

O DIREITO DE DISSIDÊNCIA E A DÍVIDA DOS ESTADOS UNIDOS COM HERÓDOTO E TUCÍDIDES*

RONALD D. ROTUNDA†

RESUMO: Os Estados Unidos se orgulham por ser um país que respeita a liberdade de expressão, o direito que todos indivíduos têm de criticar o governo, mesmo em tempos de guerra. Contudo, nem sempre foi assim. Os eventos relacionados à Primeira Guerra Mundial trouxeram os primeiros casos submetendo questões de liberdade de expressão à Suprema Corte dos Estados Unidos. Enquanto diversos *Justices*, em particular Oliver Wendell Holmes, louvavam a liberdade de expressão, a Corte confirmava todas as perseguições do governo a seus dissidentes. Demorou cerca de um século até que aqueles casos da Suprema Corte encerrassem o ciclo e, agora, passassem a proteger aqueles que criticam o governo em tempos de guerra. Quando a Corte mudou suas visões para criar a moderna proteção, ela repousou sobre justificações filosóficas em prol da liberdade de expressão que retornam todo o trajeto para os antigos Gregos, há 2.400 anos. As justificações modernas em defesa da liberdade de expressão recaem sobre estes filósofos da Grécia Antiga. Há pouca novidade sob o sol. Enquanto governos tipicamente acreditam que, em nome do interesse público, eles precisam censurar o discurso e reprimir dissidentes em tempos de guerra, os Gregos acreditavam que a liberdade de expressão os tornava mais fortes, e não mais fracos. Há aqueles que alegam ser mais difícil para uma democracia deflagrar em

* Traduzido para o português, com a autorização do autor, por Guilherme Guimarães Vasconcelos, do artigo inédito Ronald D. Rotunda, *The Right of Dissent and America's Debt to Herodotus and Thucydides*, produzido originalmente em língua inglesa. Guilherme Guimarães Vasconcelos é Mestrando em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) e membro do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI). E-mail: guilhermegvasconcelos2@gmail.com.

† Doy & Dee Henley Chair and Distinguished Professor of Jurisprudence, Fowler School of Law, Chapman University, EUA.

guerra, porque não pode conduzi-la com sucesso se o povo se opuser e se seus dissidentes permanecerem livres para criticar. Isso é uma coisa boa, não algo ruim. Em tempos modernos, nenhuma democracia tem guerreado contra outra. Conforme Péricles nos recorda, “[o] grande obstáculo à ação é, em nossa opinião, não a discussão, mas a carência do conhecimento que se ganha com a discussão preparatória à própria ação”. À medida que outros países incorporam a democracia e as proteções para dissidentes, nossas liberdades expandidas nos proporcionarão mais paz e menos guerra.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo Norte-Americano; Suprema Corte dos Estados Unidos; Liberdade de Expressão; Guerra; Direito de Dissidência.

ABSTRACT: The United States prides itself as a country that respects free speech, the right of all persons to criticize the government even in times of war. However, it was not always so. The events related to World War I brought the first cases raising free speech issues to the U.S. Supreme Court. While several justices, in particular, Oliver Wendell Holmes, praised free speech, the Court upheld all the Government prosecutions of dissidents. It has taken nearly a century since those cases for the Supreme Court to come full circle and now protect those who criticize the Government in time of war. When the Court changed its views to create the modern protections, it relied on philosophical justifications for free speech that go all the way back to the ancient Greeks, 2,400 years ago. The modern justification for free speech relies on these philosophers from ancient Greece. There is little new under the sun. While governments typically believe that, for the public good, they must censor speech and squelch dissenters in time of war, the Greeks believed that their free speech made them stronger, not weaker. There are those who argue it is more difficult for a democracy to go to war because it cannot conduct the war successfully if the people oppose it and dissenters remain free to criticize. That is a good thing, not a bad thing. In modern times, no

democracy has warred against another. As Pericles reminds us, “[t]he great impediment to action is, in our opinion, not discussion, but the want of knowledge that is gained by discussion preparatory to action.” As other countries embrace democracy and protections for dissidents, our increased freedoms should bring us more peace and less war.

KEYWORDS: American Constitutionalism; U.S. Supreme Court; Freedom of Speech; War; Right of Dissent.

SUMÁRIO:

I.	INTRODUÇÃO: PÉRICLES E A ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO	108
II.	A ORIGEM DO <i>BILL OF RIGHTS</i> E A PRIMEIRA EMENDA.....	110
III.	O COMEÇO DA PRIMEIRA EMENDA – DO SÉCULO XVIII À PRIMEIRA GUERRA MUNDIAL.....	113
IV.	A PRIMEIRA GUERRA MUNDIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS	116
	1. <i>Schenck v. United States</i>	117
	2. <i>Abrams v. United States</i>	121
	3. A Decisão em <i>Gitlow</i>	123
	4. O Caso <i>Witney</i>	125
V.	O TESTE MODERNO	128
	1. O Caso <i>Julian Bond</i>	128
	2. A Decisão em <i>Watts</i>	130
	3. O Teste <i>Brandenburg</i>	131
	4. <i>Hess v. Indiana</i> e sua defesa de <i>Brandenburg</i>	134
	5. <i>Brandenburg</i> e Marco Antônio	136
VI.	CONCLUSÃO	137
VII.	REFERÊNCIAS.....	140

TABLE OF CONTENTS:

I.	INTRODUCTION: PERICLES AND THE STRUCTURE OF THE CONSTITUTION.....	108
II.	THE ORIGIN OF THE BILL OF RIGHTS AND THE FIRST AMENDMENT	110
III.	THE EARLY FIRST AMENDMENT – FROM THE EIGHTEENTH CENTURY TO WORLD WAR I	113
IV.	WORLD WAR I AND ITS AFTERMATH	116
	1. <i>Schenck v. United States</i>	117
	2. <i>Abrams v. United States</i>	121
	3. The <i>Gitlow</i> Decision	123
	4. The <i>Witney</i> Case.....	125
V.	THE MODERN TEST	128
	1. The <i>Julian Bond</i> Case.....	128
	2. The <i>Watts</i> Decision	130
	3. The <i>Brandenburg</i> Test	131
	4. <i>Hess v. Indiana</i> and Its Vindication of <i>Brandenburg</i>	134
	5. <i>Brandenburg</i> and Marc Antony.....	136
VI.	CONCLUSION	137
VII.	REFERENCES	140

I. INTRODUÇÃO: PÉRICLES E A ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO

Há mais de 2.400 anos atrás, na Grécia antiga, o berço da democracia, os atenienses acreditavam que liberdade de expressão podia tornar os seus exércitos mais corajosos. Os filósofos gregos acreditavam que a liberdade de expressão os tornava mais fortes, e não ao contrário mais fracos. Eles desenvolveram os primeiros argumentos filosóficos que favoreciam a liberdade de expressão, opondo-se à regulamentação do Estado, mesmo em tempo de guerra.

As três principais figuras gregas antigas foram os dois historiadores, Heródoto, Tucídides e Ésquilo, o dramaturgo. Às vezes chamamos Heródoto de o pai da história. Ele escreveu a história das Guerras persas (499-479 A.C.) em nove livros. Antes de Heródoto, as pessoas escreviam a história como eventos narrados, escrevendo listas (houve uma batalha; um rei perdeu, etc.). No entanto, Heródoto estava mais interessado em o porquê das coisas aconteceram; qual foi a influência causal para que as nações ou líderes fizessem uma coisa ao invés de outra. Reconhecidamente, ele se baseou em lembranças orais, boatos e lendas e é por isso que alguns o chamam, também, de o pai da mentira. Em contraste, Tucídides escreveu apenas sobre a história dos eventos que ocorreram durante sua vida, o que ele procurou confirmar por meio de relatos e registros escritos.

Heródoto, em sua história, procurou compreender e explicar por que atenienses, na primeira parte do quinto século A.C., ganharam mais vitórias sobre os Persas, que, em contraste, eram mais numerosos. A resposta dele foi que os atenienses lutaram como pessoas livres, não como escravos. Não é que os atenienses fossem mais corajosos do que os persas, ou que seus arqueiros eram mais precisos, ou que suas armas fossem mais avançadas. Em vez disso, Heródoto argumentou que, quando os atenienses foram conduzidos por governos despóticos, eles “não eram melhores na guerra do que qualquer um de seus vizinhos, porém quando os déspotas deixaram de governá-los, eles se tornaram de longe os primeiros de todos”, porque “uma vez libertados, cada homem era zeloso para lutar por si mesmo”.¹ A liberdade tornou os atenienses mais corajosos.

Tucídides, em sua história da guerra do Peloponeso, incluiu os longos discursos que as figuras históricas possivelmente fizeram. Tucídides nos conta que um dos costumes da época era o fato de que uma figura proeminente tinha que fazer uma oração fúnebre. No livro 2 da sua

¹ HERODOTUS, HISTORIES, 4 VOLS. (1922–1931), 5:78 (3:87), *apud*, I.F. STONE, THE TRIAL OF SOCRATES (1988), pp. 50.

história, ele descreve a Oração Fúnebre de Péricles. Apesar de Tucídides apresentar este discurso como se fosse uma transcrição do discurso de Péricles, Tucídides não quer que nós o entendamos assim. Em vez disso, ele disse que as palavras representam a que Péricles se destinava, para o que ele foi “chamado para a situação”².

Tucídides diz-nos que Péricles também argumentara que os atenienses eram mais fortes, porque eles eram livres. Atenas não era uma Cidade-Estado formidável *apesar* da liberdade de expressão, mas *por causa* da liberdade de expressão. Na famosa oração fúnebre, Péricles argumenta:

Nossa cidade é aberta para o mundo e nós nunca expulsamos um estrangeiro ou impedimo-lo de ver ou aprender qualquer coisa, na qual o seu segredo se revelado a um inimigo pudesse beneficiá-lo. Nós não nos baseamos na vigilância ou na fraude, mas em nossos próprios corações e mãos (...). O grande obstáculo à ação é, em nossa opinião, não a discussão, mas a carência do conhecimento que se ganha com a discussão preparatória para a própria ação.³

A terceira figura principal é o dramaturgo, Ésquilo. Em sua peça *Os Persas*, ele ecoou Heródoto e Tucídides. Ésquilo explicou que os gregos foram vitoriosos porque “nenhum dos seus homens são escravos ou súditos”⁴. A arte reflete a vida e Ésquilo, em sua peça, reflete o que muitos atenienses acreditavam — os gregos deviam comemorar sua vitória, não como uma vitória dos gregos sobre os persas, mas uma vitória dos homens livres sobre escravos. “Os vencedores em Salamina eram homens elevados e inspirados pela liberdade de expressão para falar o que pensam e governarem a si mesmos”⁵.

Heródoto, Tucídides e Ésquilo, todos abraçaram esta verdade antiga. Pessoas que são livres são pessoas que trabalham mais intensamente, porque elas trabalham para si próprias, não para um mestre. É pela mesma razão que muitos cães de caça são necessários para capturar uma raposa: a raposa se esforça porque ela luta por sua própria vida.

² ALAN RYAN, *ON POLITICS: A HISTORY OF POLITICAL THOUGHT: FROM HERODOTUS TO THE PRESENT* (2012), pp. 23.

³ Pericles, *Funeral Oration*, in, THUCYDIDES: TRANSLATED INTO ENGLISH (B. Jowett transl., 1881), pp. 116, 118–19.

⁴ AESCHYLUS, *PLAYS*, 2 VOLS. (1922–1926), I:109; I:241ff., *apud*, I.F. STONE, *THE TRIAL OF SOCRATES* (1988), pp. 51.

⁵ I.F. STONE, *THE TRIAL OF SOCRATES* (1988), pp. 51.

A América aprendeu esta lição de forma lenta. Demorou quase dois séculos para que nós aceitássemos amplamente o princípio de que a liberdade de expressão e o direito de discordar são essenciais para um povo livre, mesmo em tempos de guerra. O caminho para as modernas proteções legais não foi reto e estreito. *Justice Oliver Wendell Holmes*, a quem os liberais de sua época idolatravam, não fez nenhum favor em relação à liberdade de expressão com sua defesa do teste do “perigo claro e imediato”. Na verdade, a Suprema Corte nunca usou esse teste do “perigo claro e imediato” para invalidar um processo criminal de liberdade de expressão que tenha interferido no esforço de guerra. O tribunal, como discutido abaixo, ou ignorou o teste ou o usou para defender e sustentar suas convicções.

