

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO
JURÍDICO II**

VALTER MOURA DO CARMO

MANUEL FONDEVILA MARÓN

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Manuel Fondevila Marón, Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-381-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Decisão. 3. Realismo Jurídico.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO II

Apresentação

A presente obra compila os artigos do Grupo de Trabalho “Teorias do Direito, da Decisão, e do Realismo Jurídico II”, avaliados e aprovados para apresentação no XXV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI em parceria com o Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, realizado em Curitiba, no dia 8 de dezembro de 2016.

Os anais compilam os textos de autores de diferentes áreas do Direito. Todos dignos de uma leitura que aponte uma solução para os problemas enfrentados pela comunidade jurídica e não jurídica.

A problemática dos trabalhos não poderia ser mais atual diante dos conflitos nacionais porque passa o Brasil, e internacionais. Nesta situação cabe esperar dos juristas, especialmente quando reunidos em conclaves com tamanha dimensão dialógica, a aplicabilidade das propostas apresentadas.

Aos leitores cabe a oportunidade de refletirem sobre questões da envergadura de: neoconstitucionalismo e ativismo judiciário, interpretação e hermenêutica das normas jurídicas, a ideia de justiça, a cláusula de retrocesso dos direitos sociais, a independência e o mérito na toma de decisões administrativas, a liberdade de expressão e, finalmente, a unidade do Direito Público (nacional e internacional).

Boa leitura!

Prof. Dr. Manuel Fondevila Marón - UFMA

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA JURISPRUDÊNCIA ESTADUNIDENSE E AS SUAS LIÇÕES PARA O DIREITO CONTEMPORÂNEO

FREE SPEECH IN AMERICAN JURISPRUDENCE AND ITS LESSONS FOR THE CONTEMPORARY LAW

**Vitor Amaral Medrado
Matheus Assaf**

Resumo

Mesmo nos dias atuais, existe certa tendência em limitar a liberdade de expressão sob o argumento de que existem certas opiniões que são potencialmente danosas. Entretanto, é notável a concepção de tolerância criada ao longo dos anos pela Suprema Corte Americana a partir de uma interpretação da Primeira Emenda à Constituição, ampliando a proteção constitucional até mesmo aqueles discursos considerados odiosos. Nesse sentido, a partir da análise de casos da justiça estadunidense, sobre os casos *Schenck v. United States* (249 U.S. 47) e *Brandenburg v. Ohio*, mostramos as virtudes da concepção americana de liberdade de expressão.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, Suprema corte americana, Common law

Abstract/Resumen/Résumé

Even today, there is a tendency to limit freedom of expression on the grounds that there are certain opinions that are potentially harmful. However, it is remarkable the concept of tolerance created over the years by the US Supreme Court from an interpretation of the First Amendment to the Constitution, expanding the constitutional protection even those speeches considered odious. In this sense, from the analysis of cases of American justice, specially on the case *Schenck v. United States* (U.S. 47 249) and *Brandenburg v. Ohio*, we aim to show the virtues of the American concept of free speech.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Free speech, Common law, Us supreme court

INTRODUÇÃO

Muito mais que um direito individual e fundamental, a liberdade de expressão é a base de qualquer sistema democrático comprometido com os ideais de liberdade e autonomia.. Por isso, não há que se falar em capacidade deliberativa dos cidadãos sem que antes se garanta aquilo que é tão expresso na locução da língua inglesa *speak your mind*, isto é, o direito de “falar o que pensa”.

Foi com o advento da modernidade¹, que desencadeou um rompimento da ordem normativa fundamentada pelo sagrado, viabilizando a distinção entre moral, religião e direito, como também a subsequente emergência do sujeito individual, cartesiano, de consciência livre, que esse direito passará a ser defendido por toda tradição liberal. A Revolução científica realizada por Issac Newton e Galileu Galilei desencadeou o questionamento da física e da metafísica aristotélica, predominante até então, impondo uma série de dúvidas sobre sua visão teleológica da existência e sobre a universalidade nomotética, cosmológica que lhe é inerente. Dessa forma, as teorias comunitaristas que definem a sociedade como uma amálgama de indivíduos que deveriam se unir em prol de um bem, ou de um ideal de felicidade que lhes fosse comum, é posta em xeque, pois não há mais uma única essência universal que defina a existência de todos os seres humanos. O homem passa a se perceber como sujeito individual, livre para escolher qual é o propósito de sua própria vida.

