juntou e ajudou na organização do Partido Trabalhista Comunista da Califórnia com conhecimento de seu caráter e propósito ilegais. Esta questão, que é preclusa pelo veredito do júri - sustentado pelo Tribunal de Apelação sobre a objeção específica de que não foi apoiada pela prova - é uma questão meramente de fato que não é passível de revisão nesta Corte, na medida em que não envolve qualquer questão constitucional. E podemos acrescentar que a argumentação desconsidera inteiramente o fato de a ré ter anteriormente emitido uma carteira de filiação ao Partido Nacional; que a resolução que ela apoiou não preconizava o uso do voto com a exclusão de meios violentos e ilegais de provocar as mudanças desejadas nas condições industriais e políticas; e que, depois que a constituição do Partido da Califórnia foi aprovada, e esta resolução foi rejeitada e o Programa Nacional aceito, ela não apenas permaneceu na convenção, sem protesto, até o seu encerramento, mas posteriormente manifestou sua aquiescência participando como um membro suplente do Comitê Executivo do Estado e continuando como membro do Partido Trabalhista Comunista.

21

2. É claro que a Lei do Sindicalismo não é contrária à cláusula do devido processo legal em razão de imprecisão e incerteza de definição. Não tem nenhuma semelhança substancial com os estatutos anulados por incerteza sob a Décima Quarta e Quinta Emendas em *International Harvester Co. v. Kentucky*, 234 U.S. 216, 221, 34 S. Ct. 853, 58 L. Ed. 1284; e *Estados Unidos v. Cohen Grocery*, 255 U.S. 81, 89, 41 S. Ct. 298, 65 L. Ed. 516, 14 A. L. R. 1045, por não fixar um padrão de culpa determinável. A linguagem da seção 2, subd. 4º, da Lei pela qual a autora foi condenada é clara; a definição de 'sindicalismo criminoso', específica.

22

A lei, claramente, atende ao requisito essencial do devido processo legal de que uma lei penal seja 'suficientemente explícita para informar aqueles que a ela se submetem que conduta de sua parte os tornará passíveis de suas penalidades', e seja redigida em termos que não sejam 'tão vagos que homens de inteligência comum precisem necessariamente adivinhar seu significado e diferir quanto à sua aplicação'. *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385, 391, 46 S. Ct. 126, 70 L. Ed. 322. E ver *Estados Unidos v. Brewer*, 139 U.S. 278, 288, 11 S. Ct. 538, 35 L. Ed. 190; *Chicago, etc., Railway v. Dey (C.C.)* 35 F. 866, 876, 1 L. R. A. 744; *Tozer v. Estados Unidos (C.C.)* 52 F. 917, 919. Em *Omaechevarria v. Idaho*, 246 U.S. 343, 348, 38 S. Ct. 323, 62 L. Ed. 763, em que se considerou que a norma penal que proibia o pastoreio de ovelhas em qualquer 'campo' anteriormente ocupado por gado 'no uso habitual e costumeiro' do mesmo, não era nula por indefinição porque falhou em prever a apuração dos limites de um 'campo' ou em determinar o período de tempo necessário para constituir uma ocupação anterior 'habitual', esta Corte disse:

23

'Homens familiarizados com as condições de campo e desejosos de observar a lei terão pouca dificuldade em determinar o que é proibido por ela. Expressões semelhantes são comuns nos estatutos penais de outros Estados. Este estatuto não apresenta maior incerteza ou dificuldade, em aplicação a fatos necessariamente variados, do que tem sido repetidamente sancionado por esta corte. *Nash v. Estados Unidos*, 229 U.S. 373, 377 (33 S. Ct. 780, 57 L. Ed. 1232); *Miller v. Strahl*, 239 U.S. 426, 434 (36 S. Ct. 147, 60 L. Ed. 364)''.

24

Assim, conforme aplicado aqui, a Lei do Sindicalismo não exigia da ré nenhum entendimento 'profético' de seu significado.

25

E estatutos semelhantes do Sindicalismo Criminoso de outros Estados, alguns menos específicos em suas definições, foram julgados pelos tribunais estaduais como não sendo inválidos por indefinição. *State v. Hennessy*, 114 Wash. 351, 364, 195 P. 211; *State v. Laundry*, 103 Or. 443, 460, 204 P. 958 206 P. 290; *Povo v. Ruthenberg*, 229 Mich. 315, 325, 210 N. W. 358. E ver *Fox v. Washington*, 236 U.S. 273, 277, 35 S. Ct. 383, 59 L. Ed. 573; *Povo v. Steelik*, 187 Cal. 361, 372, 203 P. 78; *Povo v. Lloyd*, 304 Ill. 23, 34, 136 N. E. 505.

26

3. A Lei do Sindicalismo também não é contrária à cláusula de proteção igualitária com base no argumento de que, como suas penas são restritas àqueles que defendem o recurso a

métodos violentos e ilícitos como meio de alterar as condições industriais e políticas, discrimina arbitrariamente entre essas pessoas e aqueles que podem defender o recurso a esses métodos como meio de manter tais condições.

27

Está estabelecido por reiteradas decisões desta Corte que a cláusula de proteção igualitária não retira de um Estado o poder de classificação na adoção de leis policiais, mas admite o exercício de uma ampla margem de discricionariedade, e evita que isso seja feito apenas quando é sem qualquer base razoável e, portanto, é puramente arbitrário; e aquele que ataca a classificação deve arcar com o ônus de demonstrar que ela não se baseia em nenhuma base razoável, mas é essencialmente arbitrária. *Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co.*, 220 U.S. 62, 78, 31 S. Ct. 337, 55 L. Ed. 369, Ana. Caso 1912C, 160, e casos citados.

28

Uma lei não viola a cláusula de proteção igualitária apenas porque não é abrangente. *Zucht v. King*, 260 U.S. 174, 177, 43 S. Ct. 24, 67 L. Ed. 194; *James-Dickinson Farm Mortgage Co. v. Harry* (10 de janeiro de 1927) 273 U.S. 119, 47 S. Ct. 308, 71 L. Ed. 569. Um Estado pode dirigir adequadamente sua legislação contra o que considera um mal existente sem abranger todo o campo de possíveis abusos. *Patson v. Pensilvânia*, 232 U.S. 138, 144, 34 S. Ct. 281, 58 L. Ed. 539; *Farmers' Bank v. Federal Reserve Bank*, 262 U.S. 649, 661, 43 S. Ct. 651, 67 L. Ed. 1157, 30 A.L.R. 635; *James-Dickinson Mortgage Co. v. Harry*, supra. Deve-se presumir que a lei visa um mal onde a experiência o mostra mais perceptível, e que o Legislativo considera coincidente à necessidade prática; e não deve ser anulada meramente porque outros casos podem ser sugeridos aos quais a lei também poderia ter sido aplicada; que é uma questão para o Legislativo determinar, a menos que o caso seja muito claro. *Keokee Coke Co. v. Taylor*, 234 U.S. 224, 227, 34 S. Ct. 856, 58 L. Ed. 1288. E não é suscetível de objeção, a menos que a classificação seja tão carente de qualquer fundamento adequado ou razoável que impeça a suposição de que foi feita no exercício do julgamento e discricionariedade legislativa. *Stebbins v. Riley*, 268 U.S. 137, 143, 45 S. Ct. 424, 69 L. Ed. 884, 44 A.L.R. 1454; *Graves v. Minnesota* (22 de novembro de 1926) 272 U.S. 425, 47 S. Ct. 122, 71 L. Ed. 331; *Swiss Oil Corporation v. Shanks* (21 de fevereiro de 1927) 273 U.S. 407, 47 S. Ct. 393, 71 L. Ed. 709.

