

OS ESTADOS UNIDOS E AS IDEIAS ODIOSAS: COMENTÁRIOS SOBRE O CASO BRANDENBURG V. OHIO

ALESSANDRA ABRAHÃO COSTA¹

MILTON MENDES REIS NETO²

1. INTRODUÇÃO

Decerto, o país que confere a maior importância para a liberdade de expressão é os Estados Unidos da América. Robert Sedler, em seu artigo “Um Ensaio sobre a Liberdade de Expressão: Os Estados Unidos versus o resto do mundo”, esclarece que a forte proteção constitucional para a liberdade de expressão é um valor humanista americano, produto da própria história e experiência. Faz parte da cultura americana. Uma preocupação para com os valores humanitários justificaria proteger “más ideias” e “discurso prejudicial” ao invés de restringi-los. Do mesmo modo, outras nações, com histórias diversas podem ser compreensivelmente menos protetoras da liberdade de expressão (SEDLER, 2016, p. 89).

Os Estados Unidos da América apresentam complexo modelo para avaliação dos casos envolvendo a liberdade de expressão, enquanto direito assegurado pela Constituição de 1787.

A garantia da liberdade de expressão, nos Estados Unidos da América, foi incorporada à Constituição na Primeira Emenda, ratificada em 1791. Por meio do texto constitucional, o Congresso é impedido de infringir seis direitos fundamentais: não é permitido estabelecer uma religião oficial; proibir o livre exercício da religião; limitar a liberdade de expressão; restringir a liberdade de imprensa; reprimir o direito de livre associação pacífica e ater o direito de fazer petições ao governo com intuito de reparar agravos.

1 Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia, pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Civil: Doutrina e Jurisprudência. Advogada. Jornalista. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/8163214776212602>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1678-8950>. E-mail: alessandracosta7@gmail.com.

2 Doutorando em Sociologia, pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Sociologia, pela mesma instituição. Advogado. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/5314762970948380>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8095-241X>. E-mail: miltonbh@hotmail.com.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

COSTA, Alessandra Abrahão; REIS NETO, Milton Mendes. Os Estados Unidos e as ideias odiosas: comentários sobre o caso Brandenburg v. Ohio. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 384-390, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.8608>.

A linguagem da Primeira Emenda é extremamente ampla e abstrata, mas é também um princípio moral de decência e justiça. É o cerne da Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos EUA e guardiã da democracia. Ensina Ronald Dworkin:

A Primeira Emenda, por exemplo, reconhece um princípio moral - o princípio de que é errado que o governo censure ou controle o que os cidadãos individuais dizem ou publicam - e o incorpora ao direito norte-americano. Assim, toda vez que surge uma questão constitucional nova ou controversa - a de saber, por exemplo, se a Primeira Emenda autoriza que se elaborem leis contra a pornografia -, as pessoas encarregadas de formar uma opinião sobre o assunto devem decidir qual a melhor maneira de compreender aquele princípio moral abstrato. Devem decidir se o fundamento verdadeiro do princípio moral de condenação da censura, na forma em que esse princípio foi incorporado ao direito norte-americano, se aplica também ao caso da pornografia (DWORKIN, 2006, p. 2).

Sobre a Suprema Corte estadunidense, Sedler (2016, p. 90) pontuou que ela tem interpretado a garantia da Primeira Emenda de forma expansiva, e que essa proteção constitucional conferida à liberdade de expressão é, provavelmente, a mais forte proteção conferida a qualquer direito individual nos termos da Constituição.

A despeito do caráter abstrato do direito à liberdade de expressão, a Suprema Corte norte-americana construiu um extenso arsenal teórico jurisprudencial, que começou a ser formulado na segunda década do século XX. Esse maior grau de sofisticação, em comparação com outras Cortes Superiores, envolve fatores de aspecto temporal, como os mecanismos do *judicial review* e elementos próprios da *common law*, que estimula a criação de parâmetros e premissas por parte dos julgadores (TERRA, 2016, p. 169).

São mais de duzentos anos de jurisdição constitucional democrática, construída por juízes, políticos, acadêmicos e cidadãos em geral, em constantes tentativas de “elaborar os mais elementares problemas da condição humana por meio de um modelo que poderia ser chamado de razão pública reflexiva” (BINENBOJM, 2009, p. 228).

