

Recebido: 25/07/2025

Aprovado: 20/10/2025

# LIMITES CONSTITUCIONAIS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA REVISITAÇÃO CRÍTICA AO *CLEAR AND PRESENT DANGER TEST*

*CONSTITUTIONAL LIMITS ON FREEDOM OF  
SPEECH: A CRITICAL REASSESSMENT OF THE  
CLEAR AND PRESENT DANGER TEST*

Ademar Borges de Sousa Filho<sup>1</sup>  
Lucas Rocha Silva<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Visiting Scholar no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Alemanha). Professor de Direito (mestrado/doutorado) do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Procurador do município de Belo Horizonte.

<sup>2</sup> Mestrando e bacharel em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Crises, repressão e os primeiros contornos da liberdade de expressão nos Estados Unidos. 2. Os primeiros ensaios jurisprudenciais sobre os limites da expressão: *direct incitement test* e *bad tendency test*. 3. A consolidação do *clear and present danger test*: fundamentos e estrutura. 4. Do desvio em *Dennis* à reconstrução em *Brandenburg*: paradoxos e legados do *clear and present danger test*. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** Este artigo revisita a trajetória jurisprudencial da liberdade de expressão no direito constitucional dos Estados Unidos, com foco na construção, inflexões e legados do *clear and present danger test*. A análise parte da constatação de que a doutrina estadunidense, muitas vezes invocada no Brasil como paradigma de proteção irrestrita ao discurso, foi, em verdade, marcada por contextos históricos de repressão, tensões institucionais e ajustes normativos diante de riscos à ordem democrática. Desse modo, examinar-se-á o desenvolvimento progressivo do teste desde os votos de Holmes e Brandeis, sua distorção no julgamento do caso *Dennis v. United States*, e, por fim, a sua reformulação no precedente *Brandenburg v. Ohio*, no qual se fixaram os critérios da intencionalidade, probabilidade e iminência de ação ilegal. A partir de autores como Cass Sunstein, o artigo problematiza a suficiência do critério da “iminência” diante de ameaças contemporâneas – como campanhas massivas de desinformação e processos difusos de corrosão institucional – e propõe que, em contextos excepcionais de grave risco à democracia, possa haver flexibilização controlada e justificada desse elemento, desde que observados os demais requisitos do teste. Com base na experiência brasileira recente (2019-2022), argumenta-se que, diante de um quadro de ameaça concreta à integridade do processo eleitoral e à estabilidade do regime democrático, a flexibilização pontual da exigência de iminência mostrou-se não apenas legítima, mas necessária à proteção da ordem constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade de expressão. Restrições. Suprema Corte dos EUA. *Clear and present danger test*. Democracia constitucional.

**ABSTRACT:** This article revisits the jurisprudential trajectory of freedom of speech within United States constitutional law, with particular emphasis on the development, distortions, and legacy of the *clear and present danger test*. The analysis begins with the recognition that American free speech doctrine – often invoked in Brazil as a model of absolute protection – has, in reality, evolved through historical episodes of repression, institutional tension, and normative recalibration in response to perceived threats

to democratic order. Accordingly, the article traces the test's doctrinal evolution from the foundational opinions of Justices Holmes and Brandeis, through its authoritarian distortion in *Dennis v. United States*, to its doctrinal realignment in *Brandenburg v. Ohio*, where the criteria of *intent*, likelihood, and imminence of unlawful action were firmly established. Drawing on scholars such as Cass Sunstein, the article questions whether the imminence requirement remains adequate in addressing contemporary threats—such as large-scale disinformation campaigns and diffuse processes of institutional degradation. It argues that, in exceptional contexts involving serious risks to democratic governance, a narrowly tailored and well-justified relaxation of the imminence prong may be warranted, so long as the other elements of the test remain strictly satisfied. Anchored in Brazil's recent political experience (2019-2022), the article contends that, in the face of tangible threats to the integrity of electoral processes and democratic stability, a targeted and proportionate departure from the strict imminence requirement proved not only legitimate but necessary to safeguard constitutional order.