29

A Lei do Sindicalismo não é uma legislação de classe; ela afeta todos da mesma forma, não importa quais sejam suas associações comerciais ou vocações, que se enquadram em seus termos e fazem as coisas proibidas. Ver *State v. Hennessy*, supra, 361 (195 P. 211); *State v.*

Laundy, *supra*, 460 (204 P. 958). E não há base substancial para a alegação de que o Legislativo limitou de forma arbitrária ou irracional sua aplicação àqueles que defendem o uso de métodos violentos e ilegais para efetuar mudanças nas condições industriais e políticas; não havendo nada que indique qualquer fundamento para apreender que aqueles que desejavam manter as condições industriais e políticas existentes defenderiam ou advogariam tais métodos. Que a uma convicção generalizada da necessidade de legislação desse caráter é indicada pela adoção de leis semelhantes em vários outros Estados.

30

4. Tampouco a Lei do Sindicalismo aplicada neste caso viola a cláusula do devido processo como uma restrição dos direitos de liberdade de expressão, reunião e associação.

31

Que a liberdade de expressão assegurada pela Constituição não confere um direito absoluto de falar, sem responsabilidade, qualquer coisa que alguém possa escolher, ou uma licença irrestrita e desenfreada que dê imunidade a todo uso possível da linguagem e impeça a punição daqueles que abusam esta liberdade; e que um Estado, no exercício de seu poder de polícia, pode punir quem abusar desta liberdade por meio de declarações hostis ao bem público, tendentes a incitar ao crime, perturbar a paz pública, ou pôr em perigo os fundamentos do governo organizado e ameaçar sua derrubada por atos ilícitos, não é posta em questionamento. *Gitlow v. Nova York*, 268 U.S. 652, 666, 668, 45 S. Ct. 625, 69 L. Ed. 1138, e casos citados.

32

Ao promulgar as disposições da Lei do Sindicalismo, o Estado declarou, por meio de seu corpo legislativo, que conscientemente ser ou tornar-se membro ou auxiliar na organização de uma associação para advogar, ensinar ou auxiliar e favorecer a prática de crimes ou atos ilícitos de força, violência ou terrorismo como meio de realizar mudanças industriais ou políticas, envolve tal perigo para a paz pública e a segurança do Estado, que esses atos devem ser punidos no exercício de seu poder de polícia. Essa determinação deve ter grande peso. Toda presunção deve ser tolerada em favor da validade do estatuto, *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623, 661, 8 S. Ct. 273, 31 L. Ed. 205; e não pode ser declarada inconstitucional a não ser que se trate de uma tentativa arbitrária ou desarrazoada de exercer a autoridade conferida ao Estado no interesse público. *Great Northern Railway v. Clara City*, 246 U.S. 434, 439, 38 S. Ct. 346, 62 L. Ed. 817.

33

A essência do delito denunciado pela Lei é a combinação com outros em associação para a consecução dos fins desejados por meio da advocacia e uso de métodos criminosos e ilícitos. Participa da natureza de uma conspiração criminosa. Ver *Povo v. Steelik*, supra, 376 (203 P. 78). É claro que essa ação unida e conjunta envolve um perigo ainda maior para a paz e a segurança públicas do que as declarações e atos isolados dos indivíduos. Não podemos sustentar que, como aqui aplicada, a Lei é um exercício desarrazoado ou arbitrário do poder de polícia do Estado, infringindo injustificadamente qualquer direito de liberdade de expressão, reunião ou associação, ou que essas pessoas sejam protegidas de punição pela cláusula do devido processo legal, sendo que abusam de tais direitos juntando-se e promovendo uma organização, ameaçando assim a paz e o bem-estar do Estado.

34

Não encontramos nenhuma contrariedade na Lei do Sindicalismo aplicada neste caso ao devido processo ou cláusulas de proteção igualitária da Décima Quarta Emenda em qualquer um dos fundamentos sobre os quais sua validade foi aqui contestada.

35

A ordem que indefere o recurso por erro será anulada e suspensa, e o acórdão do Tribunal de Apelação

36

Confirmado.

SR. MINISTRO BRANDEIS (concordando)

37

A Srta. Whitney foi condenada pelo crime de ajudar na organização, no ano de 1919, do Partido Trabalhista Comunista da Califórnia, de ser membro dele e de se reunir com ele. Esses atos são considerados crime, porque o partido foi formado para ensinar o sindicalismo criminoso. O estatuto que tornou esses atos um crime restringiu o direito de liberdade de expressão e de reunião até então existente. A alegação é que o estatuto, conforme aplicado, negou à Srta. Whitney a liberdade garantida pela Décima Quarta Emenda.

38

O crime que o estatuto criou é um crime muito diferente do antigo crime de conspiração ou do antigo delito de reunião ilegal. O mero ato de ajudar na formação de uma sociedade para o ensino do sindicalismo, de se tornar membro dela, ou de se reunir com outros para esse fim, tem a qualidade dinâmica do crime. Há culpa, embora a sociedade talvez não contemple a aceitação imediata da doutrina. Assim, o acusado deve ser punido, não por tentativa,

incitamento ou conspiração, mas por um ato de preparação que, se ameaçar a ordem pública, o faz apenas remotamente. A novidade na proibição introduzida é que o estatuto visa não à prática do sindicalismo criminoso, nem mesmo diretamente à sua pregação, mas à associação com aqueles que se propõem a pregá-la.