O direito constitucional estadunidense lida fundamentalmente com seus próprios conceitos, teorias e limites. Mesmo com a experiência bicentenária, existe uma eterna discussão quanto à legitimidade das decisões judiciais.

Qualquer boa decisão constitucional envolve inevitavelmente uma justificativa de sua própria razão de existir, é dizer, uma discussão sobre o que ela deveria ser, pois o que ela é remanesce sempre uma questão em aberto. Daí que uma decisão do tribunal constitucional é apenas momentaneamente a última voz da razão neste inconcluso debate - um debate “necessariamente sem garantidores e sem fim”, para tomar de empréstimo a imagem utilizada por Claude Lefort. A legitimidade do sistema reside na existência mesma do próprio debate racional, na possibilidade da sua renovação contínua, ainda que ele seja desprovido de certezas e de acesso garantido ao certo, ao justo e ao verdadeiro. (BINENBOJM, 2009, p. 228).

A doutrina da liberdade de expressão nos Estados Unidos tem matiz liberal. A proibição de infringir os direitos às liberdades consagradas na Primeira Emenda não é consentida apenas ao Congresso. O Estado, incluindo o Judiciário, não pode discriminar discursos. A democracia avança na proporção em que os discursos possam ser livres, ainda que o governo

discorde das ideias. Questiona-se: a liberdade de expressão estadunidense assegura o direito de se fazer apologia ao crime?

2. BRANDEMBURG VERSUS OHIO

Ainda que a Primeira Emenda proporcione amplas proteções à liberdade de expressão, essa proteção não é absoluta. As restrições podem existir envolvendo a neutralidade do conteúdo, ou seja, delimitações de tempo, lugar e modo do exercício da liberdade de expressão. No entanto, essa limitação não pode ser baseada no conteúdo do discurso ou no ponto de vista de orador.

Por outro lado, há também uma importante distinção entre as formas de regulação estatal desta liberdade: são mais facilmente aceitas as restrições ligadas ao “tempo, lugar e forma” da manifestação, que sejam neutras em relação ao seu conteúdo, mas há um controle muito mais rigoroso das limitações atinentes ao teor do discurso, que se torna ainda rígido e quase invariavelmente fatal quando a regulação baseia-se em discordância relativa ao “ponto de vista” do agente (SARMENTO, 2006, p. 58).

O dever dos Estados Unidos, ao adotar uma postura neutra em relação às diferentes ideias presentes na sociedade, pode ocasionar a difusão dos “discursos de ódio”: caracterizados como atos de comunicação que incitem ou inferiorizem determinada pessoa ou determinado grupo, em razão de características étnicas, religiosas ou de nacionalidade.

Os Estados Unidos firmaram entendimento jurisprudencial, ao longo do tempo, em que as restrições ao *hate speech* (discurso de ódio) delimitam as manifestações políticas fundamentadas na perspectiva do manifestante. Portanto, em regra, são inconstitucionais, ainda que algumas opiniões sejam abjetas, desprezíveis e perigosas (SARMENTO, 2006, p. 61).

Em 1969, no julgamento do caso *Brandenburg versus Ohio*, a Suprema Corte reverteu a decisão que havia condenado um líder da Ku Klux Klan (KKK)³ pelo delito de apologia ao crime. Clarence Brandenburg era um líder da KKK, que promoveu um encontro da entidade e convidou um repórter para transmitir o evento ao público (SARMENTO, 2006, p. 60).

Na ocasião, as pessoas apareciam encapuzadas, queimando crucifixos e proferindo palavras de ordem contra negros e judeus. A lei do Estado de Ohio foi considerada inconstitucional por punir a defesa de uma ideia, o que seria incompatível com a liberdade de expressão. “A linha