Nesse sentido, os ideais modernos acabaram por consolidar a concepção de que não compartilhamos mais de uma única definição do “bem”, e que não existe mais um único modelo de vida boa a ser seguido. Cada indivíduo é capaz de dar sentido a sua existência mediante suas próprias escolhas. Por isso é essencial que o espaço público permita que todos expressem suas visões particulares daquilo que lhes parece ser certo e errado, bom ou ruim. É

¹ Segundo Hannah Arendt a modernidade é fundamentalmente marcada pelo desencadeamento de “três grandes eventos que lhe determinaram o caráter: a descoberta da América e subsequente exploração de toda a Terra; a Reforma que, expropriando as propriedades eclesiásticas e monásticas, desencadeou o duplo processo de expropriação individual e acúmulo de riqueza social; e a invenção do telescópio, ensejando o desenvolvimento de uma nova ciência que considera a natureza da Terra do ponto de vista do universo. Não são eventos modernos, tal como os conhecemos desde a Revolução Francesa; e, embora não possam ser explicados por alguma corrente de causalidade, como nenhum evento pode sê-lo, continuam a desenrolar-se ainda hoje em perfeita continuidade na qual podemos identificar precedentes e predecessores. Nenhum deles tem o caráter peculiar de uma explosão de correntes subterrâneas que, ganhando alento às ocultas, irrompessem subitamente. Os nomes ligados a estes eventos – Galileu Galilei, Martinho Lutero e os grandes navegadores, exploradores e aventureiros do tempo das descobertas – pertencem a um mundo pré-moderno.” (ARENDDT, 1991. p. 260). Estes eventos, somados ao racionalismo do filósofo René Descartes, darão azo à concepção do indivíduo, sujeito de direitos.

somente por meio dessa característica deliberativa que a democracia pode cumprir com sua finalidade agregativa, onde todos, mesmo os intolerantes, tenham a oportunidade de se manifestar e viver de acordo com suas próprias convicções.

No presente trabalho mostramos como a modernidade, com a sua nova forma de compreender o indivíduo, especialmente na sua relação com os demais indivíduos e o Estado, exige a efetivação de um novo direito: a liberdade de expressão. Como demonstramos nas páginas seguintes, a liberdade de expressão se desenvolveu a partir da tradição liberal moderna e, por isso dizer, teve o seu apogeu na jurisprudência estadunidense.

1. A liberdade de expressão na história

John Locke, principal expoente do liberalismo clássico, foi um dos primeiros filósofos a defender a liberdade de expressão, argumentando em sua teoria que o homem, ao deixar o estado de natureza e adentrar na sociedade civil, conserva o direito à vida, à propriedade e à liberdade frente ao Estado e aos demais cidadãos. Como consequência, estaria garantida também a liberdade de crença, haja vista o Estado Moderno Liberal não possuir mais o poder que detinham os estados absolutistas de coagir os súditos a professar uma única fé. Não havendo mais uma única Igreja, ou um único Deus que oriente a vida de todas as pessoas definindo, de maneira inequívoca, o que é certo e errado, o indivíduo se encontra livre para escolher e manifestar suas crenças, unicamente por meio do uso da razão e da consciência que lhes são próprias.

Poucos anos depois, na França, muito influenciado pela teoria Lockeana, Voltaire defenderá os ideais liberais se tornando, ao lado de Immanuel Kant, uma das principais vozes do Século das Luzes. É também no âmbito da tolerância religiosa que o pensador francês desenvolverá sua argumentação em prol da liberdade de opinião. Diante da injusta condenação do huguenote Jean Calas a uma cruel pena de morte resultante da intolerância em relação aos protestantes, Voltaire escreve em seu Tratado que o direito da intolerância é, “absurdo e bárbaro; é o direito dos tigres, e realmente horrível, porque os tigres não dilaceram senão para comer, enquanto nós nos dilaceramos por causa de alguns parágrafos”. (Voltaire, 2002, p. 44).

Mas é somente no século XIX que a liberdade de expressão encontrará seu maior expoente, John Stuart Mill. Aveso a qualquer tipo de tirania, o filósofo inglês, em seu *Ensaio sobre a liberdade*, combaterá principalmente a tirania da maioria, que, com a formação do Estado moderno, substituiu a figura do governante de poder ilimitado proveniente das

monarquias absolutistas e das outras formas de governo autocrático. Neste cenário não há mais uma única pessoa que imponha seus desejos particulares aos cidadãos; o que se vê agora é uma multidão de indivíduos com ideais fortemente interligados - compartilhando uma mesma percepção da realidade, opiniões e interesses coincidentes - que dará ensejo à conformação de um novo modelo de tirania. Esse novo contexto social, originário dos ideais democráticos de soberania e participação popular, se torna um terreno fértil para o desenvolvimento da tirania da maioria, contra a qual Stuart Mill direcionará fortes críticas ao denunciar a “inclinação do povo à conformidade de gostos, valores e interesses, além do ódio persecutório por toda sorte de diversidade moral, ou mesmo pela mera divergência de opinião” (Ostrensky, 2013, p.51).

Os ideais modernos acabaram por consolidar a concepção de que não compartilhamos mais de uma única definição do “bem”, e que não existe mais um único modelo de vida boa a ser seguido. Cada indivíduo é capaz de dar sentido a sua existência mediante suas próprias escolhas. Por isso é essencial que o espaço público permita que todos expressem suas visões particulares daquilo que lhes parece ser certo e errado, bom ou ruim. É somente por meio dessa característica deliberativa que a democracia pode cumprir com sua finalidade agregativa, onde todos, mesmo os intolerantes, tenham a oportunidade de se manifestar e viver de acordo com suas próprias convicções.