Ainda que sempre haja aqueles que persigam os dissidentes, os tribunais americanos modernos são um baluarte muito confiável. Nesse sentido, a forma como mudamos do teste do “perigo claro e imediato” para uma proteção mais robusta e moderna da dissidência política quando a nação está em guerra pode nos oferecer uma lição histórica importante. Esta lição é importante não só porque nos diz respeito de como chegamos à visão contemporânea e por que nossa viagem foi tão lenta. Ela também é importante porque explica a lógica moderna, que justifica uma vigorosa proteção para a liberdade de expressão, mesmo em tempos de guerra e conflitos civis. Quanto entendermos essa lógica, será menos provável que nós tenhamos que repetir os erros trágicos do passado.

II. A ORIGEM DO *BILL OF RIGHTS* E A PRIMEIRA EMENDA

Os autores da Constituição criaram a “separação de poderes”, dividindo o poder entre os estados-membros e o governo federal (separação vertical) e entre os três poderes do governo federal (separação horizontal).

Além dessas salvaguardas estruturais, os pais fundadores impuseram algumas limitações diretas sobre o governo. A Constituição original não só criou os vários poderes do governo central e dividiu o poder entre o governo central e os estados-membros; ela também garantiu vários direitos importantes. A Constituição original proíbe qualquer concurso religioso para qualquer cargo oficial estadual ou federal⁶, uma restrição que foi muito progressista para a época. A Constituição original também garante o direito a um julgamento pelo Júri em casos criminais. Ela proíbe

⁶ *U.S. Constitution*, art. VI, cl. 3.

o Congresso de suspender o direito de *habeas corpus*, ou de adotar qualquer regra *ex post facto* ou que suspenda a ampla defesa.⁷ Ela também proíbe os estados-membros de editarem qualquer regra *ex post facto* ou que suspendam a ampla defesa.⁸ Com intuito de proteger expectativas razoáveis, a Constituição proíbe os estados-membros de negarem a existência de obrigação dos contratos.⁹

Quando os *Fundadores* pressionaram o povo instando-os para a aprovação da nova Constituição, muitos estavam preocupados com o fato de que as proteções estruturais do federalismo e alguns limites diretos da Constituição não fossem suficientes. Eles temiam que o governo pudesse usar seus poderes para restringir as liberdades que o povo assumiu como existentes, mas as quais a Constituição não se referia.

Por exemplo, o Congresso tem o poder de declarar guerra¹⁰ e o Presidente tem o poder de ser o Comandante-Chefe das Forças Armadas.¹¹ O Congresso, quando a nação está em guerra, tem o poder de declarar e sustentar a guerra eficazmente. A cláusula de necessidade e adequação das leis (*necessary and proper clause*) dispõe esses poderes expressamente. Assim, não só o Congresso tem seus poderes expressos, mas poderes implícitos — o poder de “editar todas as leis que sejam necessárias e adequadas para garantirem a execução da política externa e garantir a execução de todos os outros poderes investidos por esta Constituição ao governo dos Estados Unidos, ou de qualquer departamento ou agente seu”¹². O Congresso poderia usar o poder de guerra para limitar a liberdade de expressão em tempo de guerra? A proibição de críticas sobre uma guerra por pessoas dentro dos Estados Unidos pode tornar mais fácil a condução de uma guerra mais eficaz contra os inimigos estrangeiros.

Assim, quando os *Pais Fundadores* apresentaram a proposta de Constituição ao povo para a sua ratificação, responderam à pressão daqueles que queriam que a Constituição explicitamente concedesse mais

⁷ *U.S. Constitution*, art. III, § 2, cl. 3; *U.S. Constitution*, art. I, § 9, cl. 2, 3.

⁸ *U.S. Constitution*, art. I, § 9, cl. 2, 3; *U.S. Constitution*, art. III, § 2, cl. 3; *U.S. Constitution*, art. I, § 10, cl. I.

⁹ *U.S. Constitution*, art. I, cl. I, § 10. Cf. *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*, 290 U.S. 398, 427-28, 54 S. Ct. 231, 235-36, 78 L. Ed. 413 (1934) (1934) (cláusula contratual adotada para dar previsibilidade e segurança jurídica ao setor empresarial).

¹⁰ *U.S. Constitution*, art. I, § 8, cl. 11.

¹¹ *U.S. Constitution*, art. II, § 2, cl. 1.

¹² *U.S. Constitution*, art. I, § 8, cl. 18. Esse dispositivo aumenta o poder federal e sua competência ao conceder poderes implícitos de autorização. See *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 4 L.Ed.579 (1819).

proteções. Os autores prometeram que, uma vez que a Constituição entrasse em vigor, o primeiro Congresso proporia uma declaração de direitos.¹³ Os políticos cumpriram com suas promessas: o primeiro Congresso sob a nova Constituição propôs prontamente, em 25 de setembro de 1789, o que agora chamamos de *Bill of Rights*.¹⁴ A declaração garantia ainda mais liberdades individuais, porém esses direitos não limitaram os estados-membros até a promulgação da Décima Quarta Emenda.¹⁵

A primeira emenda constitucional que o povo ratificou foi a Primeira Emenda, que protege a liberdade de expressão e de imprensa. Algumas Constituições modernas têm disposições que suspendem os direitos constitucionais em tempos de perigo público. A Constituição da África do Sul¹⁶, a qual *Justice* Ruth Bader Ginsburg tem elogiado, dedica 970 palavras a um artigo dedicado à suspensão, incluindo a liberdade de expressão. Há uma tabela de “direitos não derogáveis”, mas a liberdade de expressão não é um deles.¹⁷ Em contraste, a Primeira Emenda fala em termos mais amplos: “O Congresso não criará leis, cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa (...)”.

¹³ CHARLES WARREN, *THE MAKING OF THE CONSTITUTION* (1928), pp. 733-82.

¹⁴ CHARLES WARREN, *THE MAKING OF THE CONSTITUTION* (1928), pp. 819-20.

¹⁵ *Barron v. Mayor and City Council of Baltimore*, 32 U.S. (7 Pet.) 243, 8 L. Ed. 672. 250 (1833) (estabelecendo que o *Bill of Rights* apenas se aplica ao governo dos Estados Unidos [portanto, ao governo federal]); RONALD D. ROTUNDA & JOHN E. NOWAK, *TREATISE ON CONSTITUTIONAL LAW: SUBSTANCE AND PROCEDURE*, VOL. 2 (2012), § 14.1-14.2, 5th ed. (A declaração de direitos, *Bill of Rights*, não era aplicada aos governos estaduais até a promulgação da Décima Quarta Emenda).

¹⁶ Ronald D. Rotunda, *Egypt's Constitutional Do-Over: This Time Around, Take a Closer Look at America's Bill of Rights*, *WALL STREET JOURNAL*, July 17, 2013, pp. A13

¹⁷ Ronald D. Rotunda, *Exporting American Freedoms, in* MODEL, RESOURCE, OR OUTLIER? WHAT EFFECT HAS THE U.S. CONSTITUTION HAD ON THE RECENTLY ADOPTED CONSTITUTIONS OF OTHER NATIONS?, 12, 17 de maio de 2013 (grifos nossos): Considere a Constituição Sul-Africana. O título do artigo 37 é “Estados de Emergência”. Este artigo, dedicado à *suspensão* dos direitos nas mais diversas circunstâncias, é de 970 palavras. Este artigo é 20 por cento maior do que o comprimento da Constituição dos EUA inteira de 1787. O artigo 37 tem uma tabela de “direitos inalienáveis”. A liberdade de expressão não é um desses. Disponível em:

<<http://www.heritage.org/research/lecture/2013/05/model-resource-or-outlier-what-effect-has-the-us-constitution-had-on-the-recently-adopted-constitutions-of-other-nations>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2016.

III. O COMEÇO DA PRIMEIRA EMENDA – DO SÉCULO XVIII À PRIMEIRA GUERRA MUNDIAL

O primeiro teste da cláusula de liberdade de expressão foi a edição das malfadadas *Alien and Sedition Acts of 1798*. Em um esforço para silenciar as críticas do Presidente Adams, o Congresso aprovou essas leis. Nenhum caso chegou à Suprema Corte, mas houve processos em tribunal inferiores que envolveram a *Sedition Act of 1798*. Neste momento inicial da história americana, as restrições que o texto da Primeira Emenda impunha (“Congresso não criará leis”) pareciam ser tão eficazes como correntes feitas de pergaminho.

Com o *Alien Act*¹⁸, o Presidente poderia ordenar que todos os estrangeiros, “que fossem julgados como perigosos para a paz e a segurança dos Estados Unidos (...)” saíssem do país.¹⁹ O Presidente nunca formalmente utilizou esta lei que expirou depois de dois anos, mas sua existência resultou no fato de que alguns estrangeiros deixaram o país ou se esconderam.²⁰

Sua companheira, a *Sedition Act*, proibia “a publicação de qualquer escrito falso, escandaloso e malicioso ou de qualquer escrito contra o governo dos Estados Unidos, ou o Congresso (...) ou o Presidente (...) com a intenção de difamar (...) ou para trazer-lhes (...) desprezo ou descrédito (...)”²¹. A lei permitia que o réu usasse a verdade como uma defesa a uma acusação. Além disso, o júri, sob a direção do tribunal, tinha o direito de determinar quais eram as leis e os fatos.

Nessa medida, a *Sedition Act* foi, na verdade, relativamente tolerante para a época. A Inglaterra não estabeleceu uma defesa da verdade até

¹⁸ [N.T.] A *Alien Act* a que o autor se refere é a que ficou conhecida como *Alien Friend Act of 1798*. Poucas semanas após, o Congresso também aprovou a lei que se difundiu como *Alien Enemy Act of 1798*, pois definia o tratamento que deveria ser destinado ao estrangeiro natural de país com que houvesse guerra deflagrada. Como as duas leis compõem parte das *Alien and Sedition Acts of 1798* e abordam a condição jurídica do estrangeiro, a diferenciação pareceu ser oportuna.

¹⁹ 1 Stat. at Large 570.

²⁰ RONALD D. ROTUNDA & JOHN E. NOWAK, TREATISE ON CONSTITUTIONAL LAW: SUBSTANCE & PROCEDURE, VOL. 4 (2013), § 20.5(b), 5th ed..

²¹ 1 Stat. at Large 596.

1843.²² Antes disso, os apoiadores das leis de sedição argumentavam que, “quanto maior for a verdade, maior o libelo”. O fato de que a crítica era verdadeira a tornava *mais perigosa*, porque as pessoas estavam mais propensas a acreditar na verdade. A crítica sincera é mais provável de minar a autoridade do governo.²³ Além disso, se você diz que algo é verdadeiro, não pode se retratar, sem mentir.

O Presidente Adams usou a *Sedition Act* contra membros do Partido Democrata-Republicano de Jefferson pelas críticas de sua administração. Jefferson opôs-se a essa lei, mas suas ações eram dificilmente um hino à liberdade de expressão. Quando ele assumiu a Presidência, ele incitou seus partidários a usarem leis *estaduais*, ao invés de lei federal, para manter a imprensa na linha. Assim, ele escreveu ao governador da Pensilvânia para que houvesse “alguns processos bem direcionados” aos jornais que atacassem os Jeffersonianos.²⁴

Nenhum caso envolvendo a *Sedition Act* chegou à Suprema Corte. Ainda assim, os historiadores concordam que esta lei não sobreviveria ao controle constitucional. Talvez, inicialmente, as proteções da Primeira Emenda fossem apenas correntes feitas de pergaminho, porque o Governo Federal aplicava a *Sedition Act*. No entanto, posteriormente, os adversários dessa lei usaram as promessas da Primeira Emenda para persuadir o Congresso para desfazer o mal e, assim, proteger a liberdade de expressão. A *Sedition Act* “cristalizou uma consciência nacional acerca do significado central da Primeira Emenda”.²⁵

Após a expiração da *Sedition Act*²⁶, um Congresso diferente promulgou uma lei para restituir as multas que o governo tinha cobrado dos infratores desta, porque considerava a lei inconstitucional.²⁷ Assim,

²² 6 & 7 Vic. c. 96 (1843) (*Lord Campbell's Act*); J.S. STEPHEN, A HISTORY OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND, VOL. 2 (1883), pp. 383. Inglaterra permitiu que o Júri retribuísse com um veredito genérico durante este período. *Fox's Libel Act*, 32 Geo. 3, c. 60 (1792).