**KEYWORDS:** Freedom of expression. Restrictions. US Supreme Court. Clear and present danger test. Constitutional democracy.

## INTRODUÇÃO

A célebre máxima frequentemente atribuída a Voltaire, “eu desprezo aquilo que você diz, mas defenderei até a morte o seu direito de dizer-lo”, embora, de fato, tenha sido cunhada por Evelyn Beatrice Hall como uma representação do espírito ilustrado do pensador francês (Hall, 1906, p. 199), tornou-se um verdadeiro mantra da defesa incondicional da liberdade de expressão. Essa formulação, entretanto, vem sendo cada vez mais tensionada nos tempos recentes, sobretudo diante dos complexos desafios trazidos pela digitalização da esfera pública, pela proliferação sistemática da desinformação e pelo avanço de discursos que ingressam no terreno do autoritarismo violento ou da incitação ao ódio contra minorias estigmatizadas.

Ainda que não se possa negar a centralidade da liberdade de expressão na arquitetura normativa dos Estados Democráticos de Direito, o ponto nevrálgico dos debates atuais reside na difícil tarefa de traçar os critérios para a sua restrição legítima – desafio que alcança, em diferentes graus, os ordenamentos jurídicos em todo o mundo.

No Brasil, difundiu-se uma leitura frequentemente idealizada da liberdade de expressão, ancorada em um imaginário libertário que recorre, com frequência, à Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos como símbolo de proteção absoluta ao discurso. Essa percepção, contudo,

não reflete fielmente a trajetória histórica e jurisprudencial do modelo americano, como se pretende demonstrar ao longo deste estudo.

Este artigo propõe uma releitura crítica da evolução do regime de proteção da liberdade de expressão no constitucionalismo estadunidense, com o objetivo de demonstrar que sua consolidação jurídica esteve longe de seguir um percurso linear ou incondicional. Ao contrário do senso comum teórico, muitas vezes difundido acerca do tema, a construção dessa liberdade de expressão foi profundamente marcada por crises institucionais, disputas doutrinárias e reviravoltas interpretativas que culminaram na formulação de doutrinas como o *clear and present danger test* e o *clear and probable danger test*.

Embora o teste do perigo claro e iminente, introduzido inicialmente no julgamento *Schenck v. United States* (1919), tenha sido formalmente superado com o emblemático precedente *Brandenburg v. Ohio* (1969), seus elementos fundamentais não desapareceram por completo. Em *Brandenburg*, como se verá na sequência, a Suprema Corte reformulou os critérios para a intervenção estatal, condicionando a restrição da fala à verificação de manifestação que incite ou produza uma ação ilegal de forma intencional, iminente e provável – superando, assim, a lógica de censura preventiva baseada em meras possibilidades abstratas de dano. Ainda assim, a jurisprudência posterior preservou alguns pilares do antigo teste, notadamente a exigência de gravidade e de iminência da ameaça, sobretudo como forma de distinguir discursos persuasivos de comunicações que incitam ações automáticas ou coercitivas aptas concretamente a produzir dano (Lakier, 2022).

Partindo da análise de precedentes paradigmáticos, o presente estudo procura evidenciar que, mesmo em um ordenamento frequentemente citado como paradigma de proteção irrestrita à liberdade de expressão, essa garantia sempre esteve submetida a condicionantes normativos relevantes. A trajetória jurisprudencial revela um conjunto intrincado de doutrinas e critérios restritivos que, longe de consagrar um direito absoluto ao discurso, impuseram balizas rigorosas à intervenção estatal, especialmente de riscos à ordem pública ou à estabilidade do regime.