Não é função do direito definir qual moral pode ser debatida na esfera pública. Por mais intransigente e fundamentalista que um ponto de vista pareça ser, ele não pode ser censurado à priori, pois “todo silenciar de discussão é uma pretensão de infalibilidade” (Mill, 2006, p. 37) e nunca se pode ter certeza de que a opinião que se pretende reprimir é de fato uma opinião falsa.

Por isso, em um sistema democrático, uma moral particular, ou compartilhada por uma maioria, não deve impor limites à liberdade de discurso, mesmo àqueles que são supostamente odiosos. Na verdade, é exatamente nisto que consiste a tolerância liberal: na proteção daquelas ideias que ninguém gostaria de ouvir (Holmes, 1929). Do contrário não há que se falar em tolerância e nem mesmo em liberdade, pois “sempre se tenta modelar a própria posição como tolerante e a dos outros como intolerante,” (Forst, 2009, p. 16), impedindo que os dissonantes participem e defendam livremente suas opiniões no espaço público.

Desta forma, a dignidade da pessoa humana, princípio que se irradia pela maioria dos sistemas constitucionais ocidentais, não pode servir para limitar nenhuma espécie de discurso, pois é um conceito aberto que só ganha significado se preenchido por alguma moral

específica. Cada indivíduo possui um ideal distinto daquilo que é uma vida digna: católicos, evangélicos, judeus, muçulmanos, hinduístas, ateus, neonazistas, anarquistas, homossexuais, bissexuais, feministas, machistas, marxistas, capitalistas, conservadores, progressistas, republicanos, liberais, possuem entendimentos bem distintos sobre o que é a dignidade humana.

É por isso que deve ser estendido a todos o direito de se expressar, mesmo que as opiniões de uns sejam um tanto quanto ofensivas a outros. Nesse sentido, é exemplar a atual leitura que faz a Suprema Corte Americana da Primeira Emenda² da Constituição, que levou os Estados Unidos a limitar e proibir o discurso de ódio o mais tardiamente possível, ao contrário da tradição Europeia: somente quando constatado o perigo iminente da concretização de atos ilícitos é que se legitimaria a interferência estatal na esfera individual (Brugger, 2007, p.136).

Não há até hoje um estudo mais aprofundado, sobretudo no Brasil, acerca da fundamentação dos limites impostos à liberdade de expressão, especificamente no que diz respeito à proteção do discurso de ódio, ou *hate speech*³.

A Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América – uma das Cartas Políticas mais antiga do mundo ainda em vigor – lançava luzes sobre o controverso tema da liberdade de expressão já em 1789⁴. Seu texto é claro e sucinto:

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.⁵

Apesar da literalidade de sua redação, a interpretação mais adequada desta norma só veio à tona no início do século passado, quando o *justice* Holmes⁶ mudou a sua orientação

²Amendment I (1791): *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.*

³Expressão que se traduz, literalmente, como discurso de ódio e que, de acordo com grande parte das definições, “refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”. (Brugger, 2007, p.118)

⁴No entanto, segundo Winfried Brugger, “de modo geral, nem o direito constitucional moderno nem o direito internacional permite ou proíbe o discurso de ódio de maneira consistente” (Brugger, 2007, p.118).

⁵O congresso não deverá fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o seu livre exercício; ou cercear a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de petição ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas. (Tradução livre)

⁶Jurista e Filósofo norte-americano da Suprema Corte dos Estados Unidos da América durante os anos de 1902 a 1932. Famoso por suas inúmeras opiniões dissidentes e também por ser um dos juízes mais citados na história das decisões proferidas pela corte. Ficou conhecido também como “*The Great Dissenter*”.

sobre o tema ao formular o Princípio do Perigo Claro e Presente⁷, durante o julgamento do caso *Schenck v. United States*. Foi a partir daí que, na jurisprudência americana, a liberdade de expressão – nela incluído o direito de expressar mensagens de ódio – veio a se tornar um direito inafastável que, na maioria das vezes, prevalece sobre outros valores positivados que o contrapõem, tais como a dignidade, a honra, a civilidade e a igualdade. (Brugger, 2007)

No decorrer dos anos, outros casos semelhantes foram submetidos à análise da Suprema Corte Americana e a *dissent* de Holmes acabou se tornando o entendimento majoritário, principalmente após o julgamento que marcaria a mudança substancial na orientação dos magistrados.

Nas decisões dos casos *Schenck v. United States* (249 U.S. 47) e *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444) foram formulados o Princípio do Perigo Claro e Presente e o Teste da Ação Ilegal Iminente. Ambos demonstram como pode ser realizada a aplicação do Princípio do Dano de Stuart Mill até mesmo nos casos envolvendo discursos discriminatórios de caráter odioso.