²³ Essa máxima é tipicamente atribuída ao Lord Mansfield, William Murray, first Earl of Mansfield.

²⁴ LEONARD LEVY, JEFFERSON AND CIVIL LIBERTIES: THE DARKER SIDE (1963), pp. 58-59. A carta de Jefferson ao governador argumentava que os federalistas não conseguiram destruir a imprensa por sua lei da mordaza e, então, eles pareciam destruí-la ao incentivar a sua licenciosidade. O Seu remédio eram poucos processos bem colocados para restaurar a “integridade” da imprensa.

²⁵ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 273, 84 S.Ct. 710, 722, 11 L.Ed.2d 686 (1964).

²⁶ A Lei, por seus próprios termos, deixou de produzir efeitos em 1801.

²⁷ *Act of July 4, 1840*, c. 45, 6 Stat. 802, acompanhado por *H.R. Rep. No. 86*, 26th Cong., 1st Sess. (1840).

quando Thomas Jefferson tornou-se Presidente, ele perdoou aqueles a quem os tribunais tinham condenado e sentenciado a partir dessa lei. Ele disse, “eu anistio toda pessoa do castigo ou acusação sob a *Sedition Act*, porque considerava e ainda considero que essa lei deva ser absolutamente nula, da mesma forma que seria se o Congresso ordenasse-nos a adorar uma imagem dourada”.²⁸

Décadas mais tarde, em 4 de fevereiro de 1836, o Senador Calhoun, discursando para o Senado dos Estados Unidos, disse que a inconstitucionalidade da *Sedition Act* era uma questão “em que ninguém agora tem dúvidas”.²⁹ Ao longo dos anos, vários juizes, na jurisprudência³⁰ ou em seus outros escritos³¹, afirmaram que essa lei violava a Primeira Emenda. Os constitucionalistas chegaram a uma conclusão semelhante.³²

Depois da triste experiência da aplicação da *Sedition Act*, houve pouca atividade que levantasse questões sobre a liberdade de expressão, até pouco antes da I Guerra Mundial. O governo federal, particularmente durante a Guerra Civil³³, ocasionalmente tentou punir o discurso crítico,

²⁸ Thomas Jefferson, *Jefferson's Letter to Mrs. Adams, July 22, 1804*, 4, JEFFERSON'S WORKS (H. Washington ed., 1853), pp. 555-556.

²⁹ *Report with Senate bill No. 122, 24th Cong., 1st Sess.*, p. 3, discutido em *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 276, 84 S.Ct. 710, 724, 11 L.Ed.2d 686 (1964).

³⁰ E.g., Holmes, J. (joined by Brandeis, J.) dissentindo em *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630, 40 S.Ct. 17, 22, 63 L.Ed. 1173 (1919); Jackson, J., dissentindo em *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, 288-89, 72 S.Ct. 725, 747, 96 L.Ed. 919 (1953); *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 276, 84 S.Ct. 710, 723-24, 11 L.Ed.2d 686 (1964) (Brennan, J., for the Court).

³¹ WILLIAM O. DOUGLAS, *THE RIGHT OF THE PEOPLE* (1958), pp. 47.

³² THOMAS M. COOLEY, *CONSTITUTIONAL LIMITATIONS* (1927), pp. 899-900; ZECHARIAH CHAFEE, *FREE SPEECH IN THE UNITED STATES* (1942), pp. 27-28.

³³ Michael Kent Curtis, *Lincoln, Vallandigham, and the Anti-War Speech in the Civil War*, 7 WM. & MARY BILL OF RIGHTS JOURNAL 105 (1998). Discute a prisão por soldados da União de Clement L. Vallandigham, um ex-congressista democrata, por causa de seu discurso antiguerra de 1º de maio de 1863. Ele disse que o objetivo da guerra não era para salvar a União, mas para libertar os escravos e sacrificar a liberdade pelo “Rei Lincoln”. A prisão começou um debate sobre o papel da liberdade de expressão em tempo de guerra. Vallandigham pediu sua liberação com um *habeas corpus*, mas a Suprema Corte disse que não tinha competência para emitir o mandado para uma comissão militar. *Ex Parte Clement L. Vallandigham*, 68 U.S. (1 Wall.) 243, 17 L. Ed. 589 (1863).

mas a Suprema Corte não desempenhou qualquer papel importante.³⁴ Tudo isso mudou com a entrada dos Estados Unidos na I Guerra Mundial. A Suprema Corte saiu da hibernação.

IV.A PRIMEIRA GUERRA MUNDIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Os políticos do século XX se esqueceram de nossa experiência com os *Alien and Sedition Acts* do século XVIII.³⁵ O Congresso, em resposta à agitação política doméstica que recebeu a entrada dos Estados Unidos na Primeira Guerra Mundial, aprovou a *Espionage Act of 1917*³⁶ e a *Sedition Act of 1918*³⁷. Estas leis não respeitavam a liberdade de expressão em tempo de guerra. Os casos que se encaixavam no escopo de abrangência desta legislação chegaram à Suprema Corte. A Corte, em seguida, desenvolveu padrões para abordar os direitos da Primeira Emenda durante períodos em que a nação estivesse em guerra. O clima não era propício para qualquer leitura expansiva da garantia da liberdade de expressão. A Corte e os políticos esqueceram os filósofos gregos e as lições históricas dos *Alien and Sedition Acts* anteriores.

Em 1919, a Corte proferiu duas decisões importantes que envolviam questões de liberdade de expressão, *Schenck v. United States*³⁸ e *Abrams v. United States*³⁹. No primeiro caso, a Suprema Corte apresenta o teste do “perigo claro e imediato”. Em ambos os casos, negou-se qualquer proteção para a liberdade de expressão.

³⁴ Alexis Anderson, *The Formative Period of First Amendment Theory, 1870–1915*, 24 AMERICAN JOURNAL OF LEGAL HISTORY 56 (1980); David M. Rabban, *The First Amendment in its Forgotten Years*, 90 YALE LAW JOURNAL 516 (1981); David M. Rabban, *The Emergence of Modern First Amendment Doctrine*, 50 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 1205 (1983); Howard Owen Hunter, *Problems in Search of Principles: The First Amendment in the Supreme Court from 1791–1930*, 35 EMORY LAW JOURNAL 59 (1986); DAVID M. RABBAN, *FREE SPEECH IN ITS FORGOTTEN YEARS, 1870-1920* (1999).

³⁵ [N.T.] Ao empregar o termo “nossa experiência”, o autor se refere à experiência norte-americana.

³⁶ *Espionage Act of June 15, 1917*, ch. 30, 40 Stat. 217.

³⁷ *Sedition Act of May 16, 1918*, ch. 75, 40 Stat. 553.

³⁸ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 39 S.Ct. 247, 63 L.Ed. 470 (1919).

³⁹ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 40 S.Ct. 17, 63 L.Ed. 1173 (1919).

1. *Schenck v. United States*

Em *Schenck*, a Corte condenou os acusados por conspirarem contra a *Espionage Act of 1917*. O ano era 1919. O grande *Red Scare* tinha começado, inspirado pelos sucessos comunistas na Rússia e Europa Oriental. Alimentando esse medo estavam os anarquistas e a popularidade dos Trabalhadores Industriais do Mundo [*Industrial Workers of the World*] (uma organização internacional do trabalho industrial radical). Em janeiro de 1919, o procurador-geral A. Mitchell Palmer lançou durante dois anos uma gigantesca caça às bruxas, com detenções em massa sem o benefício de *habeas corpus*, acusações precipitadas e deportação em massa de comunistas e outros radicais.⁴⁰

Os réus em *Schenck*, por outro lado, não subverteram nenhum público, não jogaram nenhuma bomba ou fizeram alguma ameaça. Em vez disso, eles apenas *postaram* folhetos para homens elegíveis para o serviço militar e argumentaram que o projeto violava a Décima Terceira Emenda, que proíbe a servidão involuntária (escravidão). O governo argumentou que esses folhetos violaram a *Espionage Act*, que proibia a obstrução do recrutamento militar.

Hoje em dia, nós pensamos que as opiniões de *Justice Holmes* são como um hino à liberdade de expressão. Ele era o queridinho dos liberais de sua época e sua crença na liberdade de expressão era uma das principais razões para sua popularidade. Ironicamente, Holmes era um darwinista social – um crente cínico na sobrevivência do mais apto. Ele não acreditava na tributação progressiva ou na reforma social, ou em uma aplicação antitruste. Ele lutou na Guerra Civil e tinha um fundo abolicionista, mas a situação dos negros não mexeu nele. Ele era “um ateu, um materialista, um behaviorista e um inimigo resoluto da lei natural”.⁴¹

Apenas sete meses antes das partes produzirem suas alegações no caso *Schenck* perante a Suprema Corte, Holmes compartilhou um interessante passeio de trem com o juiz Learned Hand. A reunião resultou em uma troca de correspondências. Em sua carta de 24 de junho de 1918, Holmes declarou que “a liberdade de expressão não se apresenta de forma diferente do que a liberdade de vacinação. As ocasiões de

⁴⁰ E.g., A. KELLY & W. HARBISON, *THE AMERICAN CONSTITUTION: ITS ORIGINS AND DEVELOPMENT* (1970), pp. 690.

⁴¹ Richard Posner, *Star of the Legal Stage*, *WALL STREET JOURNAL*, August 9, 1989, pp. A9, cols. 1, 2 (Midwest ed.).

suspendê-las seriam mais raras quando você se importa o suficiente, mas se por qualquer motivo você se importasse tanto, você não ligaria a mínima para a sugestão de que você estava agindo sob uma hipótese provisória e poderia estar errado”.⁴²

Holmes, escrevendo no caso *Schenck*, confirmou as suas convicções sobre possibilidade de contenção da liberdade de expressão. Ele alegou que as convicções eram necessárias para evitar ameaças mais graves e imediatas para a segurança nacional. Ordinariamente, Holmes acreditava que panfletos deveriam ser constitucionalmente protegidos, mas:

O caráter de cada ato depende das circunstâncias sob quais ele é praticado (...) A proteção mais estrita da liberdade de expressão não protege um homem que falsamente grita fogo num teatro e causa pânico. Ela [a proteção mais estrita da liberdade de expressão] sequer protege um homem de uma injunção contra palavras belicosas que possam ter todo o efeito de força (...) A questão, em todos os casos, é se as palavras utilizadas são empregadas sob essas circunstâncias e se são de tal natureza para criar um perigo claro e imediato que o Congresso tem o direito e o dever de impedir. É uma questão de proximidade e grau.⁴³

Holmes conclui que a proteção da Primeira Emenda não deve proteger o discurso que dificulta os esforços de guerra.⁴⁴ A conclusão de

⁴² Frederic Kellogg, *Learned Hand and the Great Train Ride*, 56 THE AMERICAN SCHOLAR 471 (1987). Cf., ainda, SHELDON M. NOVICK, HONORABLE JUSTICE: THE LIFE OF OLIVER WENDELL HOLMES (1989).

⁴³ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 52, 39 S.Ct. (1919), pp. 249.

⁴⁴ Uma semana após Holmes escreveu a sua opinião em *Schenck*, ele escreveu duas outras opiniões para a Suprema Corte afirmando condenações em casos semelhantes. Em *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204, 39 S.Ct. 249, 63 L.Ed. 561 (1919), ele asseverou que: “A Primeira Emenda ao proibir a legislação contra a liberdade de expressão, como tal, não pode ter sido, e, obviamente, não era, destinada a dar imunidade para todos os usos possíveis da linguagem (...) O que quer que possa ser pensado como meios de prova, diante de nós, decidimos em *Schenck v. United States*, que uma pessoa pode ser condenada por conspiração ao obstruir o recrutamento com palavras de persuasão.” *Schenck v. United States*, 249 U.S. 206, 39 S.Ct. (1919), pp. 250. Em *Debs v. United States*, 249 U.S. 211, 39 S.Ct. 252, 63 L.Ed. 566 (1919), Holmes também determinou a condenação de Eugene Debs, um socialista proeminente da época, por supostamente encorajar ouvintes a obstruir o serviço de recrutamento. Holmes, neste caso, falou mais em termos de *common law*, que a Corte adotou posteriormente (mas não Holmes) em *Abrams* e *Gitlow*, discutidos abaixo. Holmes disse, no caso *Debs*: “Nós

Holmes não flui de sua hipótese, que deveríamos examinar detalhadamente. Ele disse:

A proteção mais estrita da liberdade de expressão não protege um homem que *falsamente* grita fogo num teatro e causa pânico.