39

Apesar dos argumentos em contrário que me pareceram persuasivos, está estabelecido que a cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda se aplica a questões de direito substantivo, bem como a questões de procedimento. Assim, todos os direitos fundamentais compreendidos no termo liberdade são protegidos pela Constituição Federal contra a invasão dos Estados. O direito à liberdade de expressão, o direito de ensinar e o direito de reunião são, naturalmente, direitos fundamentais. Ver *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 43 S. Ct. 625, 67 L. Ed. 1042, 29 A.L.R. 1446; *Pierce v. Sociedade das Irmãs*, 268 U.S. 510, 45 S. Ct. 571, 69 L. Ed. 1070, 39 A.L.R. 468; *Gitlow v. Nova York*, 268 U.S. 652, 666, 45 S. Ct. 625, 69 L. Ed. 1138; *Farrington v. Tokushige* (Nº 465, decidido em 21 de fevereiro de 1927) 273 U.S. 284, 47 S. Ct. 406, 71 L. Ed. 646. Estes não podem ser negados ou abreviados. Mas, embora os direitos de liberdade de expressão e reunião sejam fundamentais, eles não são absolutos em sua natureza. Seu exercício está sujeito a restrição, se a restrição específica proposta for necessária para proteger o Estado da destruição ou de lesão grave, política, econômica ou moral. Que a necessidade que é essencial para uma restrição válida não existe a menos que o discurso produza, ou tenha a intenção de produzir, um perigo claro e iminente de algum mal substantivo que o Estado constitucionalmente pode tentar evitar, foi estabelecido. Ver *Schenck v. Estados Unidos*, 249 U.S. 47, 52, 39 S. Ct. 247, 63 L. Ed. 470.

40

Diz-se que é função do Legislativo determinar se em um determinado momento e sob determinadas circunstâncias a formação ou reunião com uma sociedade organizada para defender o sindicalismo criminoso constitui um perigo claro e presente de mal substantivo; e que, ao promulgar a lei aqui em questão, o Legislativo da Califórnia determinou essa questão afirmativamente. Compare *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 668, 671, 45 S. Ct. 625, 69 L. Ed. 1138. Obviamente, o legislador deve decidir, em primeira instância, se existe um perigo que exija uma medida de proteção específica. Mas onde uma lei é válida apenas no caso de certas condições existirem, a promulgação da lei não pode por si só estabelecer os fatos que são essenciais para sua validade. A legislação proibitiva tem sido repetidamente considerada inválida, porque desnecessária, onde a negação de liberdade envolvida era a de se envolver em

um determinado negócio. Os poderes dos tribunais para derrubar uma lei infratora não são menores quando os interesses envolvidos não são direitos de propriedade, mas os direitos pessoais fundamentais de liberdade de expressão e reunião.

41

Esta Corte ainda não fixou o padrão para determinar quando um perigo deve ser considerado claro; quão remoto o perigo pode ser e ainda ser considerado presente; e que grau de mal deve ser considerado suficientemente substancial para justificar o recurso à restrição da liberdade de expressão e reunião como meio de proteção. Para chegar a conclusões sólidas sobre essas questões, devemos ter em mente por que a um Estado é, normalmente, negado o poder de proibir a disseminação de doutrinas sociais, econômicas e políticas que a grande maioria de seus cidadãos acredita serem falsas e carregadas de más consequências.

42

Aqueles que conquistaram nossa independência acreditavam que o fim último do Estado era tornar os homens livres para desenvolver suas faculdades, e que em seu governo as forças deliberativas deveriam prevalecer sobre as arbitrárias. Eles valorizavam a liberdade tanto como um fim quanto como um meio. Eles acreditavam que a liberdade era o segredo da felicidade e a coragem o segredo da liberdade. Eles acreditavam que a liberdade de pensar como quiser e falar como se pensa são meios indispensáveis para a descoberta e divulgação da verdade política; que sem liberdade de expressão e discussão, a assembleia seria inútil; que, com eles, a discussão oferece proteção ordinariamente adequada contra a disseminação de doutrina nociva; que a maior ameaça à liberdade é um povo inerte; que a discussão pública é um dever político; e que este deve ser um princípio fundamental do governo americano. Reconheceram os riscos a que estão sujeitas todas as instituições humanas. Mas eles sabiam que a ordem não pode ser assegurada meramente pelo medo da punição por sua infração; que é perigoso desencorajar o pensamento, a esperança e a imaginação; que o medo gera repressão; que a repressão gera ódio; que o ódio ameaça um governo estável; que o caminho da segurança está na oportunidade de discutir livremente supostas queixas e soluções propostas; e que o remédio adequado para os maus conselhos são os bons. Acreditando no poder da razão aplicado através da discussão pública, eles evitaram o silêncio coagido pela lei – o argumento da força em sua pior forma. Reconhecendo as tiranias ocasionais das majorias governantes, eles alteraram a Constituição para que a liberdade de expressão e reunião fosse garantida.

43

O medo de danos graves não pode, por si só, justificar a supressão da liberdade de expressão e reunião. Os homens temiam bruxas e queimavam mulheres. É função da expressão libertar os homens da escravidão dos medos irracionais. Para justificar a supressão da liberdade de expressão, deve haver base razoável para temer que um grave mal resultará se a liberdade de expressão for praticada. Deve haver base razoável para acreditar que o perigo apreendido é iminente. Deve haver base razoável para acreditar que o mal a ser evitado é sério. Toda denúncia de uma lei existente tende, em alguma medida, a aumentar a probabilidade de que ela seja violada. A tolerância de uma violação aumenta a probabilidade. Expressões de aprovação aumentam a probabilidade. A propagação do estado de espírito criminoso pelo ensino do sindicalismo a aumenta. A defesa da violação da lei a aumenta ainda mais. Mas mesmo a defesa da violação, por mais repreensível moralmente, não é uma justificativa para negar a liberdade de expressão quando a defesa não chega a ser incitação e não há nada que indique que a defesa seria imediatamente posta em prática. Deve-se ter em mente a grande diferença entre defesa e incitação, entre preparação e tentativa, entre reunião e conspiração. A fim de apoiar uma constatação de perigo claro e presente, deve ser demonstrado que a violência imediata séria era esperada ou defendida, ou que a conduta passada forneceu razões para acreditar que tal defesa foi então contemplada.

44

Aqueles que conquistaram nossa independência pela revolução não foram covardes. Eles não temiam a mudança política. Eles não exaltaram a ordem à custa da liberdade. Aos homens corajosos e autoconfiantes, com confiança no poder do raciocínio livre e destemido aplicado através dos processos de governo popular, nenhum perigo que flui do discurso pode ser considerado claro e presente, a menos que a incidência do mal apreendido seja tão iminente que possa acontecer antes que haja oportunidade para uma discussão completa. Se houver tempo para expor através da discussão a falsidade e as falácias, para afastar o mal pelos processos de educação, o remédio a ser aplicado é mais discurso, não silêncio forçado. Só uma emergência pode justificar a repressão. Essa deve ser a regra se a autoridade deve ser conciliada com a liberdade. Tal, em minha opinião, é o comando da Constituição. Portanto, está sempre aberto aos americanos desafiar uma lei que restringe a liberdade de expressão e reunião, mostrando que não houve emergência que a justifique.