2. O caso *Schenck v. United States* (249 U.S. 47)

A propositura da Primeira Emenda foi claramente influenciada pelos ideais liberais ingleses de Locke, Mill e de *Sir Willian Blackstone*⁸ como também pela efervescência das ideias democráticas francesas que já valorizam substancialmente a liberdade de imprensa e de expressão (Maciel, 2008).

Durante muito tempo, o entendimento majoritário da *Supreme Court* sobre o texto da Emenda n.1 se opunha a toda e qualquer censura prévia que pudesse ser imposta à imprensa. Contudo, não estendia essa proteção aos discursos considerados odiosos, admitindo punições posteriores contra aqueles que manifestavam opiniões impróprias, malévolas ou ilegais⁹.

Por isso, em grande parte da história norte americana prevaleceram algumas limitações do direito à liberdade de expressão, mas, de todo modo, a não admissão da censura prévia sempre foi tida como regra geral, não admitindo relativizações. Exemplo disso foi o emprego do *Bad Tendency Principle* – Princípio da tendência nociva – pela Suprema Corte,

⁷ *Clear and Present Danger Principle*: formulado pelo *Justice Oliver Wendell Holmes Jr.* em sua famosa *opinion* proferida em 1919 no caso *Schenck v. United States* (249 U.S. 47).

⁸ *William Blackstone* (1723-1780) foi um grande jurista inglês defensor da liberdade de expressão, ficou reconhecido, principalmente, por seus *Commentaries on the Laws of England*. Seus comentários impactaram diretamente o pensamento jurídico americano, influenciando renomados juristas como John Marshall, John Jay, James Wilson e até mesmo Abraham Lincoln. A atualidade de suas ideias faz com que Blackstone continue sendo frequentemente citado nas decisões proferidas pela Suprema Corte.

para repreender discursos de caráter potencialmente difamatório e ofensivo. Essa postura da Corte vigorou até os anos iniciais do século XX, quando o referido princípio foi aplicado pelo *justice* Oliver Wendell Holmes Jr., ainda em 1907, no caso *Patterson v. Colorado* (205 U.S. 454), no qual ficou decidida a condenação por desacato de Thomas Patterson, que teria publicado artigos e charges acusando os juízes da suprema corte do estado do Colorado de participarem de um esquema de corrupção com candidatos do Partido Republicano.

No entanto, em 1919, dois anos após a entrada dos Estados Unidos da América na Primeira Guerra Mundial, o Juiz Holmes muda sua posição frente ao tema diante do julgamento do caso *Schenck v. United States* (249 U.S. 47,) que se tornou um precedente paradigmático, definindo a atual leitura que faz a *Supreme Court* da primeira emenda.

Charles Schenck e Elizabeth Baer eram membros do Comitê Executivo do Partido Socialista da Filadélfia, do qual Schenck era Secretário-Geral. O comitê executivo do partido autorizou, e Schenck supervisionou a impressão e envio de mais de 15.000 folhetos aos homens que haviam sido recrutados para o serviço militar obrigatório durante a Primeira Guerra Mundial. O conteúdo dos folhetos exortava os homens a não se submeterem ao projeto do governo, que era considerado uma “intimidação”, convocando os cidadãos a lutarem pelos direitos que lhes estavam sendo tolhidos pelo governo federal, pois que, para Schenck e os demais os membros do Partido Socialista, o serviço militar obrigatório constituía-se em servidão involuntária.

A condenação se deu sob a justificativa de que Charles Schenck e os demais membros de seu partido havia violado o *Espionage Act of 1917*¹⁰, pois comparavam o recrutamento obrigatório à escravidão e sustentavam que o mesmo era ilegal, pois contrariava a norma contida na Décima Terceira Emenda, que enuncia em sua primeira seção:

Não deverá existir, 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.¹¹ (Tradução livre)

⁹ Segundo Adhemar Ferreira Maciel, essas foram as palavras - *improper, mischievous, or ilegal* - utilizadas pelo Presidente Madison para referir-se aos limites da liberdade de imprensa em (Maciel, 2008, p. 9).

¹⁰ Trata-se de uma lei federal dos Estados Unidos aprovada em 15 de junho de 1917, logo após a entrada do país na I Guerra Mundial. Neste contexto, muitos religiosos e pacifistas de toda estirpe iniciaram movimentos contrários à participação dos EUA na guerra, promovendo discursos públicos, piquetes, apregoando cartazes e panfletos em manifestação de repúdio às atitudes do governo. Então, o Congresso e o Presidente, temerosos das consequências de tais manifestações, editaram O *Ato de Espionagem*, que proibia e criminalizava qualquer conduta que comprometesse as operações militares, ou que visasse, de alguma forma, a obstrução do recrutamento obrigatório. O Ato também tinha como finalidade evitar a insubordinação no serviço militar e impedir o apoio aos inimigos dos EUA durante o período de guerra.