Podemos perguntar, por que não? Observe que Holmes postula que o orador está falando falsamente. Se realmente há um incêndio em um teatro, não contamos aos outros sobre isso? Ou, nós calmamente andamos para as saídas e deixamos os outros queimarem? Certamente não há nada de errado em avisar *verdadeiramente* ao público do teatro de que há um incêndio, mesmo que muitas pessoas se machuquem ao tentar fugir. A alternativa seria proibir que as pessoas avisassem sobre fogo. Se isso fosse a lei, alarmes de incêndio seriam ilegais. Portanto, é possível gritar com sinceridade a palavra fogo em um teatro lotado. Holmes parece supor que o grito de fogo irá causar o pânico de qualquer maneira.

Vamos considerar um pouco mais sua hipótese. O que é o orador que fala falsamente, mas que não sabe que o que fala é falso? O orador que razoavelmente acredita que há um incêndio irá gritar sempre como forma de aviso. A pessoa que grita falsamente (mas razoavelmente) não está mentindo. Holmes podia estar assumindo, com a sua hipótese, que o orador está conscientemente causando pânico. Mas este conhecimento não deve causar responsabilidades, pois se a pessoa age com bastante razoabilidade ao avisar seus colegas espectadores, isso a isenta mesmo que o aviso particular passe uma informação incorreta. Temos alarmes de incêndio, para que as pessoas possam avisar aos outros, e nós não podemos puni-las se elas agem de forma razoável ao disparar o alarme.

A hipótese de “fogo no teatro” de Holmes tem outro qualificador importante (e desarticulado) que não está presente em sua conclusão sobre a liberdade de expressão que dificulta o esforço de guerra. A hipótese de Holmes assume que não há tempo para que os outros possam responder a alguém que falsamente grita “fogo”. Não podemos discutir

deveríamos acrescentar que o Júri foi cautelosamente instruído de que não poderia julgar o réu como culpado por patrocinar qualquer dessas opiniões, exceto que as palavras usadas tivessem *como sua tendência natural e efeito razoavelmente provável a obstrução do serviço de recrutamento, & c.*, e a menos que o réu tivesse dolo específico para tanto em sua mente” *Debs v. United States*, 249 U.S. 211, 39 S.Ct. (1919), pp. 254 (emphasis added). Cf. Paul Freund, *The Debs Case and Freedom of Speech*, 19 THE NEW REPUBLIC 13 (1919), republicado em 40 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 239 (1973); Harry Kalven, Jr., *Professor Ernst Freund and Debs v. United States*, 40 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 235 (1973).

a questão de saber se existe fogo, porque não há tempo para o debate. As circunstâncias não são propícias para as deliberações e argumentações de uma conversa normal. Um alarme de incêndio não é uma chamada para o debate.

Tribunais modernos muitas vezes dizem que o melhor remédio para o discurso que não gostamos é mais discurso, não o forçado silêncio. No mercado livre de ideias, podemos usar o discurso para persuadir os outros a rejeitar o discurso falso. No entanto, a hipótese de Holmes deve necessariamente assumir que não há tempo para o mercado de ideias funcionar. Gritar as palavras conscientemente falsas causará pânico e não há tempo para debater, assim como soar o alarme de incêndio conscientemente falso não é uma chamada para discutir.

Nada disso é verdade no que concerne ao malefício de uma liberdade de expressão ampla que se opõe à guerra. Quem é contra os manifestantes de guerra podem envolvê-los e contestá-los no mercado de ideias. O discurso em *Schenck* – ou mais precisamente, os *folhetos* que os réus *postaram* para os homens elegíveis para o serviço militar – não poderiam causar pânico. Havia tempo de sobra para que os defensores do projeto pudessem responder às reivindicações daqueles que se opuseram à guerra. Não havia sequer uma reivindicação de que os réus estavam mentindo. Eles não tinham de fato reproduzido uma mentira. Eles não incitavam alguém no sentido que agitadores arengam uma corja de linchadores, aguilhoando, provocando ou estimulando a multidão para invadir uma cadeia, por exemplo.

Além disso, a hipótese de Holmes não lida com o discurso inerentemente ligado a um ato independentemente criminal. Por exemplo, Holmes não estava falando sobre um espião que informa o inimigo sobre como compreender um código secreto. Isso é um discurso vinculado a uma ação ilegal (ajudar o inimigo em tempo de guerra) e não seria possível que uma parte contrária pudesse contar com o mercado local de ideias para neutralizar as ações secretas de um espião. Da mesma forma, quando alguém faz um juramento de dizer a verdade e então perjura sobre uma questão material, ele não está meramente conversando, mas está usando suas palavras para se envolver no ato de obstruir a justiça.⁴⁵

⁴⁵ *United States v. Alvarez*, 132 S.Ct. 2537, 2546 (2012): “Não é somente porque declarações perjurosas são falsas que elas carecem da proteção da Primeira Emenda. Falso testemunho ‘está em Guerra com a justiça’, pois isso pode conduzir a corte a prestar um ‘julgamento que não repousa sobre a verdade’. Perjúrio enfraquece a função e a província do direito e ameaça a integridade dos julgamentos, que são as bases do sistema jurídico.” (opinião plural de Kennedy, J.) (citações internas omitidas).

2. *Abrams v. United States*

Em sua opinião dissidente em *Abrams v. United States*⁴⁶, Holmes abraçou novamente o teste do “perigo claro e imediato” e tentou explicar a sua aplicação. Desta vez, Holmes apoiou a liberdade de expressão, mas ele não pode persuadir a maioria. O governo condenou os acusados de conspiração por violar disposições da *Espionage Act*, que proibia o discurso que incentivou a resistência ao esforço de guerra e à restrição da produção “com a intenção de inviabilizar ou prejudicar os Estados Unidos no esforço de guerra”.⁴⁷ Estes manifestantes não se opuseram à guerra contra a Alemanha; em vez disso, foram distribuídos panfletos criticando o envolvimento dos Estados Unidos no esforço para esmagar o novo governo comunista da Rússia.

O governo foi criativo em explicar como os esforços dos Estados Unidos ao envolver-se na guerra civil da Rússia tinham algo a ver com a guerra contra a Alemanha. Os procuradores usaram uma cadeia de inferências que nos faz lembrar de uma canção de ninar: “Esta é a casa que Jack construiu” [*This is the house that Jack built*]. A lei envolvida proibia conspirações para interferir na produção industrial com a intenção de obstruir o prosseguimento da Guerra. A teoria do Tribunal de Apelação e da maioria da Suprema Corte era de que reduzir a produção de armas para a luta contra a Rússia poderia ajudar a Alemanha (com quem os Estados Unidos estavam em guerra), porque os Estados Unidos teriam um exército menos equipado. O Tribunal não exigiu qualquer intenção específica pelos réus.

A maioria em *Abrams* rejeitou a defesa da liberdade de expressão e não estava impressionada com o teste do “perigo claro e imediato” de Holmes.⁴⁸ Em razão da “tendência ruim” do discurso dos réus, a Corte sustentou as mesmas convicções do Tribunal de instância inferior que

Ver também *United States v. Alvarez*, 132 S.Ct. 2537, 2554 (Breyer, J., seguido por Kagan, J., opinião concorrente).

⁴⁶ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 624, 40 S.Ct. 17, 20, 63 L.Ed. 1173 (1919).

⁴⁷ *Espionage Act of June 15, 1917*, ch. 30, 40 Stat. 217, com redação de 16 de maio de 1918, 40 Stat. 553.

⁴⁸ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 621, 40 S.Ct. (1919), pp. 19: “Homens devem se manter atentos ao que pretendem, e ser responsáveis, com os efeitos que seus atos são capazes de produzir. A defesa da liberdade de expressão foi muito brevemente dispensada como “suficientemente discutida e é definitivamente rejeitada em *Schenck* (...)” e outros casos. Cf. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 619, 40 S.Ct. (1919), pp. 18.

havia condenado os réus para o cumprimento de prisão prolongada de vinte anos.⁴⁹ Com a maioria usando o teste da “tendência ruim”, o governo poderia proibir o discurso se este tendesse a trazer resultados prejudiciais.

Holmes alegou que era ridículo supor que estes panfletos iriam dificultar os esforços de guerra do Governo contra a Alemanha, que era o que a lei exigia. Ele rapidamente se debruçou para além da linguagem das leis para considerar as questões constitucionais. Holmes alegou que o governo só poderia restringir a liberdade de expressão quando houvesse “perigo de imediato mal ou a intenção de trazê-lo (...) o Congresso, certamente, não pode proibir todos os esforços para mudar a mente do país”.⁵⁰ As leis que regulam a liberdade de expressão, Holmes admitiu, seriam uma forma eficaz para o governo reprimir a oposição, mas ele manteve a esperança de que as pessoas iriam perceber que:

O bem supremo desejado é mais bem alcançado pelo comércio livre nas ideias – que o melhor teste da verdade é o poder do pensamento para conseguir ser aceito na competição do mercado (...) Isso (...) é a teoria da nossa Constituição.⁵¹

Holmes advertiu contra a repressão de ideias impopulares:

Devemos ser eternamente vigilantes contra as tentativas de constranger a expressão de opiniões que nós detestamos e acreditamos ser preocupantes, somente quando elas ameacem de forma iminente ou tenham interferência imediata contra os fins legais e prementes da lei, então, uma verificação imediata será necessária para salvar o país.⁵²

Ainda assim, ele dificilmente admitiu qualquer restrição robusta em detrimento do poder do governo de controlar o discurso:

Ninguém pode supor que a publicação sub-reptícia de um folheto ingênuo por um homem desconhecido, sem mais, iria apresentar qualquer perigo imediato e que as suas opiniões iria dificultar o sucesso do governo ou ter qualquer tendência apreciável para fazê-lo. Publicar essas opiniões com o propósito de obstruir o governo, no entanto, pode indicar um maior perigo e, de qualquer

⁴⁹ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 629, 40 S.Ct. (1919), pp 21-22.

⁵⁰ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 628, 40 S.Ct. (1919), pp. 21.

⁵¹ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 630, 40 S.Ct. (1919), pp. 22.

⁵² *Abrams v. United States*, 250 U.S. 630, 40 S.Ct. (1919), pp. 22.

modo, teria a qualidade de uma tentativa. Assim, eu suponho que o segundo folheto, se publicado para efeitos alegados na quarta contagem, possa ser punível.⁵³

Com a teoria utilitarista de Holmes, ficamos a debater por que o governo deve esperar até que os perigos sejam imediatos. Se se pode punir tal discurso antes, não seria melhor remediar o problema pela raiz? O próprio Holmes admite que, “[p]ublicar essas opiniões com o propósito de obstruir o governo, no entanto, pode indicar um maior perigo e, de qualquer modo, teria a qualidade de uma tentativa”.

Se o governo pode processar se o perigo é maior, por que esperar até que seja um perigo maior? A lógica de Holmes não explica (para recorrer à analogia do alarme de incêndio, mais uma vez), porque os bombeiros devem esperar até que o pequeno incêndio torne-se um grande incêndio antes de tentar apagá-lo.

3. A Decisão em *Gitlow*

Seis anos depois de *Abrams*, a Corte continuou a usar o teste da “tendência ruim” para manter as restrições à liberdade de expressão. Promotores estaduais condenaram os réus em *Gitlow v. Nova York*⁵⁴ por violar a lei estadual de Nova York contra o Anarquismo. Esta lei proibia qualquer manifesto que instigasse a derrubada violenta do governo. Os réus imprimiram e divulgaram um manifesto radical incentivando greves políticas. Não havia nenhuma evidência de que o manifesto tinha qualquer efeito sobre os indivíduos que receberam as cópias. Nesse sentido, o manifesto não teve poder de persuasão.