45

Além disso, mesmo o perigo iminente não pode justificar o recurso à proibição dessas funções essenciais à democracia efetiva, a menos que o mal apreendido seja relativamente

grave. A proibição da liberdade de expressão e reunião é uma medida tão rigorosa que seria inadequada como meio para evitar um dano relativamente trivial à sociedade. Uma medida policial pode ser inconstitucional simplesmente porque o remédio, embora eficaz como meio de proteção, é indevidamente severo ou opressivo. Assim, um Estado pode, no exercício de seu poder de polícia, tornar crime qualquer invasão de terras alheias, independentemente dos resultados ou da intenção ou propósito do invasor. Pode, também, punir uma tentativa, uma conspiração ou uma incitação para cometer a transgressão. Mas é dificilmente concebível que esta Corte considerasse constitucional um estatuto que punisse como crime a mera reunião voluntária em uma sociedade formada para ensinar que os pedestres tinham o direito moral de atravessar terrenos baldios não delimitados, não demarcados e advogar por fazê-lo, mesmo se houvesse perigo iminente de que a defesas levasse a uma transgressão. O fato de que o discurso possa resultar em alguma violência ou destruição de propriedade não é suficiente para justificar sua supressão. Deve haver a probabilidade de lesão grave ao Estado. Entre os homens livres, os impedimentos a serem normalmente aplicados para prevenir o crime são a educação e a punição por violações da lei, não a redução dos direitos de liberdade de expressão e reunião.

46

A Lei do Sindicalismo da Califórnia recita na seção 4:

47

“Na medida em que este ato diz respeito e é necessário para a preservação imediata da paz e segurança pública, pela razão de que atualmente um grande número de pessoas está indo de um lugar para outro neste estado advogando, ensinando e praticando o sindicalismo criminoso, este ato entrará em vigor após a aprovação do Governador”.

48

Esta declaração legislativa satisfaz o requisito da Constituição do Estado no que diz respeito à legislação de emergência. Em *McDermott*, 180 Cal. 783, 183, p. 437. Mas não exclui a indagação sobre se, na época e nas circunstâncias, existiam as condições essenciais à sua validade sob a Constituição Federal. Pois uma lei, mesmo que não seja nula em sua face, pode ser contestada porque inválida conforme aplicada (*Dahnke-Walker Milling Co. v. Bondurant*, 257 U.S. 282, 42 S. Ct. 106, 66 L. Ed. 239), o resultado de tal investigação pode depender dos fatos específicos do caso particular. Sempre que os direitos fundamentais de liberdade de expressão e reunião são alegadamente invadidos, deve permanecer aberto ao réu apresentar a questão se realmente existia no momento um perigo claro, se o perigo, se houver, era iminente, e se o mal apreendido era tão substancial que justificasse a restrição estrita interposta pelo

Legislativo. A declaração legislativa, tal como o fato de a lei ter sido aprovada e sustentada pelo mais alto tribunal do Estado, cria apenas uma presunção ilidível de que estas condições foram satisfeitas.

49

Se em 1919, quando a Srta. Whitney fez as coisas de que se queixava, havia na Califórnia um perigo tão claro e presente de um mal grave, poderia ter se tornado a questão importante no caso. Ela poderia ter exigido que a questão fosse determinada pelo tribunal ou pelo júri. Ela alegou que a lei aplicada a ela violou a Constituição Federal; mas ela não alegou que era nula porque não havia perigo claro e presente de um mal grave, nem pediu que a existência dessas condições de uma medida válida restringindo assim os direitos de liberdade de expressão e reunião fosse passada pela aprovação de um júri. Por outro lado, havia provas sobre as quais o tribunal ou júri poderia ter descoberto que tal perigo existia. Não posso concordar com a sugestão na opinião da Corte de que reunir-se com um partido político, formado para defender a conveniência de uma revolução proletária por ação de massa em alguma data necessariamente distante no futuro, não é um direito dentro da proteção de a Décima Quarta Emenda. No presente caso, porém, houve outros testemunhos que tendiam a estabelecer a existência de uma conspiração, por parte de membros da Internacional de Trabalhadores do Mundo, para cometer crimes graves atuais, e também a mostrar que tal conspiração seria promovido pela atividade da sociedade da qual a Srta. Whitney era membro. Nestas circunstâncias, o acórdão do tribunal estatal não pode ser perturbado.

50

Nosso poder de revisão neste caso se limita não apenas à questão de saber se um direito garantido pela Constituição federal foi negado (*Murdock v. City of Memphis*, 20 Wall. 590, 22 L. Ed. 429; *Haire v. Rice*, 204 U.S. 291, 301, 27 S. Ct. 281, 51 L. Ed. 490), mas às reivindicações particulares devidamente feitas abaixo e negadas (*Seaboard Air Line Ry. v. Duvall*, 225 U.S. 477, 485, 488, 32 S. Ct. 790, 56 L. Ed. 1171). Falta-nos aqui o poder ocasionalmente exercido pela revisão de sentenças em tribunais federais inferiores para corrigir em casos criminais erros vitais, embora a impugnação não tenha sido tomada em primeira instância. *Wiborg v. Estados Unidos*, 163 U.S. 632, 658, 660, 16 S. Ct. 1127, 1197, 41 L. Ed. 289; *Clyatt v. Estados Unidos*, 197 U.S. 207, 221, 222, 25 S. Ct. 429, 49 L. Ed. 726. Trata-se de uma ação de improbidade para um tribunal estadual. Como não podemos investigar os erros agora alegados, concordo em confirmar a sentença do tribunal estadual.

51

O Sr. Ministro HOLMES se junta a esta opinião.

1

Estatutos 1919, c. 58, p. 88.

2

Compare *Frost v. R. R. Comm. da Califórnia*, 271 U.S. 583, 46 S. Ct. 605, 70 L. Ed. 1101, 47 A.L.R. 457; *Weaver v. Palmer Bros. Co.*, 270 U.S. 402, 46 S. Ct. 320, 70 L. Ed. 654; *Jay Burns Baking Co. v. Bryan*, 264 U.S. 504, 44 S. Ct. 412, 68 L. Ed. 813, 32 A.L.R. 661; *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393, 43 S. Ct. 158, 67 L. Ed. 322, 28 A.L.R. 1321; *Adams v. Tanner*, 244 U.S. 590, 37 S. Ct. 662, 61 L. Ed. 1336, L.R.A. 1917F, 1163, Ann. Caso 1917D, 973.

3

Compare Thomas Jefferson: 'Não temos nada a temer dos raciocínios desmoralizantes de alguns, se outros forem deixados livres para demonstrar seus erros e especialmente quando a lei estiver pronta para punir o primeiro ato criminoso produzido pelos falsos raciocínios; estas são correções mais seguras do que a consciência do juiz'. Citado por Charles A. Beard, *The Nation*, 7 de julho de 1926, Vol. 123, p. 8. Também no primeiro discurso de posse: 'Se houver alguém entre nós que deseje dissolver esta união ou mudar sua forma republicana, que permaneça imperturbável, como monumentos da segurança com que o erro de opinião pode ser tolerado, onde a razão fica livre para combatê-la'.

