

Arthur Tavares: Hora de rever caso *Brandenburg v. Ohio*?

17/08/2023

Em opinião concedida no caso *Matal v. Tam*, de 2017, o *justice* Samuel Alito afirmou: "o orgulho de nossa jurisprudência sobre liberdade de expressão é que protegemos a liberdade de expressar os "que odiamos" (*Matal v. Tam*, 582 U.S. – 2017) [1]. Essa tem sido a máxima dominante na jurisprudência norte-americana nas últimas décadas — ou até, pode-se afirmar, no último século —, mas, tendo em vista as consequências dessa doutrina e seus desdobramentos na realidade, não chegou o momento de a corte rever seu entendimento?



Nesse ínterim, a grande discussão dos limites entre

liberdade de expressão abarcada pela Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos e discurso ilegal ou perigoso remonta, inicialmente, ao famoso caso *Shenck v. United States* (1919) [2], do qual surgiu a famosa analogia "gritar fogo em um teatro lotado", pela qual discursos resultantes em pânico ou desordem pública não estariam protegidos pela Primeira Emenda. Além disso, vale lembrar, especialmente, do caso *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942) [3], do qual se originou a doutrina das "*fighting words*" afirmada pela Suprema Corte, pela qual palavras "*tendentes a causar uma briga*" não estão resguardadas pela Primeira Emenda.

Em continuidade, reforçando as teorias previamente citadas, surgiu o caso *Brandenburg v. Ohio* (1969) [4], o qual teve início com Clarence Brandenburg, membro da Ku Klux Klan (KKK), num discurso antissemita e racista, convocando sua audiência — formada por outros membros da KKK — para uma marcha em Washington D.C., no Dia da Independência, em meio a falas de eventual vingança contra o governo americano em caso de continuidade ao que ele chamou de "supressão da raça caucasiana". Nesse sentido, em sua decisão, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou que discursos convocando ações ilegais em geral estão protegidos pela Primeira Emenda da Constituição dos EUA, criando a doutrina do "*imminent lawless action*", ou seja, apenas as falas capazes de gerarem uma "ação ilegal iminente" e serem prováveis de instigarem ou causarem uma não estão cobertas pela liberdade de discurso (*freedom of speech*).

A decisão representou uma certa surpresa em relação à jurisprudência da Corte, levando-se em consideração os precedentes *Whitney v. California* (1927) [5] *Dennis v. United States* (1951) [6], casos nos quais a corte entendeu pela condenação de dois indivíduos associados ao Partido Comunista Americano por "conspiração" contra o governo dos EUA, simplesmente por integrarem o referido partido. Em *Whitney v. California*, a Corte aplicou a doutrina do "*bad tendency test*", pela qual discursos hostis ao bem-estar público e tendentes a incitar crimes ou colocar em risco o governo organizado eram abusivos da liberdade de discurso, não sendo abarcados pela Constituição. De maneira similar, em *Dennis v. United States*, a Suprema Corte trouxe a doutrina do "*gravity of evil*", pela qual o padrão a ser seguido é se a "gravidade do mal" pregado, descontada a sua improbabilidade de ocorrer, justifica a restrição à liberdade de expressão para se evitar o perigo. Ressalta-se que, em ambos os casos, as alegações envolviam o suposto objetivo dos comunistas de conspirar contra o governo por meio de violência ou força.

Ora, o que pode demonstrar mais claramente um objetivo de conspiração contra o governo por meios violentos, ou, ainda, uma "gravidade do mal" ou "incitação a crimes", do que um discurso sobre vingança contra as autoridades constituídas, onde a audiência envolvida brada falas racistas e antissemitas e, ainda, porta diversas armas de fogo, como no caso *Brandenburg v. Ohio*? Ainda que se pensasse à luz do conceito de "*imminent lawless action*" — criado a partir do referido caso —, é plausível argumentar que uma audiência inflada por discurso de ódio e armada representa uma ação violenta — e possivelmente ilegal — iminente.

Entretanto, apesar das críticas, a corte manteve o entendimento firmado em *Brandenburg v. Ohio* ao longo das décadas, como se observa dos casos *Village of Skokie v. National Socialist Party of America* (1978) [7] e *R.A.V. v. St. Paul* (1992) [8]. No primeiro caso, restou decidido que uma manifestação nazista pública na comunidade de Skokie e o uso da suástica (símbolo do nazismo)

são protegidos pela Primeira Emenda e que o referido símbolo não se enquadra na teoria das "*fighting words*" estabelecida no caso *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942). Já no segundo caso, a corte entendeu como inconstitucional um decreto municipal proibindo conduta desordeira motivada por preconceito baseado em cor, crença, religião ou gênero, não enquadrando o chamado "discurso de ódio específico" na teoria das "palavras de combate" com fundamento numa "ausência de neutralidade" do conteúdo normativo.