A primeira seção do artigo traça os contornos iniciais da proteção constitucional à liberdade de expressão nos Estados Unidos, revelando como a Suprema Corte, desde suas primeiras formulações, evitou adotar uma abordagem absolutamente liberal. Ao invés disso, identifica-se uma tradição marcada por momentos expressivos de repressão estatal – como a edição do *Sedition Act* de 1798, a censura à crítica antimilitarista durante a Primeira Guerra Mundial e a perseguição sistemática a dissidentes políticos nas décadas seguintes. Esses episódios evidenciam que o compromisso institucional com a liberdade de expressão foi historicamente condicionado por fatores políticos

e conjunturais, afastando a ideia de uma postura perenemente permissiva ou incondicional por parte do modelo estadunidense.

Na segunda seção, examinam-se os primeiros esforços interpretativos da Suprema Corte para estabelecer limites ao direito à livre manifestação, com especial atenção aos testes do *bad tendency* e do *direct incitement*, que predominaram nas primeiras décadas do século XX. Esses modelos buscavam responder à questão fundamental sobre o ponto de transição entre o discurso constitucionalmente protegido e aquele que pode receber algum tipo de restrição ou sanção por parte do poder público. Ao analisar decisões como *Masses Publishing Co. v. Patten* e *Patterson v. Colorado*, observa-se a tensão entre uma abordagem que presumia o risco a partir do conteúdo e outra que valorizava a literalidade da expressão como critério de proteção.

A terceira parte do estudo se dedica ao exame da consolidação do *clear and present danger test*, cuja formulação ganhou densidade a partir do voto dissidente do juiz Oliver Wendell Holmes Jr. no caso *Abrams v. United States* (1919) e se desenvolveu de maneira mais robusta no voto do juiz Louis Brandeis em *Whitney v. California* (1927). Esses julgados foram decisivos para a introdução de uma visão democrática da liberdade de expressão, concebida como fundamento indispensável do debate público em sociedades livres. A seção também se dedica à explicitação dos quatro elementos centrais do teste – clareza, iminência, gravidade e intencionalidade – e à discussão sobre sua relevância como doutrina autônoma, ainda que sujeita a reinterpretações ao longo do tempo.

A quarta e última seção aborda a inflexão sofrida pelo teste do perigo claro e iminente nos contextos excepcionais da Segunda Guerra Mundial e da Guerra Fria, com destaque para o polêmico caso *Dennis v. United States* (1951). Considerado um dos julgados mais controversos da história da Suprema Corte (cf. McGoldrick Jr., 2021, p. 56), *Dennis* representa a aplicação mais problemática e alargada da doutrina do *clear and probable danger*, que permitia restrições severas ao discurso com base em riscos abstratos à segurança nacional. Por fim, a análise retorna à decisão em *Brandenburg*, revisitando os elementos do teste então superado e demonstrando como, mesmo após sua derrocada formal, ele continuou a influenciar o raciocínio judicial contemporâneo sobre os limites da liberdade de expressão.

A pesquisa adota uma abordagem qualitativa, combinando análise dogmática com investigação analítica de precedentes jurisprudenciais paradigmáticos. Com base em leitura crítica de decisões da Suprema Corte e em diálogo com a literatura, busca-se compreender os fundamentos filosóficos e os movimentos interpretativos que moldaram a doutrina da liberdade de expressão, com especial atenção à trajetória do *clear and present danger test*.

O objetivo, portanto, é problematizar a leitura frequentemente absolutista da liberdade de expressão, tanto no imaginário jurídico brasileiro quanto nas invocações equivocadas, frequentemente erráticas, ao modelo estadunidense. A partir da análise das diferentes fases de formulação, aplicação e transformação do *clear and present danger test*, pretende-se demonstrar que a liberdade de expressão não é – e nunca foi – um direito irrestrito, imune a limites ou ponderações. Ao contrário, sua proteção ocorre dentro de um marco normativo que considera, em cada caso, o equilíbrio entre o pluralismo discursivo e a preservação da ordem democrática.