4

Compare *Judge Learned Hand in Masses Publishing Co. v. Patten (D. C.)* 244 F. 535, 540; Juiz Amidon em *United States v. Fontana*, Bull. Dep. Justiça nº 148, pp. 4, 5; Chafee, 'Liberdade de Expressão', pp. 46-56, 174.

5

Compare Z. Chafee, Jr., 'Freedom of Speech', pp. 24-39, 207-221, 228, 262-265; H. J. Laski, 'Gramática da Política', pp. 120, 121; Lord Justice Scrutton em *Rex v. Secretary for Home Affairs*, Ex parte O'Brien, (1923) 2 K. B. 361, 382: "Você realmente acredita na liberdade de expressão, se estiver disposto a permiti-la a homens cujas opiniões lhe pareçam erradas e até perigosas. * * *" Compare Warren, 'The New Liberty Under the Fourteenth Amendment', 39 *Harvard Law Review*, 431, 461.

4 Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)

Suprema Corte dos Estados Unidos

Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)

Brandenburg v. Ohio

No. 492

Arguido em 27 de fevereiro de 1969

Decidido em 09 de junho de 1969

395 U.S. 444

APELAÇÃO DA SUPREMA CORTE DE OHIO

Ementa

O apelante, um líder da Ku Klux Klan, foi condenado sob o Estatuto do Sindicalismo Criminoso de Ohio por "advogar... o dever, a necessidade ou a propriedade do crime, sabotagem, violência ou métodos ilegais de terrorismo como meio de realizar atividades industriais ou reforma política" e por "reunir-se voluntariamente com qualquer sociedade, grupo ou assembleia de pessoas formadas para ensinar ou defender as doutrinas do Sindicalismo Criminoso".

Nem a denúncia nem as instruções do juiz de primeira instância refinaram a definição estatutária do crime em termos de mera advocacia não distinguida de incitação à ação ilegal iminente.

Decisão: Visto que o estatuto, por suas palavras e como aplicado, pretende punir a mera advocacia e proibir, sob pena de punição criminal, reunião com outros apenas para advogar o tipo de ação descrita, é condenado nos termos da Primeira e do Décima Quarta Emendas. As liberdades de expressão e de imprensa não permitem que um Estado proíba a defesa do uso da força ou da violação da lei, exceto quando tal defesa é direcionada para incitar ou produzir ação ilegal iminente e é suscetível de incitar ou produzir tal ação. *Whitney v. Califórnia*, 274 U.S. 357, anulado.

Revertido.

PER CURIAM.

O apelante, líder de um grupo da Ku Klux Klan, foi condenado sob o Estatuto do Sindicalismo Criminoso de Ohio por "advogar... o dever, a necessidade ou a propriedade do crime, sabotagem, violência ou métodos ilegais de terrorismo como meio de atingimento da reforma industrial ou política" e por "reunir-se voluntariamente com qualquer sociedade, grupo

ou assembleia de pessoas formadas para ensinar ou defender as doutrinas do Sindicalismo Criminoso".

Ohio Rev.Code Ann. § 2923.13. Ele foi multado em US \$ 1.000 e condenado a 1 a 10 anos de prisão. O apelante contestou a constitucionalidade do Estatuto do Sindicalismo Criminoso sob a Primeira e a Décima Quarta Emendas da Constituição dos Estados Unidos, mas o tribunal de apelação intermediário de Ohio confirmou sua condenação sem parecer. A Suprema Corte de Ohio rejeitou seu recurso de ofício "pela razão de que nenhuma questão constitucional substancial existe aqui". Não apresentou parecer nem expôs as suas conclusões. Foi interposto recurso para este Tribunal, e notamos a provável jurisdição. 393 U.S. 94 (196). Nós revertemos.

Os autos mostram que um homem, identificado no julgamento como o apelante, telefonou para um locutor-repórter da equipe de uma estação de televisão de Cincinnati e o convidou para participar de um "comício" da Ku Klux Klan a ser realizado em uma fazenda no condado de Hamilton. Com a colaboração dos organizadores, o repórter e um cinegrafista participaram da reunião e filmaram os eventos. Parte dos filmes foram posteriormente transmitidas na estação local e em uma rede nacional.

O caso da promotoria baseou-se nos filmes e em depoimentos que identificavam o apelante como a pessoa que se comunicou com o repórter e que falou no comício. O Estado também apresentou como prova vários artigos que aparecem no filme, incluindo uma pistola, um rifle, uma espingarda, munição, uma Bíblia e um capuz vermelho usado pelo locutor nos filmes.

Um filme mostrou 12 figuras encapuzadas, algumas das quais portavam armas de fogo. Eles estavam reunidos em torno de uma grande cruz de madeira, que queimaram. Ninguém estava presente além dos participantes e dos jornalistas que fizeram o filme. A maioria das palavras pronunciadas durante a cena eram incompreensíveis quando o filme foi projetado, mas podiam ser entendidas frases esparsas que eram depreciativas para negros e, em um caso, para judeus [Nota(s) de rodapé 1]. Outra cena do mesmo filme mostrava o recorrente, em trajes da Klan, fazendo um discurso. O discurso, na íntegra, foi o seguinte: "Esta é uma reunião de organizadores. Tivemos alguns membros aqui hoje que são – temos centenas, centenas de membros em todo o Estado de Ohio. Posso citar um recorte de jornal do Columbus, Ohio, Dispatch, cinco semanas atrás, domingo de manhã. A Klan tem mais membros no Estado de Ohio do que qualquer outra organização. Não somos uma organização vingativa, mas se nosso presidente, nosso Congresso, nossa Suprema Corte, continuar a suprimir a raça branca,

caucasiana, é possível que tenha que haver alguma vingança. "Estamos marchando no Congresso em 4 de julho, quatrocentos mil homens. A partir daí, estamos nos dividindo em dois grupos, um grupo para marchar em St. Augustine, Flórida, o outro grupo para marchar em direção ao Mississippi. Obrigado". P. 395 U.S. 447.

O segundo filme mostrava seis figuras encapuzadas, uma das quais, posteriormente identificada como o apelante, repetiu um discurso muito semelhante ao registrado no primeiro filme. A referência à possibilidade de "vingança" foi omitida e uma frase foi acrescentada: "Pessoalmente, acredito que o negro deveria ser devolvido à África, o judeu retornado a Israel". Embora algumas das figuras nos filmes carregassem armas, o orador não carregava.