A maioria da Corte, em *Gitlow*, mais uma vez manteve a condenação e assegurou a constitucionalidade da lei, considerando inaplicável o teste do “perigo claro e imediato”. A Corte concluiu que o teste do “perigo claro e imediato” se aplica quando uma lei que proíbe atos particulares não inclui quaisquer restrições sobre o uso da linguagem. Só então, a maioria argumentou, deve o tribunal usar o padrão do teste do “perigo claro e imediato” para determinar se a liberdade de expressão e o discurso particular são constitucionalmente protegidos. Em tal caso, onde a lei não proibir a livre expressão diretamente, o governo deve provar que a linguagem dos réus trouxe o resultado que é legalmente proibido.⁵⁵ No

⁵³ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 628, 40 S.Ct. (1919), pp. 21.

⁵⁴ *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 45 S.Ct. 625, 69 L.Ed. 1138 (1925).

⁵⁵ *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 670-71, 45 S.Ct. (1925), pp. 631-32.

entanto, em *Gitlow*, observa-se que o legislador já havia determinado quais expressões violariam a lei. A decisão do governo de que certas palavras são suscetíveis de causar o mal substantivo “não estava aberta para considerações”⁵⁶. O governo deve então mostrar apenas que existe uma base razoável para a lei. É irrelevante que as palavras específicas criem ou não um “perigo claro e imediato”.⁵⁷

Justice Holmes discordou. Ele argumentou que, se o teste do “perigo claro e imediato” fosse devidamente aplicado, seria óbvio que não havia perigo real de que os panfletos dos acusados conseguiram instigar uma revolução política. Se o manifesto apresentado fosse uma ameaça imediata para a estabilidade dos governos, então haveria a necessidade de supressão.⁵⁸ Na ausência de perigo imediato, concluiu Holmes, os réus tinham o direito de exercer seus direitos da Primeira Emenda.

No entanto, mais uma vez, Holmes pareceu admitir que o governo poderia limitar o discurso se o orador tivesse algum tipo de poder de persuasão ou fosse convincente. Ele iria proteger os réus neste caso, porque o seu “discurso redundante (...) não tinha nenhuma chance de começar uma presente conflagração”.⁵⁹ A Constituição, ao que parece, só protege oradores entediados.

Se o governo pode limitar a fala quando ela se torna convincente, por que esperar? O governo deve ser capaz de parar o problema na sua fonte. A lógica de Holmes para o teste sugere que o Estado pode esmagar a dissidência quando as pessoas começam a acreditar nela (um “perigo imediato”). Se isso fosse verdade, poder-se-ia pensar que o Estado não deve ter que esperar. Os bombeiros não devem esperar e não agir até que um foco pequeno de fogo se torne um incêndio. Como outro *Justice* mais tarde argumentou:

As palavras não podem significar que, antes do Governo poder agir, ele deve esperar até que a *conspiração* esteja prestes a ser executada (...). Se o governo está ciente de que um grupo visa a sua derrubada ou está tentando doutrinar seus membros (...) a ação por parte do Governo é necessária (...) Certamente uma tentativa de derrubar o governo pela força, embora condenada desde o

⁵⁶ *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 670, 45 S.Ct. (1925), pp. 632.

⁵⁷ *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 671, 45 S.Ct. (1925), pp. 632.

⁵⁸ *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 673, 45 S.Ct. (1925), pp. 632.

⁵⁹ *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 673, 45 S.Ct. (1925), pp. 632 (Holmes, J., opinião dissidente, seguido por Brandeis, J.).

início por causa do número insuficiente ou poder dos revolucionários, é um mal suficiente que o Congresso deve impedir.⁶⁰

4. O Caso *Whitney*

Em 1927, em *Whitney v. California*⁶¹, o teste do “perigo claro e imediato” fez a sua aparição mais uma vez e, desta vez pelo menos, foi em uma opinião concorrente, em vez de uma dissidência. Ainda assim, ele não protegeu o réu. Na verdade, quando *Justice* Holmes estava na Corte, o teste nunca foi utilizado para derrubar qualquer condenação.

O governo condenou a Sra. Whitney de violar a *California Criminal Syndicalism Act*, quando ela auxiliou na organização do Partido Trabalhista Comunista da Califórnia [*Communist Labor Party of California*]. A lei definia o sindicalismo criminoso como qualquer doutrina que “defenda o ensino ou pratique (...) crime, sabotagem (...) ou atos ilícitos de força e violência” para efetuar a mudança política ou econômica.⁶²

Whitney disse ter argumentado, na convenção da organização, pela reforma política através do processo democrático. A maioria da Corte, no entanto, discordou dela e considerou que ela apoiou a mudança por meio da violência e do terrorismo. Ela afirmou que não tinha apoiado o Partido Comunista com o conhecimento do seu propósito ilegal. O Estado baseou a condenação em sua mera presença na convenção.⁶³

A Corte considerou que o Júri tinha resolvido, de forma adversa à Sra. Whitney, importantes questões factuais finais: (1) que ela tinha participado da convenção, (2) que a ação conjunta do Partido Comunista ameaçou o bem-estar do Estado, e (3) que ela era parte dessa organização.⁶⁴ Isso foi o suficiente para a maioria afirmar a sua condenação.

O que é significativo sobre Whitney é a opinião concorrente de *Justice* Brandeis. Ele rotulou sua opinião como “concorrente”, mas se lê a opinião como uma dissidência. A razão técnica de *Justice* Brandeis afirmar a condenação (Sra. Whitney não invocou, especificamente, o teste do “perigo claro e imediato”), foi provavelmente um truque ou estratégia.

⁶⁰ Chief Justice Vinson, discursando sobre a pluralidade em *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 509, 71 S.Ct. 857, 867, 95 L.Ed. 1137 (1951).

⁶¹ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 47 S.Ct. 641, 71 L.Ed. 1095 (1927).

⁶² *Whitney v. California*, 274 U.S. 359-60, 47 S.Ct. (1927), pp. 642.

⁶³ *Whitney v. California*, 274 U.S. 363-67, 47 S.Ct. (1927), pp. 644-45.

⁶⁴ *Whitney v. California*, 274 U.S. 367-72, 47 S.Ct. (1927), pp. 645-47.

Os juizes podem chamar as suas opiniões do que eles quiserem. Ele queria que sua opinião transportasse mais autoridade para os juizes futuros e uma opinião chamada “concorrente” deve ter mais peso do que a dissidência, que, por definição, não forma precedente. *Justice* Brandeis entendia que a Suprema Corte ainda não tinha usado o teste do “perigo claro e imediato” de Holmes para derrubar uma condenação à liberdade de expressão. Se a Corte utilizou-o em tudo, ela só fez isso para afirmar uma condenação. (Brandeis não sabia ainda, mas a Corte nunca iria usar o teste para derrubar uma condenação).

A opinião de *Justice* Brandeis que se juntou a de Holmes manteve a condenação apenas em um terreno processual estrito. Mais importante, ela ofereceu uma justificativa para a liberdade de expressão que foi muito mais do que os princípios lógicos de Holmes. Ela não adotou a concessão de Holmes de que o governo não poderia proibir discurso chato, mas poderia proibir o discurso persuasivo. A falha fatal no raciocínio de Holmes era que, ao admitir que o governo pudesse punir o discurso persuasivo, ele permitiu que o governo respondesse ser capaz de tratar o problema pela raiz, proibindo o mesmo discurso antes que se torne persuasivo. A Primeira Emenda não protege muito se ela só protege o orador envolvido em um “discurso redundante, que nenhuma chance tem de começar uma presente conflagração”.⁶⁵

Brandeis, em primeiro lugar, contestou especificamente qualquer noção, apresentada pela primeira vez em *Gitlow*, de que a promulgação de uma lei encerrava a aplicação do teste do “perigo claro e imediato” pela Suprema Corte.⁶⁶ Em seguida, ele passou a justificar o direito à liberdade de expressão, mesmo para aqueles que protestam contra a guerra ou advogam doutrinas semelhantes ao comunismo. Para fazer isso, ele adotou a lógica de Heródoto, Péricles e Ésquilo, com cerca de dois milênios e meio de antecedência.

Brandeis argumentou que o Estado não tem normalmente “o poder de proibir a difusão da doutrina social, econômica e política que a grande maioria dos seus cidadãos acredita ser falsa e repleta de consequências

⁶⁵ *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 673, 45 S.Ct. . (1925), pp. 632 (Holmes, J., opinião dissidente).

⁶⁶ “[A] promulgação da lei não pode estabelecer, por si só, os fatos que são essenciais a sua validade.” *Whitney v. California*, 274 U.S. 374, 47 S.Ct. (1927), pp. 648 (Brandeis, J., opinião concorrente). Cf. Nathaniel L. Nathanson, *The Philosophy of Mr. Justice Brandeis and Civil Liberties Today*, in *SIX JUSTICES ON CIVIL RIGHTS* (R.D. Rotunda ed., 1983), pp. 161-71.

maléficas”.⁶⁷ Isso porque os *Pais Fundadores* “valorizaram a liberdade tanto como um fim, quanto como um meio”. Aqueles que redigiram a Primeira Emenda “acreditavam que a liberdade fosse o segredo da felicidade e que a coragem fosse o segredo da liberdade”.⁶⁸ Suas palavras espelhavam sentimentos semelhantes aos da oração fúnebre de Péricles, que disse que nós devemos considerar a “coragem de sermos livres e a liberdade de sermos felizes (...)”.⁶⁹

Brandeis também argumentou que a liberdade de expressão não desafia, mas, pelo contrário, assegura a ordem pública. “A repressão gera ódio (...) O ódio ameaça a estabilidade do governo (...) O caminho da segurança reside na oportunidade de *discutir livremente* supostas queixas e soluções propostas (...)”.⁷⁰ Isso também ecoava Péricles, que disse: “[o] grande obstáculo à ação é, em nossa opinião, não a discussão, mas a carência do conhecimento que se ganha com a discussão preparatória para a própria ação”.⁷¹

A opinião concorrente de Brandeis enfatizou que o governo devia provar o *incitamento* – uma resposta inconsciente, Pavloviana, da plateia:

Mesmo a alegação de violação [à lei], embora moralmente repreensível, não é uma justificativa para negar a liberdade de expressão se o argumento está aquém da incitamento e não há nada que indique uma ação imediata (...) Nenhum perigo que flui do discurso pode ser considerado claro e imediato, a menos que a incidência do mal apreendido seja tão iminente que possa acontecer antes que haja a oportunidade para uma discussão completa.⁷²

Somente quando o discurso está em um contexto que tem consequências impensadas, é que uma ação imediata de suspensão para a proteção da Primeira Emenda é justificada. Isso porque, quando um discurso *incita* a multidão – por exemplo, o líder que incita uma multidão de linchadores ou o homem com conhecimento de causa e falsamente grita fogo num teatro lotado – não há oportunidade para uma discussão completa. Não haveria nenhuma maneira de contrariar o discurso de que não gostamos, apresentando mais discurso.

⁶⁷ *Whitney v. California*, 274 U.S. 374, 47 S.Ct. (1927), pp. 648.

⁶⁸ *Whitney v. California*, 274 U.S. 375, 47 S.Ct. (1927), pp. 648.

⁶⁹ Péricles, *Funeral Oration*, in, THUCYDIDES: TRANSLATED INTO ENGLISH (B. Jowett transl., 1881), pp. 116, 122.

⁷⁰ *Whitney v. California*, 274 U.S. 376-77, 47 S.Ct. (1927), pp. 648-49.

⁷¹ Péricles, *Funeral Oration*, in, THUCYDIDES: TRANSLATED INTO ENGLISH (B. Jowett transl., 1881), pp. 116, 118, 119.

⁷² *Whitney v. California*, 274 U.S. 376-77, 47 S.Ct. (1927), pp. 648-49.

Brandeis concluiu que em situações em que os direitos de liberdade de expressão e de reunião foram violados, o réu pode contestar essa supressão alegando uma violação da liberdade de expressão. Em vez disso, *Whitney* tinha desafiado sua convicção com base na negação do devido processo legal; portanto, Brandeis disse que ele era incapaz de passar sobre a questão da liberdade de expressão.⁷³ Esta tecnicidade significava que Brandeis era capaz de chamar sua opinião de concorrente, emprestando-lhe, portanto, mais autoridade para citações futuras.