¹¹ Amendment XIII, Section 1: *Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.*

O Secretário-Geral do Partido Socialista recorreu da decisão que o condenava pela tentativa de obstrução ao recrutamento militar e por ter tentado promover a insubordinação no exército americano, alegando a inconstitucionalidade da primeira seção do *Espionage Act of 1917* diante da Primeira Emenda à Constituição, que proíbe o Congresso de aprovar leis que restrinjam a liberdade de expressão ou a liberdade de imprensa. Contudo, a Suprema Corte, por unanimidade, manteve a condenação de Schenck.

Apesar de mantida a condenação, nota-se uma mudança de direção na fundamentação da Corte, que admitia ser a sentença uma exceção devido ao contexto em que ocorreram as manifestações. Mesmo sem provas concretas que indicassem a oposição de pessoas ao recrutamento obrigatório, ou de qualquer ato de insubordinação militar em virtude da “campanha” liderada por Schenck, a Corte pressupôs que sua conduta representaria um *perigo claro e iminente* à nação, e que dessa forma não estaria sob a tutela da Primeira da Emenda.

Nesse sentido, alegou ainda a Corte que, diante de circunstâncias normais – afastado o contexto de guerra – as atitudes dos membros do Partido Comunista da Filadélfia gozariam da proteção constitucional, pois não significariam um *perigo claro e iminente*, prevalecendo o direito à liberdade de expressão. É digno de nota o trecho de uma das mais famosas dissents do *justice* Holmes:

Admitimos que, em muitos lugares e tempos normais, os réus, ao dizerem tudo o que foi dito na circular, estariam protegidos por seus direitos constitucionais. Mas o caráter de cada ato depende das circunstâncias em que é consubstanciado. A proteção mais rigorosa da liberdade de expressão não protegeria um homem que, falsamente, gritasse ‘fogo’ dentro de um teatro causando o pânico¹². (...) Em todo caso, a questão que se coloca é se as palavras usadas são usadas em dadas circunstâncias e se são de tal natureza a criar um perigo claro e presente, que causará males substanciais que o Congresso tem o direito de prevenir.¹³ (Tradução livre)

Foi então que o caduco *Bad Tendency Test* – como também ficou conhecido o Princípio da tendência nociva – começou a ceder o lugar para o *Clear and Present Danger*

¹² Durante a passagem, o juiz ainda cita dois casos que vão ao encontro de sua tese, são eles *Aikens v. Wisconsin*, (195 US 194, 195 US 205, 195 US 206) e *Gompers v. Bucks Fogão & Range Co.*, (221 US 418, 221 US 439).

¹³ We admit that, in many places and in ordinary times, the defendants, in saying all that was said in the circular, would have been within their constitutional rights. But the character of every act depends upon the circumstances in which it is done. The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. (...) The question in every case is whether the words used are used in such

Principle, que ainda influencia a atual leitura que se faz da Primeira Emenda, que, consonante à matriz democrática do Estado de Direito, apenas permite a ingerência do Estado nos casos em que o discurso suscite um perigo claro e presente. Ou, ainda, somente quando constatada a iminência de algum dano e a probabilidade da consumação de uma ação ilegal, juntamente à intenção do agente, é que será lícita a proibição do discurso por parte do Estado, como mais tarde ficou esclarecido pela Corte frente à análise de casos envolvendo o discurso de ódio¹⁴.

3. O caso *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S 444)

No que diz respeito aos casos envolvendo o *hate speech* propriamente, nenhum teve maior importância que *Brandenburg v. Ohio*, marco judicial memorável da interpretação feita pela Suprema Corte dos EUA nos casos que invocam a proteção da Emenda n. 1. A corte decidiu pela não interferência do governo naqueles discursos considerados inflamados e subversivos que apenas sugerissem um perigo em abstrato, de modo que somente quando constatada a iminência de algum dano e a probabilidade da consumação de uma ação ilegal, juntamente à intenção do agente, é que seria lícita a proibição do discurso por parte do Estado.

Clarence Brandenburg era o membro líder da Ku Klux Klan¹⁵ da zona rural do Estado de Ohio, que contactou um repórter televisivo e convidou-o para cobrir uma assembleia da KKK que seria sediada em Hamilton Couty no verão de 1964. Partes do encontro foram filmadas, as imagens mostravam vários homens vestidos de mantos e capuzes e alguns deles portavam armas de fogo. Primeiramente, atearam fogo em uma grande cruz de madeira e, logo em seguida, iniciaram os discursos. Apesar das várias palavras e frases incompreensíveis, o conteúdo de um dos discursos fazia referência à possibilidade de vingança contra negros, judeus e contra aqueles que os apoiavam. Também alertava que caso, o Presidente, o Congresso e a Suprema Corte dos EUA, continuassem a suprimir a raça

circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent.”

¹⁴ Como pode ser constatado pelo *Brandenburg Test* – também conhecido como Teste da Ação Ilegal Iminente – formulado pela Corte em decisão *per curiam*, no caso *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S 444), em 1969, envolvendo um dos líderes da Ku Klux Klan.