O Estatuto do Sindicalismo Criminoso de Ohio foi promulgado em 1919. De 1917 a 1920, leis idênticas ou bastante semelhantes foram adotadas por 20 Estados e dois territórios. E. Dowell, *A History of Criminal Syndicalism Legislation in the United States* 21 (1939). Em 1927, esta Corte sustentou a constitucionalidade da Lei do Sindicalismo Criminoso da Califórnia, Cal.Penal Code §§ 11400-11402, cujo texto é bastante semelhante ao das leis de Ohio. *Whitney v. Califórnia*, 274 U.S. 357 (1927). A Corte manteve a lei com base no fato de que, sem mais, a conduta de "advogar" meios violentos para efetuar mudanças políticas e econômicas envolve tal perigo para a segurança do Estado, que o Estado pode proibi-la. Cf. *Fiske v. Kansas*, 274 U.S. 380 (1927). Mas *Whitney* foi completamente desacreditado por decisões posteriores. Ver *Dennis v. Estados Unidos*, 341 U.S. 494, em 341 U.S. 507 (1951). Essas decisões posteriores moldaram o princípio de que as garantias constitucionais de liberdade de expressão e de imprensa não permitem que um Estado proíba ou condene a defesa do uso da força ou da violação da lei, exceto quando tal defesa é direcionada para incitar ou produzir ação ilegal iminente e é suscetível de incitar ou produzir tal ação. [Nota de rodapé 2] Como dissemos em *Noto v. Estados Unidos*, 367 U.S. 290, 367 U.S. 297-298 (1961), "o mero ensino abstrato... da propriedade moral ou mesmo da necessidade moral de um recurso à força e à violência não é o mesmo que preparar um grupo para uma ação violenta e fortalecê-lo para tal ação".

Ver também *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242, 301 U.S. 259-261 (1937); *Bond v. Floyd*, 385 U.S. 116, 385 U.S. 134 (1966). Um estatuto que não faça essa distinção inadmissivelmente se intromete nas liberdades garantidas pela Primeira e Décima Quarta Emendas. Ele varre para dentro de seu discurso de condenação o que a nossa Constituição imunizou do controle governamental. Cf. *Yates v. Estados Unidos*, 354 U.S. 298 (1957); *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353 (1937); *Stromberg v. Califórnia*, 283 U.S. 359 (1931). Ver também *Estados Unidos*

v. *Robel*, 389 U.S. 258 (1967); *Keyishian v. Conselho de Regentes*, 385 U.S. 589 (1967); *Elfbrandt v. Russell*, 384 U.S. 11 (1966); *Aptheker v. Secretário de Estado*, 378 U.S. 500 (1964); *Baggett v. Bullitt*, 377 U.S. 360 (1964).

Medido por este teste, a Lei do Sindicalismo Criminoso de Ohio não pode ser sustentada. A lei pune pessoas que "defendem ou ensinam o dever, necessidade ou propriedade" da violência "como meio de realizar uma reforma industrial ou política"; ou que publiquem, circulem ou exibam qualquer livro ou artigo que contenha tal defesa; ou que "justifiquem" a prática de atos violentos "com intuito de exemplificar, difundir ou advogar a adequação das doutrinas do Sindicalismo Criminoso"; ou que "se reúnem voluntariamente" com um grupo formado "para ensinar ou defender as doutrinas do Sindicalismo Criminoso". Nem a denúncia nem as instruções do juiz de primeira instância ao júri refinaram de forma alguma a definição legal do crime em termos de mera defesa não distinguida de incitação a ação ilegal iminente. [Nota de rodapé 3]

Assim, estamos aqui perante um estatuto que, por suas próprias palavras e como aplicado, pretende punir a mera advocacia e proibir, sob pena de punição criminal, a reunião com outros apenas para defender o tipo de ação descrita [Nota de rodapé 4]. Tal estatuto é condenado nos termos da Primeira e Décima Quarta Emendas. O ensinamento contrário de *Whitney v. Califórnia*, supra, não pode ser sustentado, e essa decisão é, portanto, nula.

Revertido.

[Nota de rodapé 1]

As partes significativas que puderam ser compreendidas foram:

"Até onde o negro vai - sim."

"Isso é o que vamos fazer com os negros."

"Um negro sujo."

"Mande os judeus de volta para Israel."

"Vamos devolvê-los ao jardim escuro."

"Salve a América."

"Vamos voltar para a melhoria constitucional."

"Enterrem os negros."

"Pretendemos fazer a nossa parte."

"Dê-nos os nossos direitos de estado."

"Liberdade para os brancos."

"Negros vão ter que lutar por cada centímetro que conseguirem a partir de agora."

[Nota de rodapé 2]

Foi com base na teoria que o Smith Act, 54 Stat. 670, 18 U.S.C. § 35, incorporou tal princípio e que foi aplicado somente em conformidade com ele que esta Corte sustentou a constitucionalidade da Lei. *Dennis v. Estados Unidos*, 341 U.S. 494 (1951). Que esta foi a base para *Dennis* foi enfatizado em *Yates v. Estados Unidos*, 354 U.S. 298, 354 U.S. 320-324 (1957), em que a Corte anulou condenações por defender a derrubada forçada do governo sob o Smith Act, porque as instruções do juiz de primeira instância permitiram a condenação por mera advocacia, sem relação com sua tendência a produzir ação coerciva.

[Nota de rodapé 3]

A primeira acusação da denúncia acusava o apelante de "advogar ilegalmente de boca em boca a necessidade ou a propriedade do crime, violência ou métodos ilegais de terrorismo como meio de realizar a reforma política...".

A segunda acusação acusou que o apelante "se reuniu voluntariamente com um grupo ou assembleia de pessoas formadas para defender as doutrinas do Sindicalismo Criminoso...". A acusação do juiz de primeira instância apenas seguiu a linguagem da denúncia. Nenhuma construção do Estatuto pelos tribunais de Ohio o trouxe para dentro dos limites constitucionalmente permitidos. A Suprema Corte de Ohio considerou o Estatuto em apenas um caso anterior, *State v. Kassay*, 126 Ohio St. 177, 184 N.E. 521 (1932), onde se manteve a constitucionalidade da norma.

[Nota de rodapé 4]

Os estatutos que afetam o direito de reunião, como aqueles que tratam da liberdade de expressão, devem observar as distinções estabelecidas entre a mera defesa e a incitação à ação ilegal iminente, pois, como o juiz principal Hughes escreveu em *De Jonge v. Oregon*, supra, em 299 U.S. 364: "O direito de reunião pacífica é um direito cognato aos de liberdade de expressão e liberdade de imprensa, e é igualmente fundamental". Ver também *Estados Unidos v. Cruikshank*, 92 U.S. 542, 92 U.S. 552 (1876); *Hague v. CIO*, 307 U.S. 496, 307 U.S. 513, 307 U.S. 519 (1939); *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449, 357 U.S. 460-461 (1958).

SR. MINISTRO BLACK, concordando.

Concordo com as opiniões expressas pelo SR. MINISTRO DOUGLAS em sua opinião concordante neste caso de que a doutrina do "perigo claro e presente" não deveria ter lugar na interpretação da Primeira Emenda. Associo-me à opinião da Corte, que, pelo que entendi, simplesmente cita *Dennis v. Estados Unidos*, 341 U.S. 494 (1951), mas não indica qualquer

concordância por parte da Corte com a doutrina do "perigo claro e presente" sobre a qual Dennis pretensamente confia.

SR. MINISTRO DOUGLAS, concordando.