Houve uma longa e sinuosa estrada entre a opinião de *Justice* Brandeis em *Whitney* e a moderna doutrina da liberdade de expressão. Em vez de refazer cada etapa, uma jornada que foi considerada em outro lugar⁷⁴, podemos focar no moderno direito de dissidência e as proteções de aqueles que defendem (mas não se envolvem com) violências e outros comportamentos ilegais. A visão moderna rejeita o teste do “perigo claro e imediato” e adota um critério mais estrito, que incorpora e estende o raciocínio de *Justice* Brandeis.

V. O TESTE MODERNO

Durante o final dos anos 60, a Corte estava focada em proteger a defesa de ideias impopulares. Este teste moderno é muito mais protetivo do direito à dissidência. Ele cresceu a partir de três casos decididos pela Suprema Corte no final dos anos 60: *Bond v Floyd*⁷⁵, *Watts v United States*⁷⁶ e *Brandenburg v Ohio*⁷⁷.

1. O Caso *Julian Bond*

Julian Bond era um membro eleito da Câmara de Geórgia. Os outros membros da Câmara de Georgia se recusaram a dar posse ao seu mandato eletivo. O problema foi que Bond expressou publicamente seu apoio a um comunicado emitido pelo Comitê Não-Violento de Coordenação Estudantil (SNCC) [*Student Nonviolent Coordinating Committee*], criticando o envolvimento dos Estados Unidos no Vietnã e o

⁷³ *Whitney v. California*, 274 U.S. 379, 47 S.Ct. (1927), pp. 649.

⁷⁴ RONALD D. ROTUNDA & JOHN E. NOWAK, TREATISE ON CONSTITUTIONAL LAW: SUBSTANCE AND PROCEDURE, VOL. 5 (2012), §§20.1 a 20.17.

⁷⁵ *Bond v. Floyd*, 385 U.S. 116, 87 S.Ct. 339, 17 L.Ed.2d 235 (1966).

⁷⁶ *Watts v. United States*, 394 U.S. 705, 89 S.Ct. 1399, 22 L.Ed.2d 664 (1969) (*per curiam*).

⁷⁷ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 89 S.Ct. 1827, 23 L.Ed.2d 430 (1969) (*per curiam*).

processo legislativo de seus projetos de lei.⁷⁸ A legislatura de Geórgia realizou uma audiência especial para determinar se Bond, de boa-fé, poderia fazer o juramento obrigatório para apoiar a Constituição. Na audiência legislativa, Bond disse que ele estava disposto e era capaz de assumir seu juramento de posse. Testemunhou que apoiara pessoas que queimaram os seus respectivos cartões de recrutamento do exército, mas acrescentou que ele não queimou o seu próprio nem aconselhou alguém a queimar o seu.⁷⁹ No entanto, a Câmara de Geórgia não votou pela homologação do juramento de posse de Bond. Este ajuizou uma ação judicial que levou à *Bond v. Floyd*.⁸⁰

A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a Câmara da Geórgia violou o direito da livre expressão de Bond.⁸¹ Embora o juramento de posse fosse constitucionalmente válido, descreveu *Chief Justice Warren*, este requisito não capacita os representantes do estado a desafiar a sinceridade de um parlamentar eleito ao jurar fidelidade à Constituição. Essa autoridade poderia ser usada para reprimir dissidências de representantes que não concordavam com opiniões da maioria.⁸²

A Suprema Corte também decidiu que seria inconstitucional o governo federal condenar Bond por meio da *Selective Service Act* por aconselhar ou ajudar pessoas a fugirem ou a recusarem o recrutamento no exército. A Corte disse que não se poderia razoavelmente interpretar as declarações de Bond “como uma chamada à recusa ilegal a ser elaborada”.⁸³ Bond, na verdade, parecia estar defendendo alternativas legais para o recrutamento e não incitava as pessoas a violarem a lei. A Corte concluiu que a punição de Bond por essas demonstrações violava a Primeira Emenda.⁸⁴

⁷⁸ *Bond v. Floyd*, 385 U.S. 118-21, 87 S.Ct. (1966), pp. 341-42.

⁷⁹ *Bond v. Floyd*, 385 U.S. 123-24, 87 S.Ct. (1966), pp. 343-44. A Suprema Corte, depois, considerou constitucional a lei federal de punição à destruição dos cartões de recrutamento em *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 88 S.Ct. 1673, 20 L.Ed.2d 672 (1968).

⁸⁰ *Bond v. Floyd*, 385 U.S. 116, 87 S.Ct. 339, 17 L.Ed.2d 235 (1966).

⁸¹ *Bond v. Floyd*, 385 U.S. 137, 87 S.Ct. (1966), pp. 350.

⁸² *Bond v. Floyd*, 385 U.S. 132, 87 S.Ct. (1966), pp. 347-48.

⁸³ *Bond v. Floyd*, 385 U.S. 133, 87 S.Ct. (1966), pp. 348.

⁸⁴ *Bond v. Floyd*, 385 U.S. 134, 87 S.Ct. (1966), pp. 348-49, citando *Yates v. United States*, 354 U.S. 298, 77 S.Ct. 1064, 1 L.Ed.2d 1356 (1957).

2. A Decisão em *Watts*

Um prenúncio dos casos posteriores é *Watts v. United States*.⁸⁵ Em uma breve opinião *per curiam*, a Suprema Corte reverteu a condenação de Watts por violar uma lei que proíbe as pessoas de “causar ou ter intenção de (...) ameaçar tirar a vida, infligir danos físicos ao Presidente”. Watts, durante um comício público em Washington, D.C., declarou que não iria se apresentar ao seu teste de preparo físico para o recrutamento. Em seguida, ele se referiu ao presidente Johnson (LBJ) e acrescentou:

Se eles me fizessem carregar um rifle, o primeiro homem que eu quero que fique na minha mira é LBJ. Eles não vão me fazer matar meus irmãos negros.⁸⁶

A Corte disse que a lei é “constitucional”, porque a nação certamente tem um interesse válido em proteger o presidente. No entanto, a Corte deve interpretar esta lei, que criminaliza certas formas de liberdade de expressão, à luz da Primeira Emenda. “O que é uma ameaça deve ser distinto do que é discurso constitucionalmente protegido”.⁸⁷ A declaração de Watts foi apenas uma “hipérbole política” e não uma verdadeira ameaça.

A linguagem da arena política é muitas vezes alegórica, abusiva e inexata. A única ofensa [do réu] aqui foi uma espécie de método ofensivo muito bruto de afirmar uma oposição política ao presidente.⁸⁸

Deve-se considerar a declaração de Watts em seu contexto. A “ameaça” era condicional e seus ouvintes responderam rindo. Suas palavras só devem ser interpretadas como uma expressão da crença política.

As circunstâncias do discurso de Watts não equivalem a um literal *incitamento* de violência. Se fosse, a análise e o raciocínio da Corte teriam sido diferentes.

A influência do “incitamento”, central na opinião concorrente de Brandeis em *Whitney*⁸⁹, é evidente em ambos os casos. A determinação

⁸⁵ *Watts v. United States*, 394 U.S. 705, 89 S.Ct. 1399, 22 L.Ed.2d 664 (1969) (*per curiam*).

⁸⁶ *Watts v. United States*, 394 U.S. 706, 89 S.Ct. (1969) (*per curiam*), pp. 1401.

⁸⁷ *Watts v. United States*, 394 U.S. 707, 89 S.Ct. (1969) (*per curiam*), pp. 1401.

⁸⁸ *Watts v. United States*, 394 U.S. 708, 89 S.Ct. (1969) (*per curiam*), pp. 1401-02.

⁸⁹ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 372-80, 47 S.Ct. 641, 647-50, 71 L.Ed. 1095 (1927) (Brandeis, J., opinião concorrente).

crucial em *Bond* foi o fato de que o réu estava meramente expressando suas desavenças com o governo, não incitava um linchamento ou violência. A Corte reverteu a condenação do réu em *Watts*, porque sua declaração claramente não apresentava qualquer ameaça iminente ao Presidente.

Isso nos leva à decisão que incorpora o aprendizado do passado e nos entrega um teste moderno – *Brandenburg v. Ohio*⁹⁰ –, que possui suas origens há 2.500 anos.

3. O Teste *Brandenburg*

O ponto culminante do teste moderno está em *Brandenburg v. Ohio*.⁹¹ Ele sinalizou uma grande mudança da opinião da Suprema Corte. Muitos comentaristas, no momento, não apreciam o seu significado, porque a Corte emitiu uma decisão em um breve parecer *per curiam*, uma designação dada frequentemente a opiniões de menor significância. A Corte rejeitou a proteção limitada do teste do “perigo claro e imediato”, como Holmes o projetou e, em vez disso, adotou diferenças cruciais e ênfases para assegurar que a proteção à liberdade de expressão não fosse diluída.

Em sentido diverso, *Brandenburg* criou um novo teste. Primeiro, ele explicitamente revoga a decisão em *Whitney*.⁹² Ele não adotou o teste do “perigo claro e imediato” e nunca se referiu explicitamente a ele. No entanto, *Justice Black* e *Justice Douglas* se referiram. Em suas opiniões separadas, deixaram claro que, “a doutrina do perigo claro e imediato não deve ter lugar na interpretação da Primeira Emenda”.⁹³ *Brandenburg* também acrescentou uma nova força para a fundamentação da opinião concorrente de Brandeis em *Whitney* e eliminou o uso do teste que tinha prevalecido nas eras da “tendência ruim” e da “regulação”.

A opinião *per curiam* da Corte em *Brandenburg* reverteu a condenação de um líder da *Ku Klux Klan* por violar a lei de sindicalismo criminoso de

⁹⁰ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 89 S.Ct. 1827, 23 L.Ed.2d 430 (1969) (*per curiam*).

⁹¹ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 89 S.Ct. 1827, 23 L.Ed.2d 430 (1969) (*per curiam*).

⁹² *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 47 S.Ct. 641, 71 L.Ed. 1095 (1927).

⁹³ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 449-50, 89 S.Ct. (1969) (*per curiam*), pp. 1831 (Black, J., opinião concorrente). Cf., também: *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 454, 89 S.Ct. (1969) (*per curiam*), pp. 1833 (Douglas, J., opinião concorrente): “Eu não vejo lugar no regime da Primeira Emenda para qualquer teste de ‘perigo claro e imediato’, tanto rigorosa e concretamente como alguns pretendem fazê-lo, quanto de modo redundante como a Corte, em *Dennis*, reformulou-o.”

Ohio. Ohio acusou Brandenburg de defender a reforma política por meio da violência e da organização de um grupo formado para ensinar o sindicalismo criminoso. Os fatos mostraram que um homem identificado como Brandenburg providenciou que uma equipe de reportagem de televisão assistisse um comício da *Ku Klux Klan*. Durante o filme de notícias feito no evento, membros da *Ku Klux Klan*, incluindo Brandenburg, discutiram o plano do grupo para marchar pelo Congresso.

A Corte reconheceu que tinha considerado constitucional uma lei semelhante sobre sindicalismo criminoso em *Whitney*, mas, afirmou a Corte, decisões posteriores desacreditaram *Whitney*. Ela considerou, em seguida, que o direito de liberdade de expressão protege o patrocínio da violência, enquanto o patrocínio não incitar as pessoas a uma ação *iminente*. A chave é o “incitamento”.

Quando um orador usa o discurso para causar uma impensada e imediata ação ilegal, então não se pode contar com outros discursos no mercado de ideias para corrigir os erros da manifestação original; simplesmente não há tempo suficiente, porque há um incitamento. Nestes casos raros, o Estado tem um interesse significativo e não há outros meios de prevenção das condutas ilegais resultantes. A situação é comparável a alguém estimulando uma corja de linchadores a enforcar um prisioneiro. Ou, para aplicar este teste a analogia de Holmes, é semelhante a alguém que (a) consciente e *falsamente* grita “fogo” em um teatro lotado (b) com a intenção de causar um motim, em tais circunstâncias (c) em que não há tempo para um debate razoável, por causa da *intenção* do orador, de suas palavras *objetivamente*, de sua voluntariedade (ele está gritando falsa e conscientemente) e das circunstâncias sob quais ele incita uma grande multidão.