## **1. CRISES, REPRESSÃO E OS PRIMEIROS CONTORNOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS ESTADOS UNIDOS**

No imaginário jurídico brasileiro, é frequente a idealização do modelo estadunidense de liberdade de expressão como um paradigma inconteste, uma espécie de verdade naturalizada que pressupõe a existência, desde sempre, de um espaço público amplamente livre e protegido para o exercício das liberdades discursivas. Contudo, essa percepção não resiste a uma análise atenta da trajetória histórica dos Estados Unidos. A construção institucional da liberdade de expressão foi marcada por embates intensos, conjunturas repressivas e sucessivas disputas interpretativas, antes de se firmar como referência de tutela robusta.

A história do desenvolvimento da liberdade de expressão no sistema constitucional estadunidense, conforme observa David A. Strauss, não é, propriamente, uma história sobre o texto da Primeira Emenda, mas sobre a construção jurisprudencial promovida pela Suprema Corte ao longo do tempo. Trata-se menos de uma interpretação literal da norma e mais de uma “tradição de decisões judiciais” que, gradualmente, formularam testes, consolidaram doutrinas e sedimentaram precedentes sobre os limites e as garantias do direito à livre expressão no regime democrático (Strauss, 2022, p. 33).

A primeira grande restrição à liberdade de expressão considerada neste artigo remonta a 14 de julho de 1798, com a promulgação do *Sedition Act* pelo então presidente John Adams. A norma, entre outras medidas, criminalizava o dissenso político ao tipificar como delito a expressão, divulgação ou publicação de “qualquer escrito falso, calunioso e malicioso contra o governo dos Estados Unidos”, abrangendo todos os poderes, “com a intenção de difamar o referido governo, ou qualquer das casas do referido Congresso, ou o referido Presidente; ou de expô-los, ou a qualquer um deles, ao desprezo ou descrédito” (Estados Unidos, 1798).

Do ponto de vista histórico, a edição do *Sedition Act* deve ser compreendida à luz do cenário político e internacional que então se desenhava: os Estados Unidos encontravam-se sob a crescente tensão de um possível

confronto com a França, o que alimentava a percepção de uma ameaça real e iminente à segurança do país (Miller, 1952). Nesse ambiente de tensão, as autoridades passaram a defender a adoção de medidas excepcionais que limitassem a liberdade de expressão e de imprensa. Justificava-se tal postura com o argumento de que manifestações críticas ao governo poderiam comprometer a ordem institucional e enfraquecer a confiança da população nas estruturas do recém-fundado Estado federal (Johnson, 2001, p. 222-224).

A norma partia do pressuposto de que, diante de uma conjuntura de instabilidade política, manifestações críticas ao governo não seriam apenas atos de dissenso legítimo, mas potenciais catalisadores de desordem. A liberdade de expressão, nesse contexto, foi relativizada em nome da preservação da ordem estatal.

Nesse contexto, deve-se notar que o *Sedition Act* nasceu sob intensas controvérsias, inclusive quanto à sua compatibilidade com a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, promulgada em 1791. Essa emenda estabelece, de forma inequívoca, que “o Congresso não aprovará nenhuma lei que [...] restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de fazer petições ao governo para reparações de queixas” (Estados Unidos, 1787).

Embora o *Sedition Act* de 1798 jamais tenha sido objeto de apreciação formal de sua constitucionalidade pela Suprema Corte dos Estados Unidos durante sua vigência, consolidou-se, ao longo do tempo, o entendimento de que sua formulação afrontava de maneira inequívoca as garantias da Primeira Emenda (Chemerinsky, 2022, p. 1027)<sup>3</sup>.