¹⁵ A Ku Klux Klan (KKK) é a denominação de várias organizações extremistas dos EUA que compartilham de uma ideologia reacionária e racista. Adeptos de um nacionalismo deturpado sustentavam a purificação sociedade americana e ambicionavam expurgar os negros, católicos, índios e imigrantes de todo o território americano a fim de promover uma supremacia branca e protestante no país. O primeiro clã foi fundado em 1865, na cidade de Pulaski, no Estado do Tennessee, pelo general Nathan Bedford Forrest, logo após o término da Guerra Civil, em um contexto histórico muito propício às ideias segregacionistas e vindicativas. A KKK, atualmente enfrenta um momento de plena decadência, contando com cerca de três mil membros. Maiores detalhes em <<http://leiturasdahistoria.uol.com.br/ESLH/Edicoes/18/artigo130442-4.asp>>

Caucasiana branca, seria possível que fossem tomadas algumas medidas vindicativas. Por fim, Brandenburg chegou a anunciar um plano, no qual quatrocentos mil membros da Klan marchariam sobre Washington no dia da independência americana.

Após a divulgação das filmagens em uma estação de televisão local e em rede nacional, Brandenburg, identificado com sendo o homem que liderava a reunião e quem comunicava as mensagens ao repórter, foi acusado pelo Estado de Ohio por violação do *Ohio's Criminal Syndicalism Statute*¹⁶.

Condenado a cumprir dez anos de prisão e multado em mil dólares, em sede de primeira instância, pela *Court of Common Pleas of Hamilton Count*, o recorrente contestou a constitucionalidade do estatuto de sindicalismo criminal nos termos da Primeira e Décima Quarta Emendas à Constituição dos Estados Unidos¹⁷, mas os tribunais de Ohio indeferiram a sua alegação de maneira bastante superficial. A Suprema Corte de Ohio, inclusive, negou provimento ao recurso sem ao menos manifestar a *opinion*.

Por conseguinte, o caso foi submetido à análise da Suprema Corte dos EUA que decidiu pela reversão da condenação de Bradenburg, sustentando que o Estado não pode punir discursos, ideias e crenças que abstratamente defendam atitudes ilegais ou violentas, sem violar os direitos individuais. A decisão *per Curiam*¹⁸ da Corte resultou na revogação do *Ohio's Criminal Syndicalism Statute*, na anulação da decisão emitida no caso *Whitney v. California*¹⁹ e na formulação de um novo princípio para julgar os *hate speeches* e os discursos sediciosos.

Esse princípio ficou conhecido como *Imminent lawless action test*²⁰, ou simplesmente, *Brandenburg test* e é ainda hoje paradigma na interpretação dos casos que reclamam a proteção da Primeira Emenda. Somente quando constatada a iminência de algum dano e a probabilidade da consumação de uma ação ilegal, juntamente à intenção do agente, é que será lícita a proibição do discurso por parte do Estado, confirmando a impossibilidade da

¹⁶ Estatuto do estado de Ohio, promulgado em 1919, tinha como escopo criminalizar aqueles que “advogavam à favor do direito e da necessidade do cometimento de crimes de sabotagem, violência e de outras medidas ilegais de caráter terrorista, como meio para implementar reformas industriais ou políticas”. Além de tornar ilegal reuniões voluntárias de quaisquer grupos, sociedade ou assembleia de pessoas que objetivasse ensinar ou advogar a doutrina do *Criminal Syndicalism*.

¹⁷ Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis. Tradução livre da *14th Amendment to the United States Constitution*.

¹⁸ Do latim “pelo tribunal”, é a sentença proferida em nome da Corte, do conjunto de juízes ali presentes, não sendo nomeada a autoria da decisão de maneira específica, tornando-a ainda mais robusta e imperiosa.

¹⁹ Verificar *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927)

²⁰ Teste da ação ilegal iminente.

intervenção estatal nos discursos que fazem apologia às condutas imorais, ilegais e violentas de maneira abstrata. Baseando-se também na releitura de precedentes recentes a Corte pontuou:

*These later decisions have fashioned the principle that the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.*²¹

O teste da ação ilegal iminente complementou o princípio amplo e discricionário do “perigo claro e presente” ao precisar melhor os limites da liberdade de expressão e ao estabelecer um critério mais objetivo, no qual deve se observar a iminência do dano, a probabilidade de cometimento do ilícito e a intenção do agente. Destarte, todo e qualquer discurso goza da proteção constitucional quando não se fazem presentes esses três elementos.