Assim, *Brandenburg* desenvolveu um teste novo, em quatro partes que enfatiza a necessidade do Estado de provar a incitação. Para a condenação ser válida, o Estado deve provar: (1) que o orador *subjetivamente pretendeu* reproduzir um ato de incitamento; (2) no contexto, as palavras usadas são “suscetíveis de incitar ou produzir” ação *iminente* e ilegal⁹⁴; (3) as palavras usadas pelo responsável *objetivamente encorajam*, instigam e (4) provocam ação iminente. A Corte deixou claro esta terceira parte do teste, com seu foco nas palavras objetivas usadas pelo orador, em uma decisão posterior, *Hess v. Indiana*⁹⁵, discutida abaixo.

⁹⁴ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447, 89 S.Ct. (1969) (*per curiam*), pp. 1827, 1829 (“o discurso é direcionado à incitação ou à produção de ações ilegais e é provável que incite ou produza tais ações”) (citação omitida).

⁹⁵ *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105, 94 S.Ct. 326, 38 L.Ed.2d 303 (1973). Cf, Eugene Volokh, *Crime-Facilitating Speech*, 57 STANFORD LAW REVIEW 1095 (2005).

A Suprema Corte em *Brandenburg* então resumiu o novo teste para o discurso que defende a conduta ilícita: O Estado não pode “proibir a defesa do uso da força ou de violação da lei, exceto se tal defesa é dirigida a incitar ou produzir uma iminente ação ilegal e contra a lei e que seja suscetível de incitar ou produzir tal ação de fato”.⁹⁶ Apenas ensinar doutrinas abstratas, a Corte observou, não é o mesmo do que ser o líder de um grupo em uma ação violenta. Além disso, a lei deve ser estritamente projetada para refletir essas limitações. Se a lei não conseguiu distinguir entre a defesa de uma teoria e o patrocínio da ação, ele vai contra as liberdades da Primeira Emenda.

O sindicalismo criminoso, conforme definido na lei de Ohio, não passou no teste de *Brandenburg*. A lei proibia o ensino da revolução política violenta com a intenção de difundir tal doutrina ou montar um grupo que a defende. No julgamento, a acusação não fez nenhuma tentativa de distinguir entre o incitamento e a defesa de uma doutrina. Assim, a lei de Ohio contrariava a Primeira e a Décima Quarta Emendas. Qualquer lei que punisse a mera defesa da doutrina da *Ku Klux Klan* e a organização de seus membros para defender suas crenças era inconstitucional.

A nova formulação de *Brandenburg* oferece uma ampla proteção para uma posição forte da defesa de ideias. Seu foco principal é sobre a linguagem e a vontade de incitar proveniente de quem produz o discurso, isto é, nas palavras *objetivamente* utilizadas. Além disso, é necessário demonstrar que o discurso é dirigido para produzir uma imediata ação ilegal e que, na verdade, a situação e o contexto tornarão este efeito provavelmente bem sucedido.

⁹⁶ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 447, 89 S.Ct. (1969) (*per curiam*), pp. 1829 (citação omitida). Justice Douglas opinou, concorrente e separadamente, a ressalva de que não havia lugar para o teste do “perigo claro e imediato” em todos os casos que envolvam direitos da Primeira Emenda. Ele estava desconfiado do teste, que ele acreditava que poderia ser facilmente manipulado para negar a proteção constitucional de qualquer discurso crítico do governo existente. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 450-52, 89 S.Ct. (1969) (*per curiam*), pp. 1831-32. Justice Black também opinou concorrentemente em separado e, da mesma forma, opôs-se ao teste, pois era uma insuficiente proteção da liberdade de expressão. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 449-450, 89 S.Ct. (1969) (*per curiam*), pp. 18311.

4. *Hess v. Indiana* e sua defesa de *Brandenburg*

A decisão judicial pós-Warren, *Hess v. Indiana*⁹⁷, é significativa, porque demonstra que a Corte é séria e literal em sua aplicação do teste proposto em *Brandenburg*. A polícia prendeu Hess (que foi posteriormente condenado) por conduta desordeira, quando ele gritou: “Nós tomaremos a merda da rua mais tarde (ou ‘de novo’)”, durante uma manifestação contra a guerra. Duas testemunhas afirmaram que Hess não parecia exortar os manifestantes a retornar à rua que os policiais haviam acabado de desobstruir, que Hess estava de frente para a multidão e que seu tom de voz (embora alto) não foi mais alto do que qualquer dos outros manifestantes.⁹⁸ A Suprema Corte de Indiana confirmou as disposições da jurisdição de primeira instância, no sentido de que Hess pretendia com sua intervenção incitar tumultos e agitações e que suas palavras eram propensas a produzir tal resultado.

No entanto, a Suprema Corte dos Estados Unidos, breve opinião *per curiam*, reverteu a decisão da Suprema Corte de Indiana e declarou:

Na melhor das hipóteses, (...) a declaração poderia ser tomada como conselhos para presente moderação; na pior, ascendeu a nada mais do que a defesa de uma ação ilegal em algum momento indefinido no futuro. Isso não é suficiente para permitir que o Estado censure e puna o discurso de Hess. Sob as nossas decisões, ‘as garantias constitucionais das liberdades de expressão e de imprensa não autorizam um estado a proibir ou proscrever o patrocínio do uso da força ou da violação da lei, salvo se esse patrocínio é dirigido a incitar ou a produzir uma *imminente* ação ilegal e seja provável que incite ou produza tal ação.’⁹⁹

Porque o discurso de Hess “não foi direcionado para qualquer pessoa ou grupo de pessoas”, Hess não tinha patrocinado a ação que produziria iminente desordem. Suas declarações, portanto, não violavam a lei.¹⁰⁰

Justice Rehnquist, acompanhado por *Chief Justice* Burger e *Justice* Blackmun, fortemente dissentiu da opinião *per curiam* da Corte sobre “a descrição um pouco antisséptica desta massa de pessoas” e preferiu invocar a decisão do tribunal de apelação, que estava livre para rejeitar

⁹⁷ *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105, 94 S.Ct. 326, 38 L.Ed.2d 303 (1973).

⁹⁸ *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 106-07, 94 S.Ct. (1973), pp. 327-28.

⁹⁹ *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 108, 94 S.Ct. (1973), pp. 328, citando *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447, 89 S.Ct. 1827, 1829, 23 L.Ed.2d 430 (1969) (*per curiam*).

¹⁰⁰ *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 108-09, 94 S.Ct. (1973), pp. 328-29.

um testemunho e aceitar outro testemunho. A maioria, Rehnquist alegou, estava meramente interpretando as provas diferentemente e, assim, excedendo o escopo apropriado de revisão.¹⁰¹ A maioria não mudou de opinião. Havia alguma evidência de que “a declaração [de Hess] poderia ser considerada um conselho para uma presente moderação” e, portanto, suas palavras “objetivas” não satisfaziam os requisitos do teste de *Brandenburg*.

O novo teste de *Brandenburg* – um teste mais vigorosamente articulado e mais estritamente aplicado do que o velho teste do “perigo claro e imediato” – agora é a fórmula adequada para determinar quando o discurso que patrocina uma conduta criminosa pode ser constitucionalmente punida. Com sua ênfase no incitamento, a iminente ação ilegal e as palavras objetivas do orador, o teste é capaz de fornecer uma forte medida de proteção da Primeira Emenda.

Quando um orador defende a violência usando o discurso que não literalmente a incite¹⁰², a Corte deve proteger o orador e a liberdade de expressão. O governo pode instar o tribunal para procurar a proximidade

¹⁰¹ *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 109-12, 94 S.Ct. (1973), pp. 329-30.

¹⁰² Considere a aplicação deste princípio aos que processam a mídia em razão do que eles transmitem. Uma mulher processou uma rede de televisão e a editora por ferimentos causados por pessoas que, ela alegou, foram estimuladas por assistir a uma cena de brutalidade transmitida em um drama de TV. *National Broadcasting Co., Inc. v. Niemi*, 434 U.S. 1354, 98 S.Ct. 705, 54 L.Ed.2d 742 (1978) (Rehnquist, *Circuit Justice*), *certiorari* negado 435 U.S. 1000, 98 S.Ct. 1657, 56 L.Ed.2d 91 (1978), apelação após custódia 126 Cal.App.3d 488, 178 Cal. Rptr. 888 (1981). Os recorrentes solicitaram uma suspensão da ordem judicial do estado pendente de julgamento. *Justice* Rehnquist negou por razões processuais e observou que o juiz de primeira instância proferiu sentença a favor dos recorrentes, pois afirmava que o filme “não patrocinou ou encorajou atos violentos ou depravados e, assim, não constituiu um incitamento.” *National Broadcasting Co., Inc. v. Niemi*, 434 U.S. 1356, 98 S.Ct. (1978), pp. 706. O teste de *Brandenburg* deve ser aplicável para determinar a defesa da liberdade de expressão com a reivindicação de responsabilidade civil do autor. Cf., também: *Herceg v. Hustler Magazine, Inc.*, 814 F.2d 1017, 1021 (5th Cir. 1987). Este caso revogou uma sentença do Júri contra a *Hustler Magazine* decorrente da morte de um adolescente que tentou fazer uma prática sexual descrita em um artigo de revista. “[N]ós sustentamos que a responsabilidade não pode ser imputada a *Hustler* alegando que aquele artigo era um incitamento à prática de um ato potencialmente fatal sem infringir de modo não autorizado a liberdade de expressão.” *Herceg v. Hustler Magazine, Inc.*, *certiorari* negado, 485 U.S. 959, 108 S.Ct. 1219, 99 L.Ed.2d 420 (1988).

à violência, ao invés de palavras literais de incitamento.¹⁰³ No entanto, *Brandenburg* rejeita esta tese.

5. *Brandenburg* e Marco Antônio

Brandenburg e a nova formulação de seu teste oferecem ampla proteção para fortes manifestações. Seu foco principal é sobre a linguagem que incita, isto é, nas palavras *objetivamente*. Além disso, existe a necessidade de mostrar que o orador subjetivamente *pretende* que o discurso produza uma ação ilegal imediata em uma situação que torne este propósito provavelmente bem sucedido.

Vamos aplicar este teste em outra oração fúnebre, não o discurso de Péricles, mas a oração fúnebre de Marco Antônio na peça *Júlio Cesar* de Shakespeare. Aqui estão algumas das palavras de Antônio:

Eu vim para enterrar Cesar, não para louvá-lo. O mal que homens fazem vive após eles; O bem é enterrado com seus ossos; Então, que assim seja com Cesar. O nobre Brutus Hath os disse que Cesar era ambicioso: Se ele era mesmo, foi uma falha grave (...) [Cesar] foi meu amigo, leal e justo comigo: Mas Brutus disse que ele era ambicioso; E Brutus é um homem honrado. (...) Eu tentei o presentear três vezes com uma coroa real, Que ele três vezes recusou: isso foi ambicioso? Brutus ainda diz que [Cesar] era ambicioso; E, certamente, [Brutus]

¹⁰³ *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886, 928, 102 S.Ct. 3409, 3433, 73 L.Ed.2d 1215 (1982): “A retórica emocionalmente carregada dos discursos de Charles Evers não transbordou os limites de proteção da liberdade de expressão estabelecido em *Brandenburg*. As prolongadas abordagens, geralmente, contêm um pedido apaixonado para que cidadãos negros se unam, para se apoiarem e respeitar uns aos outros e para perceber o poder político e econômico que lhes estão disponíveis. Ao longo de tais pedidos, linguagem forte foi utilizada. *Se aquela linguagem fosse seguida de atos de violência, uma questão substantiva poderia ser apresentada, indagando-se se Evers poderia ser considerado culpado pelas consequências das condutas ilegais*. Neste caso, contudo – com a possível exceção do incidente Cox – os atos de violência identificados em 1966 ocorreram semanas ou meses após o discurso de 1º de abril de 1966; o chanceler não descobriu nenhuma violência posterior ao confrontado discurso de 1969. Retórica extemporaneamente forte e efetiva não pode ser agradavelmente canalizada por palavras puramente doces. Um patrono deve estar livre para estimular seu auditório com apelos espontâneos e emotivos por unidade e ação em uma causa comum. Quando estes apelos não incitam atos ilegais, eles devem ser respeitados como discurso protegido.” (grifos nossos).