Embora me una à opinião da Corte, desejo fazer uma ressalva.

O teste do "perigo claro e presente" foi sugerido pelo Ministro Holmes em um caso ocorrido durante a Primeira Guerra Mundial - uma guerra "declarada" pelo Congresso, não pelo Chefe do Executivo. O caso foi *Schenck v. Estados Unidos*, 249 U.S. 47, 249 U.S. 52, onde o réu foi acusado de tentar causar insubordinação nas forças armadas e obstrução ao alistamento. Os panfletos distribuídos instavam a resistência ao alistamento, denunciavam o serviço militar obrigatório e contestavam os motivos daqueles que apoiavam o esforço de guerra. A Primeira Emenda foi apresentada como defesa. O Sr. Ministro Holmes, ao rejeitar essa defesa, disse:

"A questão em todos os casos é se as palavras usadas são usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza que criam um perigo claro e presente de causar os males substantivos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e de grau".

Frohwerk v. Estados Unidos, 249 U.S. 204, também de autoria do Sr. Ministro Holmes, envolveu processo e punição pela publicação de artigos muito críticos ao esforço de guerra na Primeira Guerra Mundial. *Schenck* foi referido como uma condenação por obstruir a segurança "por palavras de persuasão". *Id.* em 249 U.S. 206. E a condenação em *Frohwerk* foi mantida porque "a circulação do jornal era em bairros onde um pouco de fôlego seria suficiente para acender uma chama". *Id.* em 249 U.S. 209. *Debs v. Estados Unidos*, 249 U.S. 211, foi o terceiro da trilogia do período de 1918. *Debs* foi condenado por falar em oposição à guerra, onde sua "oposição foi tão expressa que seu efeito natural e pretendido seria obstruir o recrutamento". *Id.* em 249 U.S. 215. "Se isso fosse pretendido, e se, em todas as circunstâncias, esse fosse seu efeito provável, não seria protegido na medida em que é parte de uma programa geral e expressões de uma crença geral e consciente". *Ibidem.* No período de 1919, a Corte aplicou a doutrina *Schenck* para afirmar as convicções de outros dissidentes na Primeira Guerra Mundial. *Abrams v. Estados Unidos*, 250 U.S. 616, foi um exemplo. O Sr. Ministro Holmes, com quem o Sr. Ministro Brandeis concordou, discordou. Embora aderisse a *Schenck*, ele não achava que, nos fatos, um caso para superar a Primeira Emenda havia sido construído:

"É apenas o perigo presente de um mal imediato ou uma intenção de trazê-lo que justifica o Congresso estabelecer um limite para a expressão de opinião quando os direitos privados não estão em causa. O Congresso certamente não pode proibir todos os esforços para mudar a mente do país".

Id. em 250 U.S. 628.

Outra instância foi *Schaefer v. Estados Unidos*, 251 U.S. 466, em que o Sr. Ministro Brandeis, acompanhado pelo Sr. Ministro Holmes, discordou. Um terceiro foi *Pierce v. Estados Unidos*, 252 U.S. 239, no qual, novamente, o Sr. Ministro Brandeis, acompanhado pelo Sr. Ministro Holmes, discordou.

Esses, então, foram os casos da Primeira Guerra Mundial que colocaram o brilho de "perigo claro e presente" na Primeira Emenda. Se o poder de guerra - o maior nivelador de todos - é adequado para sustentar essa doutrina é discutível. P. 395 U.S. 452

As dissidências em *Abrams*, *Schaefer* e *Pierce* mostram com que facilidade o "perigo claro e presente" é manipulado para esmagar o que Brandeis chamou de "[o] direito fundamental dos homens livres de lutar por melhores condições por meio de nova legislação e novas instituições", por meio de argumentos e discurso (*Pierce v. Estados Unidos*, supra, em 252 U.S. 273), mesmo em tempos de guerra. Embora eu duvide que o teste do "perigo claro e presente" seja compatível com a Primeira Emenda em tempos de guerra declarada, estou certo de que não é conciliável com a Primeira Emenda em dias de paz.

A Corte anula com muita propriedade *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, que envolvia a defesa de ideias que a maioria da Corte considerou infundadas e perigosas.

O Ministro Holmes, embora nunca tenha abandonado formalmente o teste do "perigo claro e presente", aproximou-se do ideal da Primeira Emenda quando disse em dissidência em *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 268 U.S. 673:

"Toda ideia é um estímulo. Ela se oferece para acreditar e, se acreditada, é posta em prática, a menos que alguma outra crença a supere ou alguma falha de energia sufoque o movimento em seu nascimento. A única diferença entre a expressão de uma opinião e uma incitação no sentido mais estrito é o entusiasmo do falante pelo resultado. A eloquência pode incendiar a razão. Mas o que quer que se pense do discurso redundante diante de nós, não teve chances de iniciar a presente conflagração. Se, a longo prazo, as crenças expressas na ditadura do proletariado estão destinadas a serem aceitas pelas forças dominantes da comunidade, o único significado da liberdade de expressão é que elas devem ter sua chance e fazer o que querem."

Nós nunca fomos fiéis à filosofia dessa dissidência.

P. 395 U.S. 453

A Corte, em *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242, anulou uma condenação por exercer os direitos da Primeira Emenda de incitar a insurreição por falta de provas de incitação. Id. em 301

U.S. 259-261. E veja *Hartzel v. Estados Unidos*, 322 U.S. 680. Em *Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 314 U.S. 261-263, aprovamos o teste de "perigo claro e presente" em um ditado elaborado que o confinou a uma categoria estrita. Mas em *Dennis v. Estados Unidos*, 341 U.S. 494, abrimos largamente a porta, distorcendo o teste do "perigo claro e presente" para além do reconhecimento [Nota de rodapé 2/1].

Nesse caso, a promotoria apelidou um acordo para ensinar o credo marxista de "conspiração". O caso foi submetido a um júri sob a alegação de que o júri não poderia condenar a menos que descobrisse que os réus "pretendiam derrubar o governo tão rapidamente quanto as circunstâncias permitissem". Id. em 341 U.S. 509-511. A Corte sustentou condenações sob essa acusação, interpretando-a como uma determinação de "se a gravidade do mal", descontada por sua improbabilidade, justifica tal invasão da liberdade de expressão como necessária para evitar o perigo" [Nota de rodapé 2/2]. Id. em 341 U.S. 510, citando *Estados Unidos v. Dennis*, 183 F.2d 201, 212.

Do teste do "perigo claro e presente" vieram outros descendentes. A defesa e o ensino da derrubada forçada do governo como um princípio abstrato são imunes a processos. *Yates v. Estados Unidos*, 354 U.S. 298, 354 U.S. 318. Mas um membro "ativo", que tem conhecimento e intenção em relação ao objetivo de derrubar o governo pela violência, *Noto v. Estados Unidos*, 367 U.S. 290, pode ser processado. *Scales v. Estados Unidos*, 367 U.S. 203, 367 U.S. 228. E o poder de investigar, respaldado pela poderosa sanção de desacato, inclui o poder de determinar em qual das duas categorias se encaixa a testemunha em particular. *Barenblatt v. Estados Unidos*, 360 U.S. 109, 360 U.S. 130. E assim o investigador vagueia à vontade por todas as crenças da testemunha, saqueando sua consciência e seus pensamentos mais íntimos.