3 Ku Klux Klan, também conhecida como “KKK”, é uma organização fundada após a Guerra Civil americana (1861-1865), no estado de Tennessee, por seis ex-oficiais confederados. O movimento começou como entidade fraternal relativamente inofensiva, mas, em 1872, foi reconhecida como grupo terrorista e banida dos Estados Unidos. O grupo se utilizava da imprensa, da violência e da intimidação para restaurar a supremacia da raça branca nos estados do Sul. Nos primeiros anos após a guerra, durante a Reconstrução, a Klan limitou suas atividades a assediar escravos negros recém-libertados. Mas, enquanto a Reconstrução continuava, a Klan começou a visar negros economicamente independentes ou politicamente ativos, e homens negros que pareciam perseguir mulheres brancas. Entre 1868 e 1871, o linchamento de mais de 400 negros no Sul foi atribuída à Klan. Depois de um compromisso político, em 1876, com o fim da Reconstrução, a proteção do governo federal para os negros terminou, os estados do sul introduziram leis que resultaram em segregação e, como consequência, o número de membros da Klan diminuiu. Nos anos de 1920, a Klan tinha entre três a seis milhões de membros. Era um dos maiores movimentos sociais da história dos Estados Unidos. Dessa vez, sua doutrina misturava os sentimentos de nacionalismo e xenofobia, tinha como alvo os católicos, judeus e negros. Uma cruz em chamas se tornou o símbolo da organização (SELEPAK; SUTHERLAND, 2012).

traçada pela Corte distinguiu a defesa de ideias racistas – protegidas pela liberdade de expressão – da incitação à prática de atos violentos - não protegidas” (SARMENTO, 2006, p. 60).

Os discursos dos manifestantes também mencionavam vingança contra os afro-americanos, além de críticas ao Presidente, ao Congresso e à Suprema Corte por supostamente serem coniventes com “não-brancos”. A filmagem da manifestação se tornou pública, e isso ocasionou na acusação de que Brandenburg havia defendido a violência sob um estatuto do sindicalismo. “A lei datava da era da Primeira Guerra Mundial e respondia às preocupações generalizadas então sobre anarquistas, socialistas e comunistas. Brandenburg foi condenado e sentenciado a 10 anos de prisão, além de uma multa” (U.S SUPREME COURT, 1969). A condenação foi confirmada por tribunal estadual e rejeitada, por unanimidade, na Suprema Corte.

A questão a ser debatida pela Suprema Corte era se a lei do sindicalismo de Ohio proibindo o discurso público que defenda atividades ilegais violaria a liberdade de expressão, protegida pela Primeira Emenda. O entendimento jurisprudencial firmado foi de que restrições ao *hate speech* são limitações ao discurso político do manifestante, devendo o Estado adotar uma posição de neutralidade em relação às diferentes ideias, por mais abjetas que sejam algumas delas:

O entendimento jurisprudencial que se firmou ao longo do tempo foi de que, como as restrições ao *hate speech* envolvem limitações ao discurso político baseadas no ponto de vista do manifestante, elas são, em regra, inconstitucionais. Assim, nem a difusão das posições racistas mais radicais e hediondas pode ser proibida ou penalizada. Isto porque, entende-se que o Estado deve adotar uma postura de absoluta neutralidade em relação às diferentes idéias presentes na sociedade, ainda que considere algumas delas abjetas, desprezíveis ou perigosas. As concepções defendidas por Hitler ou pela Ku Klux Klan têm de receber a mesma proteção do Poder Público do que as manifestações em favor dos direitos humanos e da igualdade. Como exceção, admitir-se-iam apenas restrições às manifestações que, pela sua natureza, pudessem provocar uma imediata reação violenta da audiência. Trata-se daquilo que a doutrina norte-americana chama de *fighting words*. (SARMENTO, 2006, p. 61).

Em síntese, a Corte considerou que a lei de Ohio violava o direito de Brandenburg à liberdade de expressão. O governo não pode proibir esse tipo de discurso, a menos que seja direcionado para incitar tal ação e há perigo iminente de que isso aconteça. De modo contrário, defender um ponto de vista, ainda que abjeto e odioso, sem encorajar as pessoas a agirem de forma ilegal tem a proteção da Primeira Emenda (U.S SUPREME COURT, 1969).

Houve um teste duplo para avaliar os atos de fala: “(1) a fala pode ser proibida se for “dirigida a incitar ou produzir ação ilegal iminente” e (2) é “provável que incite ou produza tal ação”” (OYEZ, 2021). Para os *justices*, “o ato do sindicalismo criminoso tornou ilegal a defesa e o ensino de doutrinas, ao mesmo tempo em que ignorou se essa defesa e o ensino realmente incitariam uma ação ilegal iminente. O fracasso em fazer essa distinção tornou a lei excessivamente ampla e em violação da Constituição” (OYEZ, 2021).