é um homem honrado. Eu não falo para refutar o que disse Brutus (...) Meu coração está lá no caixão com Cesar, E eu preciso esperar até que ele volte para mim.¹⁰⁴

Primeiro, podemos presumir que Marco Antônio *subjetivamente pretende* o incitamento. Em segundo lugar, no contexto, suas palavras eram *suscetíveis de produzir* a ação iminente e ilegal. Todos nós sabemos o que aconteceu em seguida: a Guerra Civil. O lado de Marco Antônio ganhou, embora tenha sido uma vitória de curta duração para Marco Antônio. Seu aliado, Otávio César, logo se voltou contra ele e forçou Marco Antônio a cometer suicídio.

Ainda assim, o discurso de Marco Antônio não satisfaz a terceira parte do teste – as palavras usadas deveriam *incentivar objetivamente*, deveriam possuir o desejo e provocar ação iminente. Esta terceira parte do teste, com seu foco em palavras objetivas usada pelo orador, protege Marco Antônio. Ele não defende literalmente a violência. Na verdade, ele disse que seus oponentes eram homens “honrados”. Ele não preconiza a guerra: ele disse que ele só falou para enterrar César. A decisão em *Brandenburg* iria protegê-lo. E ao fazer a Primeira Emenda protege a todos nós.

VI. CONCLUSÃO

Um debate ocorreu há muitos anos em um proeminente jornal jurídico sobre os prós e contras das restrições do governo sobre a imprensa cobrindo a guerra do Golfo, ilustrando uma peculiar tradição americana.¹⁰⁵ Enquanto nos apegamos aos nossos direitos da Primeira Emenda para participar de um debate robusto sobre assuntos nacionais e, em última análise, para discordar de políticas do nosso governo, nós também saciamos uma propensão para robustamente debater as condições sob as quais devemos realizar nossos potentes debates sobre assuntos nacionais. Você pode chamar isto de Primeira Emenda ao quadrado.

Se houver qualquer desvantagem para essa preocupação, é que os de fora – por exemplo, ditadores como Saddam Hussein – podem interpretar o fracasso do governo dos Estados Unidos para sufocar a dissidência do debate como um sinal de fraqueza e divisão. Por exemplo, pouco antes

¹⁰⁴ William Shakespeare, *Act III, scene ii*, JULIUS CAESAR (tradução livre).

¹⁰⁵ Victor Navasky, *Press Limits: Censorship or Prudence; Pentagon Rules Impose Illegal Prior Restraint*, LEGAL TIMES, 28 de janeiro de 1991, pp. 19.

da primeira Guerra do Golfo, o correspondente do programa *Cable News Network*, Peter Arnett, entrevistou Saddam, que expressou gratidão aos manifestantes americanos contra a guerra – aparentemente sem compreender que a dissidência, nos Estados Unidos, é par para o discurso.

Nada disso é motivo para limitar ou mesmo questionar nossas liberdades tradicionais. Mas vale a pena um momento de apreciação para o que gostamos e um alerta sobre a importância de preservar nossa liberdade de expressão – principalmente – quando essas liberdades se tornam mais inconvenientes.

A lição de que a força reside na liberdade de expressão remonta há, pelo menos, tanto tempo quanto à antiga Atenas. A força não está no silêncio forçado, mas sim na dissidência robusta. As lições da história devem nos ensinar que qualquer esforço por parte dos apoiadores da guerra de atacar a dissidência estaria jogando com as regras do ditador, adotando as suas regras como se fossem as nossas. Nosso caminho é o do debate interno. Não há nenhum ponto em que o debate esteja encerrado. Não há nenhum ponto em que o curso aceitável da ação seja a manifestação apenas de alguns. Aqueles que argumentam – como fazem alguns sempre – que nossos soldados vão ser desmoralizados pela dissidência doméstica subestimam a dissidência e não entendem o sobrevalor que nossa Constituição deposita na liberdade de expressão, ou no poder que esta liberdade produz.¹⁰⁶

Se nós reunirmos um grupo de atores políticos e teóricos – tais como o Congresso do início (que promulgou os *Alien and Sedition Acts*) e a Suprema Corte (que adotou o teste da “tendência ruim”) – eles nos diriam que um país não poderia conduzir uma guerra com êxito se o governo permitisse que seus opositores pudessem criticá-la abertamente. Durante a maior parte da nossa história, qualquer reunião assim iria produzir a mesma resposta. No entanto, Heródoto, Péricles, Ésquilo e seus companheiros atenienses sabiam melhor.

Há quem diga que é mais difícil para uma democracia ir à guerra, porque ela não pode conduzir a guerra com êxito se o povo se opuser. Isso é uma coisa boa, não é uma coisa ruim. Nos tempos modernos, nenhuma democracia entrou em guerra contra outra democracia. Como Péricles nos lembra, “[o] grande obstáculo à ação é, em nossa opinião, não

¹⁰⁶ [N.T.] O autor se refere à Constituição dos Estados Unidos ao empregar o termo “nossa Constituição”.

a discussão, mas a carência do conhecimento que se ganha com a discussão preparatória para a própria ação”.¹⁰⁷

Quando o mundo está cheio de democracias e os ditadores e terroristas já não são tantos, então teremos a paz duradoura. Os Estados Unidos demonstraram que muitos comentaristas e teóricos políticos assumiram que isso não podia ser verdade. Podemos ser uma democracia, proteger a dissidência mesmo em tempo de guerra e ainda ser uma grande potência militar e econômica, a única superpotência mundial.

Sabemos, por experiência própria, que uma nação em guerra não precisa sacrificar a própria liberdade de expressão. Muitos comentadores políticos nos diriam que não poderíamos esperar que uma nação pudesse sobreviver se permitisse divergências na hora da batalha. No entanto, a experiência do norte-americano com a liberdade de expressão nos diz outra coisa. Os Estados Unidos não só sobreviveu, mas têm *prosperado*, ainda que permita a dissidência inclusive em tempo de guerra.

Como o Senador John F. Kennedy, enquanto era candidato à Presidência, disse, *há cerca de 2.400 anos*¹⁰⁸, “devemos saber todos os fatos e ouvir todas as alternativas e ouvir todas as críticas. Vamos saudar livros polêmicos e autores controversos. A declaração de direitos é o guardião da nossa segurança, bem como da nossa liberdade”.¹⁰⁹ Quando ele disse isso, ecoou a Grécia Antiga. Há pouco de novo sob o sol.

¹⁰⁷ Pericles, *Funeral Oration*, in, THUCYDIDES: TRANSLATED INTO ENGLISH (B. Jowett transl., 1881), pp. 116, 118–19.

¹⁰⁸ [N.T.] A expressão em destaque foi empregada sem ênfase pelo autor em seu manuscrito original. Acrescentamos o itálico para indicar que não se trata de um equívoco do autor, mas de uma linguagem conotativa. Obviamente, John F. Kennedy não se candidatou à presidência dos Estados Unidos *há cerca de 2.400 anos* – o país sequer existia. O objetivo do autor foi sugerir, de modo extremamente enfático, que o discurso do candidato não emitia absolutamente nenhuma novidade. Suas ideias já datavam mais de dois milênios.

¹⁰⁹ John F. Kennedy, *Response to Questionnaire*, SATURDAY REVIEW, 29 de outubro de 1960, pp. 44. Cf., ainda, TATYANA ECKSTRAND, THE LIBRARIAN'S BOOK OF QUOTES (2009), pp. 10; RESPECTFULLY QUOTED: A DICTIONARY OF QUOTATIONS (Library of Congress ed., 2010), pp. 29.

VII. REFERÊNCIAS

AESCHYLUS, PLAYS, 2 VOLS. (1922–1926).

A. KELLY & W. HARBISON, THE AMERICAN CONSTITUTION: ITS ORIGINS AND DEVELOPMENT (1970).

ALAN RYAN, ON POLITICS: A HISTORY OF POLITICAL THOUGHT: FROM HERODOTUS TO THE PRESENT (2012).

Alexis Anderson, *The Formative Period of First Amendment Theory, 1870–1915*, 24 AMERICAN JOURNAL OF LEGAL HISTORY 56 (1980).

CHARLES WARREN, THE MAKING OF THE CONSTITUTION (1928).

DAVID M. RABBAN, FREE SPEECH IN ITS FORGOTTEN YEARS, 1870-1920 (1999).

David M. Rabban, *The Emergence of Modern First Amendment Doctrine*, 50 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 1205 (1983).

David M. Rabban, *The First Amendment in its Forgotten Years*, 90 YALE LAW JOURNAL 516 (1981).

Eugene Volokh, *Crime-Facilitating Speech*, 57 STANFORD LAW REVIEW 1095 (2005).

Frederic Kellogg, *Learned Hand and the Great Train Ride*, 56 THE AMERICAN SCHOLAR 471 (1987).

Harry Kalven, Jr., *Professor Ernst Freund and Debs v. United States*, 40 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 235 (1973).

HERODOTUS, HISTORIES, 4 VOLS. (1922–1931).

Howard Owen Hunter, *Problems in Search of Principles: The First Amendment in the Supreme Court from 1791–1930*, 35 EMORY LAW JOURNAL 59 (1986).

I.F. STONE, THE TRIAL OF SOCRATES (1988).

John F. Kennedy, *Response to Questionnaire*, SATURDAY REVIEW, 29 de outubro de 1960.

J.S. STEPHEN, A HISTORY OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND, VOL. 2 (1883).

LEONARD LEVY, JEFFERSON AND CIVIL LIBERTIES: THE DARKER SIDE (1963).

Michael Kent Curtis, *Lincoln, Vallandigham, and the Anti-War Speech in the Civil War*, 7 WM. & MARY BILL OF RIGHTS JOURNAL 105 (1998).

Nathaniel L. Nathanson, *The Philosophy of Mr. Justice Brandeis and Civil Liberties Today*, in SIX JUSTICES ON CIVIL RIGHTS (R.D. Rotunda ed., 1983).

Paul Freund, *The Debs Case and Freedom of Speech*, 19 THE NEW REPUBLIC 13 (1919), reprinted in 40 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 239 (1973).

Pericles, *Funeral Oration*, in, THUCYDIDES: TRANSLATED INTO ENGLISH (B. Jowett transl., 1881).

RESPECTFULLY QUOTED: A DICTIONARY OF QUOTATIONS (Library of Congress ed., 2010).

Richard Posner, *Star of the Legal Stage*, WALL STREET JOURNAL, August 9, 1989 (Midwest ed.).

Ronald D. Rotunda, *Egypt's Constitutional Do-Over: This Time Around, Take a Closer Look at America's Bill of Rights*, WALL STREET JOURNAL, July 17, 2013.

Ronald D. Rotunda, *Exporting American Freedoms, in MODEL, RESOURCE, OR OUTLIER? WHAT EFFECT HAS THE U.S. CONSTITUTION HAD ON THE RECENTLY ADOPTED CONSTITUTIONS OF OTHER NATIONS?*, 12, 17 de maio de 2013.

RONALD D. ROTUNDA & JOHN E. NOWAK, *TREATISE ON CONSTITUTIONAL LAW: SUBSTANCE AND PROCEDURE* (2012).

SHELDON M. NOVICK, *HONORABLE JUSTICE: THE LIFE OF OLIVER WENDELL HOLMES* (1989).

TATYANA ECKSTRAND, *THE LIBRARIAN'S BOOK OF QUOTES* (2009).

Thomas Jefferson, *Jefferson's Letter to Mrs. Adams, July 22, 1804, 4*, JEFFERSON'S WORKS (H. Washington ed., 1853).

THOMAS M. COOLEY, *CONSTITUTIONAL LIMITATIONS* (1927).

Victor Navasky, *Press Limits: Censorship or Prudence; Pentagon Rules Impose Illegal Prior Restraint*, LEGAL TIMES, 28 de janeiro de 1991.

WILLIAM O. DOUGLAS, *THE RIGHT OF THE PEOPLE* (1958).

William Shakespeare, *Act III, scene ii*, JULIUS CAESAR.

ZECHARIAH CHAFEE, *FREE SPEECH IN THE UNITED STATES* (1942).

O Direito de Dissidência e a Dívida dos Estados Unidos com Heródoto e Tucídides
The Right of Dissent and America's Debt to Herodotus and Thucydides
Submetido: 2016-01-08
Aceito: 2016-01-26