Apesar da consagração formal da liberdade de expressão no texto constitucional, sua efetividade mostrou-se oscilante ao longo da história. Um exemplo notório dessa instabilidade ocorreu durante a Primeira Guerra Mundial, quando o ideal da livre manifestação foi severamente relativizado. Nesse período, o governo federal aprovou legislações que, sob nova formulação, retomavam o espírito repressivo do antigo *Sedition Act* de 1798. Em 1917 e 1918, foram promulgadas, respectivamente, a *Espionage Act* e uma nova versão do *Sedition Act*, normas que penalizavam severamente qualquer manifestação considerada contrária à posição oficial dos Estados Unidos no conflito (Asp, 2023). Críticas à guerra passaram a ser tratadas como atitudes antipatrióticas e potencialmente criminosas, frequentemente classificadas como tentativas intencionais de prejudicar o esforço militar. Aqueles que se opunham à guerra eram muitas vezes retratados como inimigos internos

3 A percepção de sua inconstitucionalidade manifestou-se não apenas no gesto simbólico de Thomas Jefferson, que, ao assumir a presidência em 1801, concedeu indulto aos que ainda se encontravam presos sob a égide da referida legislação, como também na tentativa de impeachment do juiz da Suprema Corte Samuel Chase, acusado de haver aplicado a norma de forma arbitrária. Esse movimento de rejeição culminou, anos mais tarde, em um reconhecimento formal dos excessos cometidos.

ou colaboradores das potências adversárias, numa retórica que igualava o dissenso político a uma ameaça direta à segurança nacional.

O término da Primeira Guerra Mundial marcou o início de um período de profunda instabilidade econômica nos Estados Unidos. Entre os diversos fatores que contribuíram para essa crise, destacou-se o fechamento de inúmeras indústrias voltadas à produção militar, cujo desmonte acarretou um aumento exponencial do desemprego e a disseminação da miséria entre amplos setores da população. Nesse cenário de vulnerabilidade social, ideias de cunho igualitário, como as propagadas pela recente Revolução Russa, e o anarquismo de matriz antiautoritária encontraram terreno fértil para se disseminar com rapidez. Greves massivas, algumas acompanhadas por episódios de violência urbana, eclodiram em diversas cidades, fomentando o temor de que o país estivesse às vésperas de uma revolução de caráter subversivo (Kennedy, 2004).

A reação estatal foi rápida e contundente. O governo deflagrou uma ampla campanha repressiva contra os indivíduos com ideologias consideradas radicais. Um dos episódios mais emblemáticos dessa ofensiva ocorreu em janeiro de 1920, quando aproximadamente sete mil estrangeiros foram detidos em operações coordenadas em todo o território nacional, sob a suspeita de envolvimento em distúrbios políticos e sociais (Schmidt, 2000, p. 291).

No plano legislativo, consolidou-se a ideia de que seria necessário criar instrumentos jurídicos para sancionar a propagação de doutrinas políticas associadas à instabilidade e à insurreição, em especial contra o socialismo. Embora não tenha havido, nesse período, a promulgação de uma norma federal específica com esse fim, diversos Estados estadunidenses aprovaram leis conhecidas como *Criminal Syndicalism Legislation*, que visavam coibir a difusão de ideias anarquistas, comunistas ou quaisquer outras que pregassem a substituição da ordem vigente (cf. Dowell, 1939).

Tais estatutos, somados à legislação repressiva anterior, tanto federal quanto estadual, que criminalizava críticas à participação dos Estados Unidos na Primeira Guerra, compuseram o arcabouço jurídico por meio do qual se intensificou, no início do século XX, a repressão a manifestações dissidentes. Foi nesse ambiente de tensão institucional que se iniciaram os primeiros esforços teóricos e jurisprudenciais voltados à delimitação mais precisa do espaço legítimo de restrição da liberdade de expressão. Embora ainda não se possa falar na formulação acabada da doutrina do *clear and present danger*, esse período foi decisivo, como se verá na sequência, para o surgimento dos seus traços inaugurais que seriam posteriormente desenvolvidos e consolidados como marco estruturante da jurisprudência constitucional americana sobre os limites do discurso.