É por isso que estará protegido pela Primeira Emenda o sujeito que, nas proximidades do Capitólio em Washington DC, comesse a gritar:

Acordem, massas cansadas, eu tenho quatro mensagens que é melhor vocês ouvirem, entenderem e compartilharem! Primeiro, nosso Presidente é um porco! Eu pintei dois quadros para demonstrar meu argumento. Aqui tem um mostrando o nosso claramente reconhecível Presidente como um porco mantendo relações sexuais com outro porco vestido com uma toga de juiz e, aqui, há um outro, mostrando nosso Presidente mantendo relações sexuais com sua mãe na ‘casinha’. Segundo, todos os nossos soldados são assassinos. Terceiro, o Holocausto nunca aconteceu. Quarto, afro-americanos usam a mentira da escravidão para extorquir dinheiro do governo americano, da mesma forma que os judeus usam a mentira do Holocausto para extorquir dinheiro da Alemanha. Alguma coisa tem que ser feita sobre isso! (Brugger, 2007, p. 119).

Nesta linha de raciocínio percebe-se que os limites que circunscrevem a liberdade de expressão devem ser mínimos e instrumentais para que se legitimem dentro de qualquer sistema democrático. Ademais, se o respeito às opiniões às e convicções morais de cada pessoa é a pedra fundamental não somente da democracia americana, mas de todas as democracias modernas, é imperioso o dever do Estado e de todos os cidadãos em aceitar que

²¹ Essas decisões posteriores têm moldado o princípio no qual as garantias constitucionais da liberdade de expressão e liberdade de imprensa não permitem o Estado de proibir ou proscriver a advocacia do uso da força ou da violação da lei, exceto quando tal defesa é direcionada a incitar ou produzir uma ação ilegal iminente e provavelmente incitará ou produzirá tal ação (Tradução livre).

as “crenças individuais, há muito tempo, têm sido consideradas como santuários nos quais o governo não pode invadir”.²²

CONCLUSÃO

Nas decisões dos casos *Schenck v. United States* (249 U.S. 47) e *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444) são formulados, respectivamente, o Princípio do Perigo Claro e Presente e o Teste da Ação Ilegal Iminente. Somente quando o discurso oferecer algum *dano definido*, ou *um risco de dano definido* a um único indivíduo ou a um grupo de pessoas, somado à constatação de que era a intenção do agente infligir tal dano, é que o caso deve ser retirado do âmbito da liberdade, ou seja, do âmbito da proteção da Primeira Emenda à Constituição dos EUA. Do contrário, em se tratando da mera ofensa, abstrata, genérica, implícita ou eventual, não se pode permitir a interferência estatal no discurso, um sacrifício que se deve fazer em prol de um bem maior, que é a liberdade humana. (Mill, 2006)

A tolerância religiosa e a liberdade de culto defendidas por Locke e Voltaire devem ser estendidas até mesmo para seitas como aquelas cultuadas por membros da Ku Klux Klan. De outra maneira, como se argumentaria filosoficamente pela tolerância de algumas seitas em prol de outras em um sistema democrático? Só podemos ser tolerantes com aqueles que possuem opiniões distintas, divergentes e até mesmo transgressoras, do contrário não há que se falar em tolerância, mas sim em concordância ou indiferença. Ademais, como ressaltou Locke, a cura da alma não cabe ao Direito, a censura de crenças e seitas que representam um perigo abstrato e que, supostamente, propagam o ódio e a discriminação como fez a Klan, não se justificaria por dois motivos: primeiro porque seria ilegítima, já que o discurso não demonstrou a possibilidade concreta do cometimento de um ato ilícito, não representou a iminência de nenhum dano efetivo e, nem ao menos era essa a intenção de Brandenburg quando proferiu seu discurso preconceituoso – como se pode confirmar por meio do Teste da Ação Ilegal Iminente – e, segundo, porque seria ineficaz, pois não se converte a consciência de nenhum indivíduo impedindo que esse manifeste suas opiniões, seu credo e suas percepções políticas. De acordo com esse pensamento é que a Suprema Corte Americana parece invocar os ideais de Voltaire ao utilizar a Primeira Emenda para defender o direito de todos a manifestar suas opiniões publicamente.

²² Mais uma passagem da *opinion per curiam* da Suprema Corte: “*One's beliefs have long been thought to be sanctuaries which government could not invade.*”

Justamente por não ser fundamentado por nenhuma doutrina mais abrangente específica do bem (Vita, 2009) é que um Estado Democrático de Direito justo deve se ater, em se tratando da liberdade de opinião, a uma concepção de liberdade negativa, que, segundo Isaiah Berlin é, “*simply the area within which a man can act unobstructed by others*”²³ (Berlin, 1971, p.122), garantindo assim que todos os projetos de vida, razoáveis ou não, sejam discutidos na esfera pública sem que haja uma restrição de qualquer conteúdo à priori.

Confirma-se assim que a “tolerância liberal é uma moralidade política – e neste caso a única – a ser defendida contra aqueles que querem restringir a liberdade de outros com base em suas próprias convicções de valor moral.” (Vita, 2009, p. 81). E que é somente por meio dessa tolerância que estará garantido um *espaço público desinibido, robusto e amplamente aberto*²⁴, condizente com os ideais filosófico-democráticos e políticos do Estado de Direito contemporâneo.