Existe uma defesa quase incondicional à liberdade de expressão, que muito se difere da proteção ao direito à liberdade de expressão em outras sociedades democráticas, inclusive a brasileira, como será demonstrado.

Nos Estados Unidos, a prática judiciária e os críticos já têm longa tradição e experiência no que diz respeito ao tema do ativismo judicial, sendo sua teoria e prática um manual para quem quer se debruçar sobre o tema. No entanto, é importante, ao traçar paralelos e trazer a experiência e a literatura estadunidenses à realidade brasileira, ter em conta que o ativismo que se tem verificado no Brasil até o momento difere daquele que se verifica nos EUA, ao menos em um aspecto fundamental: lá, algumas decisões da Suprema Corte que restringem direitos fundamentais são apontadas como ativistas, ao passo que, no Brasil, praticamente se formou um senso comum de que o Supremo Tribunal Federal apenas é ativista para amplificar direitos fundamentais (ARAÚJO, 2018, p. 133-134).

Para o Direito Constitucional estadunidense, o Estado não é visto como entidade necessária para promover a igualdade entre os povos e proteger os mais fracos da opressão dos mais fortes. Ao contrário, o Estado é tido como adversário dos direitos. Soma-se a isso o otimismo em face do mercado. Em matéria de liberdade de expressão, a jurisprudência tem se mostrado altamente libertária. Qualquer iniciativa estatal na seara do debate público e na discussão de ideias é tida como suspeita, mesmo quando o intuito é ampliar a participação dos segmentos excluídos (SARMENTO, 2006, p. 64).

A liberdade de expressão é um princípio basilar da soberania dos Estados Unidos. No início, a Primeira Emenda era dirigida apenas ao Congresso. De forma voluntária, os Estados passaram a incluir a proteção ao direito de se expressar livremente em suas Constituições. Houve, inclusive, uma obediência instintiva dos particulares que, em tese, poderiam restringir a liberdade de expressão dos funcionários. Se expressar de forma livre é uma possibilidade de se criticar o governo, é o direito do cidadão de se expressar sem qualquer censura, sobre qualquer assunto (MEYER-PFLUG, 2009, p. 131).

Mesmo com ampla liberdade e aceitação aos discursos odiosos, o direito de se expressar de forma livre não é irrestrito. Há uma categoria de discursos que podem se sujeitar à regulação. As “palavras de incitação à luta” (*fighting words*), por exemplo, podem regulamentadas pelo Estado, diferentemente da “defesa genérica de ideias” (*general advocacy of ideas*). Ao Estado é permitido suprimir o discurso que gere um perigo iminente e manifesto (FISS, 2005, p. 33).

A defesa da liberdade de expressão em detrimento de outros valores significa a valorização de um “mercado de ideias”, em que boas ideias são aceitas, assim como bons produtos e serviços em um livre mercado de consumo. Nos Estados Unidos, a liberdade de expressão é verdadeiro símbolo cultural.

O objetivo da Suprema Corte estadunidense é favorecer a existência de um debate aberto e vigoroso, principalmente em relação às matérias de relevância pública. O tratamento dispensado favorável à liberdade de expressão justifica-se pela necessidade de preservação da democracia, a manutenção do contrato social, a busca da verdade e a autonomia individual. É uma forma de assegurar o regime democrático e a pluralidade política e, assim, evitar o surgimento de regimes totalitários (MEYER-PFLUG, 2009, p. 132-134).

Um contraponto interessante é que, ao mesmo tempo em que Primeira Emenda veda expressamente a possibilidade de edição de leis que proibam a liberdade de expressão, ela não exige o Estado de adotar medidas corretoras à violação desta liberdade.

Em determinadas situações, o Estado deve tomar medidas concretas para proteger a liberdade de expressão, como nos casos, em que deve assegurar a uma minoria política, social ou religiosa o direito de se expressar livremente, ainda que essa opinião contrarie o da parcela dominante da sociedade. O Estado deve promover uma “liberdade de caráter público” (MEYER-PFLUG, 2009, p.136).