Nesse sentido, apesar de algumas exceções ao longo dos anos – como no caso *Virginia v. Black* (2003) [9], a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana tem sido firme no sentido da proteção de discursos de ódio ou estimulantes da violência pela Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos. Assim, apesar de usar termos diferentes, a corte tem estabelecido que apenas discursos que levem ou estimulem perigo ou violência iminente não estão amparados pela Primeira Emenda. Desse modo, a Suprema Corte trouxe um critério um tanto subjetivo e vago, que é usado em determinadas situações, mas em outras parece haver uma tentativa de burlar sua interpretação anterior, de modo que discursos envolvidos em — ou até causadores de — situações de violência generalizada não foram responsabilizados por não se enquadrarem na régua posta pelo Tribunal Constitucional.

Assim, para fins de argumentação, vale lembrar, inicialmente, o caso de Charlottesville, ocorrido em 2017, no qual grupos neonazistas e de supremacistas brancos protestaram contra a remoção de uma estátua de uma figura histórica da Guerra Civil americana que lutou pelos Estados Confederados, lado que defendeu a manutenção da escravidão naquele período histórico dos EUA. Na ocasião, os manifestantes faziam saudações nazistas, gritavam contra negros, judeus, imigrantes e homossexuais, levando, momentos mais tarde, a uma aproximação de um grupo de universitários, que realizavam uma espécie de contra-protesto [10]. Resultado: os dois grupos entraram em confronto físico direto, resultando em diversas agressões, muitos feridos e um morto por atropelamento [11]. Diante da situação narrada, é impossível, inicialmente, não se questionar o motivo de tal ato ter sido permitido, ou, ainda, o motivo de, desde então, passados quase seis anos, não ter ocorrido uma mudança no entendimento doutrinário da corte, já que o caso de Charlottesville se enquadra quase que identicamente aos casos *Village of Skokie v. National Socialist Party of America* e *Brandenburg v. Ohio*, mas, no caso de 2017, a barbárie se estabeleceu por completo.

Em complemento, deve-se trazer à baila o ataque ao Capitólio dos Estados Unidos ocorrido em 6 de janeiro de 2021, dias antes da sucessão presidencial norte-americana. A situação aconteceu em meio a um contexto de discursos atacando o processo eleitoral, de alegações de fraudes, de pressão sobre autoridades para anulação do pleito e de uma manifestação, promovida pelo próprio presidente da República à época, Donald Trump, onde o mesmo instigou os presentes contra o processo eleitoral democrático, contra as instituições norte-americanas e contra o Governo estabelecido, num discurso raivoso e com tom de ameaça [12]. Vale ressaltar, inclusive, que o Comitê da Câmara dos Deputados dos Estados Unidos que investigava a invasão ao Capitólio apontou o ex-presidente como a principal causa dos atos de 6 de janeiro, havendo recomendado a promoção de acusações criminais como forma de responsabilização do mesmo [13]. Entretanto, até o presente momento, não se conhece de qualquer movimento no sentido de responsabilizar Trump por seu discurso ou pelo ocorrido, o que também levanta motivos para questionamento da teoria de "*imminent lawless action*", pois o discurso de Trump se assemelha, ainda que por aspectos diferentes, ao de Clarence Brandenburg convocando uma marcha sobre Washington D.C. contra o governo estabelecido, só que, no 6 de janeiro, o desastre total ocorreu.

Desse modo, as teorias da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana sobre a proteção dos discursos violentos ou "perigosos" parecem aguardar que tais discursos cheguem no limite de serem executados — ou que efetivamente sejam — para que haja sua restrição legal, ao invés de buscar formas de prevenir a ocorrência de violência, desastres e mortes por meio do combate a tais falas incentivadoras antes que se tornem realidade. Nesse sentido, ao entender e decidir de tal modo, a Suprema Corte nega aplicação a uma das características mais marcantes dos direitos fundamentais: a relatividade — conforme coloca o professor Guilherme Peña de Moraes (2022, p. 145) —, a qual o informa o fenômeno da colisão entre direitos fundamentais [14], não havendo direito fundamental absoluto — incluídos a liberdade e até a vida —, de modo que deve haver a ponderação entre direitos para que se encontre sua harmonização, sem a ultravalorização de um direito ou a negação completa de outro. Vale destacar que tanto a legislação norte-americana quanto a sua jurisprudência têm sido adeptas de tal teoria, visto que, em vários estados norte-americanos, a vida pode ser ceifada por meio da pena de morte,

por exemplo, e a própria liberdade restringida, haja visto os diversos critérios estabelecidos pela Suprema Corte ao longo das décadas, ainda que vagos e de pouca aplicação efetiva.