O comprometimento com a democracia exige dos cidadãos uma ampla abertura ao diálogo, o abandono de certezas dogmáticas, a tolerância para com os intolerantes e “uma confrontação permanente para evitar a esclerose das consciências”.²⁵

Nesse contexto, os Estados Unidos se tornaram a primeira nação a compreender a importância do discurso livre. É notável a interpretação da Primeira Emenda à Constituição Americana que vem sendo feita pela Suprema Corte ao longo dos anos, ampliando a proteção constitucional até mesmo aqueles discursos considerados odiosos. Os *justices* Holmes e Brennan tornaram-se os paladinos da luta pela liberdade de expressão e comprovaram que uma nação democrática que possui a liberdade como um valor fundamental, não deve impedir que os dissonantes se manifestem. Mesmo que seus ideais sejam ofensivos, perversos, preconceituosos e discriminatórios, não cabe ao Estado censurar um discurso simplesmente pelo fato desse discurso ser considerado, em si, um perigo abstrato, sem a possibilidade iminente de constituir-se em um ato ilícito e de provocar um dano claro, presente e bem definido a um ou vários indivíduos.

Por isso o discurso de uma seita que ofenda afrodescendentes, judeus, católicos e indígenas como o da Ku Klux Klan – no caso *Bradenburg vs. Ohio* – deve ser protegido da

²³ Tradução livre de: “é simplesmente a área na qual um homem pode agir sem ser obstruído por outros”.

²⁴ Expressão proferida pelo Juiz Brennan da Suprema Corte Norte americana no julgamento do caso *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S 254, (1964): “(...) *debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp.*”

²⁵ Palavras de Matteo Zuppi, bispo auxiliar de Roma, em entrevista dada ao periódico Carta Capital acerca da renovação da Igreja Católica promovida pelo Papa Francisco. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/843/francisco-e-os-conservadores-2782.html>>

mesma maneira que manifestações pacifistas em tempos de guerra – como as de Charles Schenck - também devem ser. Isso porque nesses e em tantos outros discursos inflamados pela moral daqueles que os proferem, não se destaca a intenção de ofender alguém, ou algum grupo diretamente, nem mesmo a vontade de trair o próprio país e nação, o que se constata mais claramente são os ideais e as crenças de indivíduos livres e moralmente responsáveis que, como todos os demais membros da sociedade, possuem o direito e o dever de deliberar sobre a vida que eles querem viver e a sociedade que querem constituir. Esse é o mínimo moral defendido amplamente pela tradição liberal. O espaço público deve ser um espaço de todos e para todos, incluindo os intolerantes, fundamentalistas e preconceituosos.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: **Four Essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press p. 118-172, 1971.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio?** Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*. Porto Alegre, ano 4 n.15, p.117-136, 2007.

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

DWORKIN, Ronald. **What is a good life?** (New York: The New York Review Of Books, 2011). Disponível em <<http://www.nybooks.com/articles/2011/02/10/what-good-life/>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2016.

ESTADOS UNIDOS. **Constituição dos Estados Unidos da América**. Disponível em <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em 17 de outubro de 2015.

FORST, Rainer. **Os limites da tolerância**. *Novos Estudos CEBRAP (Impresso)* v. 84, p. 15-29, 2009.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011.

- KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.
- LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância e outras obras**. In: Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. **Um Símbolo nacional norte-americano e o direito de expressão**. Revista de Informação Legislativa, vol. 45, n. 178. Brasília: 2008, B p. 7-12.
- MILL, Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Escala, 2006.
- MILL, Stuart. **On Liberty**. Boston: Ticknor and Fields, 1863. (Livro digitalizado) Disponível em: <<https://archive.org/stream/onliberty05millgoog#page/n4/mode/2up>> Acesso em 12 de outubro de 2015.
- MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado**; São Paulo: Saraiva, 1950.
- OSTRENSKY, Eunice. **Liberalismo Clássico**. In: AVRITZER, L. et al. (Org.). Dimensões políticas da justiça Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 47-54.
- SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant: Seu fundamento na liberdade e na igualdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SUPREME COURT. **Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444**. Washington, 1969. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/case.html>>. Acesso em 10 de outubro de 2015.
- SUPREME COURT. **New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254**. Washington, 1964. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/case.html>>. Acesso em 15 de outubro de 2015.
- SUPREME COURT. **Patterson v. Colorado 205 U.S. 454**. Washington, 1907. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/205/454/case.html>> Acesso em 05 de dezembro de 2015.
- SUPREME COURT. **Schenck v. United States, 249 U.S. 47**. Washington, 1919. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/case.html>> Acesso em 10 de outubro de 2015.

SUPREME COURT. **United States v. Swimmer** 279 U.S. 644. Washington, 1929. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/279/644/case.html>> Acesso em 02 de fevereiro de 2016.

VITA, Álvaro de. **Sociedade democrática e tolerância liberal**. Novos Estudos CEBRAP (Impresso), v. 84, p. 61-81, 2009.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: a propósito da morte de Jean Calas. São Paulo: Escala, 2002.