Talvez o verdadeiro perigo iminente esteja na possibilidade do Estado de regular as liberdades individuais de cada indivíduo. O controle pelo pensar e falar do outro, em casos extremados, pode levar ao surgimento de governos autoritários e a volta da censura.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção à liberdade de expressão, nos Estados Unidos, é sem paralelo em qualquer outro lugar do mundo. Um dos motivos é a forma de desenvolvimento do sistema constitucional estadunidense, feito caso a caso, por meio de litígios. Enquanto a Suprema Corte decidia os casos envolvendo a Primeira Emenda, ao longo de anos, princípios, doutrinas e precedentes eram elaborados, como se formassem a “lei da Primeira Emenda” (SEDLER, 2016, p. 91).

A igualdade, os direitos à honra, à privacidade e à dignidade quase não aparecem nas decisões da Suprema Corte dos EUA. Pouco se falou em relação ao combate ao racismo. Pelo que se pode observar, a Primeira Emenda possui maior valor constitucional do que a Décima Quarta Emenda, pela qual todas as pessoas nascidas e naturalizadas são consideradas cidadãs estadunidenses. Ainda que não haja concordância entre as opiniões, prevalece o direito de serem ditas e a preservação de um mercado livre de ideias.

A ordem constitucional estadunidense é modulada pelas decisões da Suprema Corte. O liberalismo do século XIX foi marcado pelas reivindicações por liberdades individuais. O resultado foi um governo limitado e menos interventor. Porém, o liberalismo contemporâneo reconhece o papel do Estado de assegurar não só a liberdade, como também a igualdade.

Não é tarefa fácil preferir a liberdade de expressão em desfavor de outros contravalores. “O esforço de situar o elemento discursivo fora do discurso de incitação ao ódio e da pornografia desafia o entendimento comum do que é discurso” (FISS, 2005, p. 44).

Há duas grandes concepções sobre as liberdades de expressão e de imprensa no direito estadunidense. A “teoria libertária”, que protege o autor da mensagem, seja ele um artista, escritor, jornalista, ou qualquer sujeito que expresse suas ideias. Por essa teoria, a Primeira Emenda protege a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento sem interferências externas. É uma emanção da personalidade individual defendida da intervenção estatal (BINENBOJM; PEREIRA NETO, 2005, p. 6).

De outro ponto de vista, a “teoria democrática” considera a Primeira Emenda um instrumento de autogoverno. A preocupação central é com o receptor das mensagens, diferentemente da “teoria libertária”, em que a exaltação é com o emissor. De acordo com a “teoria democrática”, os cidadãos são livres para formar suas convicções se forem livremente informados sobre assuntos de interesse geral (BINENBOJM; PEREIRA NETO, 2005, p. 6).

Ao permitir que o Estado regule a liberdade de expressão, automaticamente, o discurso público passa a ser regido por regras. O Estado exerceria um papel regulador da qualidade dos discursos e ainda pode interferir na formação da opinião do indivíduo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 129-150, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56088.

BINENBOJM, Gustavo. Duzentos anos de jurisdição constitucional: As lições de Marbury v. Madison. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BINENBOJM, Gustavo; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Prefácio. In: FISS, OWEN. *A ironia da liberdade de expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: uma leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cippola. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FISS, Owen M. *A ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Tradução Gustavo Binbenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OYEZ. *Brandenburg v. Ohio*. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1968/492>. Acesso em: 14 jul. 2021.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SEDLER, Robert A. Um ensaio sobre a liberdade de expressão: Os Estados Unidos versus o resto do mundo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Liberdade de expressão no século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

SELEPAK, A.; SUTHERLAND, J. The Ku Klux Klan, Conservative Politics and Religion: Taking Extremism to the Political Mainstream. *Politics, Religion & Ideology*, [s. l.], v. 13, n. 1, p. 75-98, 2012. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=94381326&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 8 maio 2020.

TERRA, F. Mendonça. Razão ou sensibilidade? Decidindo casos sobre liberdade de expressão: lições do cenário norte-americano. *Universitas Jus*, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 163-187, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/unijus.v27i1.3551>. Acesso em: 30 mar. 2020.

U.S SUPREME COURT. *Brandenburg v. Ohio, 395 U.S 444 (1969)*, 1969. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>. Acesso em: 14 jul. 2021.

UNITED STATES. Supreme Court. *U.S. Reports: Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444*. Library of Congress, 1968. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep395444/>. Acesso em: 25 maio 2020.

Recebido/Received: 14.07.2021.

Aprovado/Approved: 15.07.2021.