Assim, ao se preocupar demasiadamente com o efeito de auto-censura a que suas decisões sobre o tema poderiam levar — o chamado "*chilling effect*" -, a Corte foi de um extremo a outro do problema, deixando de lado outras consequências práticas e igualmente perigosas que poderiam resultar de sua jurisprudência — como de fato ocorreu —, havendo certa negligência quanto ao chamado "consequencialismo" fruto de suas decisões. Nesse sentido, ao afirmarem repetidamente a proteção dos discursos de ódio e de falas perigosas pela Primeira Emenda, numa visão inocente e romantizada da liberdade de expressão, a corte cria precedentes para que indivíduos como os manifestantes neonazistas de Charlottesville ou políticos como o ex-presidente Donald Trump valham-se da falta de responsabilização anterior e da justificativa da "liberdade de discurso" para proclamarem narrativas ofensivas, perigosas e causadoras de violência, catástrofe e morte.

Em adendo, numa perspectiva comparada, cabe lembrar os ataques à Praça dos Três Poderes, em Brasília, em 8 de janeiro de 2023, num contexto quase idêntico ao estadunidense, no qual diversos influenciadores digitais, profissionais da imprensa, políticos e até o próprio presidente da República à época, Jair Bolsonaro, vinham fazendo, por meses, discursos contra o processo eleitoral democrático, de fraude nas urnas, contra as instituições da República brasileira — especialmente, o Poder Judiciário — e contra o governo legitimamente eleito pelo voto popular. Ainda que o agora ex-presidente afirme não ter incentivado os manifestantes — que bloquearam estradas e acamparam em quartéis por dias, pedindo, na prática, um golpe militar —, o seu silêncio por longo tempo e suas mensagens "enigmáticas" pelas redes sociais podem ser considerados suficientes para instigar seus apoiadores a participarem dos atos ocorridos em 8 de janeiro do corrente ano. Além disso, cabe relembra também os atos praticados, por volta de 2020, pelo grupo chamado de "300 do Brasil", o qual, sob a justificativa de protestar contra o Supremo Tribunal Federal, acampou na Praça dos Três Poderes, realizou uma marcha, na madrugada, empunhando tochas, usando máscaras e alguns até portando armas de fogo — num tom extremamente similar a Charlottesville —, e ainda lançou fogos de artifício contra a sede do STF..

Nesse mérito, ao contrário da Suprema Corte norte-americana, o Poder Judiciário brasileiro buscou agir eficazmente nesses casos. Como exemplo, há poucas semanas, o ex-presidente Jair Bolsonaro foi declarado inelegível por oito anos, por decisão do Tribunal Superior Eleitoral, sendo um dos motivos o desvio de finalidade de sua conduta ao atacar o sistema eleitoral, de modo que o discurso instigou seu eleitorado contra o próprio sistema e contra as urnas eletrônicas [15]. Para além, sobre os 300 do Brasil, o grupo tornou-se alvo de investigação na Corte (Inq. 4.828) e alguns de seus membros chegaram a ser presos temporariamente e sofreram medidas cautelares alternativas [16]. Em complemento, o Supremo Tribunal Federal, no contexto do processo eleitoral, tomou algumas medidas, como a suspensão temporária de contas de políticos nas redes sociais, por exemplo, com fins de evitar a propagação de discursos fraudulentos e contra o processo eleitoral democrático e impedir atos ilícitos [17]. Assim, apesar de não estar imune a críticas por eventual censura ou por uma vigilância exagerada — as quais também precisam ser apresentadas e discutidas —, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral têm se esforçado para garantir a liberdade de discurso com a devida

responsabilidade e responsabilização dos respectivos locutores, com a tendência de caminhar para um ponto de equilíbrio e deixando lições a serem seguidas — ou, ao menos, observadas — pela corte norte-americana para uma busca de harmonia entre responsabilidade e liberdade.