O juiz Learned Hand, que escreveu para o Tribunal de Apelações ao confirmar o julgamento em *Dennis*, cunhou o teste "não improvável", 183 F.2d 201, 214, que esta Corte adotou e que o juiz Hand preferiu ao teste do "perigo claro e presente". De fato, em seu livro, *The Bill of Rights 59* (1958), ao se referir à criação de Holmes do teste do "perigo claro e presente", ele disse: "Não posso deixar de pensar que, pela primeira vez, Homer assentiu".

Minha própria visão é bem diferente. Não vejo lugar no regime da Primeira Emenda para qualquer teste de "perigo claro e presente", seja estrito e rígido, como alguns fariam, ou livre, como a Corte o reformulou em *Dennis*.

Quando se lê as opiniões de perto e se vê quando e como o teste do "perigo claro e presente" foi aplicado, surgem grandes dúvidas. Primeiro, as ameaças eram muitas vezes barulhentas, mas sempre insignificantes, e levadas a sério apenas por juízes tão apegados ao

status quo que a análise crítica os deixava nervosos. Em segundo lugar, o teste foi tão distorcido e pervertido em Dennis que fez do julgamento daqueles professores do marxismo um julgamento político total, que foi parte integrante da Guerra Fria que corroeu partes substanciais da Primeira Emenda.

A ação é muitas vezes um método de expressão, e enquanto tal dentro da proteção da Primeira Emenda.

Suponha que alguém rasgue sua própria cópia da Constituição em protesto eloquente a uma decisão desta Corte. Ele pode ser indiciado? P. 395 U.S. 455.

Suponha que alguém rasgue sua própria Bíblia em pedaços para comemorar sua partida de uma "fé" e sua aceitação do ateísmo. Ele pode ser indiciado?

No último período, a Corte decidiu em *Estados Unidos v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 391 U.S. 382, que um indivíduo registrado sob o Serviço Seletivo que queimou seu cartão de alistamento em protesto contra a Guerra no Vietnã poderia ser processado. A Primeira Emenda foi apresentada como defesa e rejeitada, a Corte dizendo:

"A emissão de certificados indicando o registro e classificação de elegibilidade de indivíduos é uma ajuda administrativa legítima e substancial no funcionamento deste sistema. E a legislação para garantir a disponibilidade contínua de certificados emitidos serve a um propósito legítimo e substancial na administração do sistema." 391 U.S. em 391 U.S. 377-378.

Mas *O'Brien* não foi processado por não ter seu cartão de alistamento disponível quando solicitado por um agente federal. Ele foi indiciado, julgado e condenado por queimar o cartão. E a confirmação desta condenação por esta Corte não foi, com todo o respeito, consistente com a Primeira Emenda.

O ato de orar geralmente envolve postura e movimento do corpo, bem como enunciados. No entanto, está protegido pela Cláusula de Livre Exercício. Piquetes, como já dissemos em várias ocasiões, é "liberdade de expressão a mais". Ver *Bakery Drivers Local v. Wohl*, 315 U.S. 769, 315 U.S. 775 (DOUGLAS, J., concordando); *Giboney v. Empire Storage Co.*, 336 U.S. 490, 336 U.S. 501; *Hughes v. Tribunal Superior*, 339 U.S. 460, 339 U.S. 465; *Labor Board v. Fruit Packers*, 377 U.S. 58, 377 U.S. 77 (BLACK, J., concordando), e *id.* em 377 U.S. 93 (HARLAN, J., discordante); *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 559, 379 U.S. 578 (parecer de BLACK, J.); *Food Employees v. Logan Plaza*, 391 U.S. 308, 391 U.S. 326 (DOUGLAS, J., concordando). Isso significa que pode ser regulado quando se trata do lado "a mais" ou da "ação" do protesto. Pode ser regulamentado quanto ao número de piquetes e o local e as horas (ver *Cox v. Louisiana*, *supra*), porque o tráfego e outros problemas da comunidade seriam

prejudicados. Mas nenhuma dessas considerações está envolvida no protesto simbólico da Guerra do Vietnã pela queima de um cartão de alistamento. Há muito se pensa que as crenças de alguém são santuários que o governo não pode invadir. Barenblatt é um exemplo da facilidade com que esse santuário pode ser violado. As linhas traçadas pela Corte entre o ato criminoso de ser um comunista "ativo" e o ato inocente de ser um comunista nominal ou inativo marcam a diferença apenas entre a crença profunda e permanente e a crença casual ou incerta. Mas acho que todas as questões de crença estão além do alcance de intimações ou investigações de investigadores. É por isso que as invasões de privacidade feitas por comissões de investigação eram notoriamente inconstitucionais. Essa é a culpa profunda nas infames audiências de segurança de lealdade que, desde 1947, quando o presidente Truman as lançou, processaram 20 milhões de homens e mulheres. Essas audiências estavam principalmente preocupadas com os pensamentos, ideias, crenças e convicções de cada um. Foram as violações mais flagrantes da Primeira Emenda que já conhecemos.

A linha entre o que é permitido e não sujeito a controle e o que pode ser tornado inadmissível e sujeito à regulação é a linha entre ideias e atos manifestos.

O exemplo usualmente dado por aqueles que punem a fala é o caso de alguém que falsamente grita fogo em um teatro lotado.

Este é, no entanto, um caso clássico em que o discurso é combinado com a ação. Ver *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513, 357 U.S. 536-537 (DOUGLAS, J., concordando). Eles são de fato inseparáveis, e um processo pode ser instaurado pelos atos explícitos realmente causados. Além de raros casos desse tipo, o discurso é, eu acho, imune a processos. Certamente não há uma linha constitucional entre a defesa de ideias abstratas, como em *Yates*, e a defesa da ação política, como em *Scales*. A qualidade da defesa depende da profundidade da convicção, e o governo não tem poder para invadir esse santuário de crença e consciência [Nota de rodapé 2/3].

[Nota de rodapé 2/1]

Ver McKay, *The Preference For Freedom*, 34 N.Y.U.L.Rev. 1182, 1203-1212 (1959).

[Nota de rodapé 2/2]

Ver *Feiner v. New York*, 340 U.S. 315, no qual um orador foi preso por provocar uma audiência quando o único "perigo claro e presente" era que os desordeiros na audiência interrompessem a reunião.

[Nota de rodapé 2/3]

Veja SR. MINISTRO BLACK, dissidente, em *Communications Assn. v. Douds*, 339 U.S. 382, 339 U.S. 446, 339 U.S. 449 et seq.