Desse modo, fica claro que a jurisprudência da Suprema Corte para proteger o "pensamento que odiamos" não pode ser motivo de orgulho, mas deve ser alvo de reflexão e de reavaliação, diante de todas as consequências geradas a partir dela, para que a doutrina de aguardar e observar as consequências de um discurso violento antes de agir seja revertida num entendimento de decisão preventiva, não na forma de censura, mas na de um entendimento mais criterioso e menos subjetivo para que seja garantida a efetiva responsabilização e responsabilidade de locutores, de modo a evitar desastres, a barbárie e até a morte.

Referências:

1. EUA. Suprema Corte dos Estados Unidos. Opinion nº 15-1293. *Matal v. Tam*. Relator: Justice Samuel Anthony Alito Jr.. Washington D.C., 19 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1293_1o13.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2023.
2. ASP, David. *Schenck v. United States* (1919). **The First Amendment Encyclopedia**, [s.l.], [s.d.]. Disponível em: <[https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/193/schenck-v-united-states#:~:text=Unit%20States%20\(1919\)&text=In%20the%20landmark%20Schenck%20v,service%E2%80%99D%20during%20World%20War%20I.>](https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/193/schenck-v-united-states#:~:text=Unit%20States%20(1919)&text=In%20the%20landmark%20Schenck%20v,service%E2%80%99D%20during%20World%20War%20I.>)>. Acesso em: 11 jul. 2023.
3. 8. 9. DEMASKE, Chris; VILE, John R.. Hate Speech. **The First Amendment Encyclopedia**, [s.l.], jun. 2017. Disponível em: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/967/hate-speech>>. Acesso em: 11 jul. 2023.
4. WALKER, James L. *Brandenburg v. Ohio* (1969). **The First Amendment Encyclopedia**, [s.l.], 2009. Disponível em: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/189/brandenburg-v-ohio>>. Acesso em: 11 jul. 2023.
5. BELPEDIO, James R. *Whitney v. California* (1927). **The First Amendment Encyclopedia**, [s.l.], 2009. Disponível em: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/263/whitney-v-california>>. Acesso em: 11 jul. 2023.
6. WALKER, James L.. *Dennis v. United States* (1951). **The First Amendment Encyclopedia**, [s.l.], 2009. Disponível em: <<https://mtsu.edu/first-amendment/article/190/dennis-v-united-states>>. Acesso em: 11 jul. 2023.
7. DEMASKE, Chris. *Village of Skokie v. National Socialist Party of America (Ill)* (1978). **The First Amendment Encyclopedia**, [s.l.], 2009. Disponível em: <<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/728/village-of-skokie-v-national-socialist-party-of-america-ill>>. Acesso em: 11 jul. 2023.

10. CHARLOTTESVILLE: supremacistas brancos e grupos antirracismo entram em confronto. **Bbc News Brasil**. [s.l.], 12 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40913908>>. Acesso em: 11 jul. 2023.
11. SENRA, Ricardo. 'Sou nazista, sim': o protesto da extrema-direita dos EUA contra negros, imigrantes, gays e judeus. **Bbc News Brasil**. [S.L.], 12 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-40910927>>. Acesso em: 11 jul. 2023.
12. COHEN, Marshall. Timeline of the coup: How Trump tried to weaponize the Justice Department to overturn the 2020 election. **CNN**. [s.l.], 05 nov. 2021. Disponível em: <<https://edition.cnn.com/2021/11/05/politics/january-6-timeline-trump-coup/index.html>>. Acesso em: 11 jul. 2023.
13. JANJÁCOMO, Mariana. Dois anos após Invasão do Capitólio, democratas continuam tentando punir Trump. **CNN Brasil**. Nova York, 06 jan. 2023. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/dois-anos-apos-invasao-do-capitolio-democrat-as-continuam-tentando-punir-trump/>>. Acesso em: 11 jul. 2023.
14. MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Curso de direito Constitucional**. 13. ed. Barueri: Atlas, 2022.
15. POR maioria de votos, TSE declara Bolsonaro inelegível por 8 anos. **Tribunal Superior Eleitoral**, Brasília, 07 jul. 2023. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2023/Junho/por-maioria-de-votos-tse-declarar-a-bolsonaro-inelegivel-por-8-anos>>. Acesso em: 12 jul. 2023.
16. SARA Winter é presa pela PF em Brasília. **Veja**, [s.l.], 15 jun. 2023. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/bolsonarista-sara-winter-e-presa-pela-pf-em-brasilia>>. Acesso em: 12 jul. 2023.
17. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4.923. Investigados: Ibaneis Rocha Barros Júnior e outros. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 24 de janeiro de 2023. **DJE**. Brasília, . Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/INQ4923238decisao_monocratica1.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2023.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-ago-17/arthur-tavares-hora-rever-brandenburg-ohio2/>