## 2. OS PRIMEIROS ENSAIOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE OS LIMITES DA EXPRESSÃO: *DIRECT INCITEMENT TEST E BAD TENDENCY TEST*

Nas primeiras décadas do século XX, com o advento de legislações restritivas como a *Espionage Act* de 1917 e a *Sedition Act* de 1918, o Judiciário dos Estados Unidos passou a enfrentar o complexo desafio de definir os limites da proteção conferida pela Primeira Emenda. A necessidade de compatibilizar as garantias constitucionais à livre manifestação com as exigências de manutenção da ordem e da segurança interna levou ao surgimento de dois testes interpretativos que inauguraram a tentativa de sistematização da matéria: o *direct incitement test* (teste da incitação direta) e o *bad tendency test* (teste da má tendência).

O *direct incitement test* foi inicialmente delineado pelo juiz Learned Hand (1872–1961), nos julgados *Masses Publishing Co. v. Patten* (1917)<sup>4</sup> e *United States v. Nearing* (1918)<sup>5</sup>. A importância desses dois casos, para os fins desta análise, está no papel decisivo que desempenharam na formulação inicial de um critério alternativo de aferição da legitimidade das restrições à liberdade de expressão. Hand sustentou que a repressão penal ao discurso somente seria legítima quando as palavras configurassem uma incitação direta, inequívoca e imediata à prática de atos ilícitos.

A ideia central do *direct incitement test* era restringir a possibilidade de censura ou punição estatal apenas às manifestações que, por sua própria literalidade, configurassem um chamado direto à prática de atos ilícitos, como a incitação explícita à desobediência civil, à violência ou à insurreição. Para Hand, não bastava que uma determinada expressão pudesse, em tese, inspirar comportamentos ilegais ou ter afinidade ideológica com grupos radicais: era necessário que o discurso contivesse um comando claro e imediato à ação proibida. Em sua formulação, “as palavras devem ser tomadas não literalmente, mas de acordo com o seu pleno significado; o sentido literal é o ponto de partida para a interpretação” (Estados Unidos, 1917).

Essa formulação deslocava o foco da análise judicial do efeito potencial das palavras, como defendido pelo *bad tendency test*, para seu conteúdo

<sup>4</sup> No caso *Masses Publishing Co. v. Patten* (1917) discutia-se a legalidade da decisão do chefe dos correios de Nova York que havia determinado a exclusão da revista *Masses* do sistema postal, sob o argumento de que seu conteúdo violava disposições da recém-promulgada *Espionage Act*. Em especial, quatro ilustrações e quatro textos foram considerados problemáticos. Dois desses textos prestavam homenagem – sendo um deles um poema – aos anarquistas Emma Goldman e Alexander Berkman; os demais traziam críticas contundentes ao recrutamento militar. Um deles questionava a forma como a imprensa retratava negativamente os opositores do alistamento obrigatório, enquanto o outro estabelecia um paralelo entre antimilitaristas e os objetores de consciência religiosos britânicos (Estados Unidos, 1917).

<sup>5</sup> No caso *United States v. Nearing*, a controvérsia jurídica apresentava contornos substancialmente semelhantes. A controvérsia dizia respeito a um panfleto pacifista de 44 páginas que questionava as verdadeiras motivações por trás da entrada dos Estados Unidos na guerra, qualificando o conflito como resultado de uma intriga capitalista para restaurar seu poder decadente. O cerne do debate era se os autores do panfleto deveriam ser responsabilizados penalmente à luz da *Espionage Act* de 1917 (Estados Unidos, 1918).

objetivo e imediato. Em outras palavras, o teste impunha como requisito a existência de uma conexão direta entre o que se dizia e a conduta que se buscava provocar. Se essa ligação direta não estivesse presente, ainda que o discurso fosse crítico, provocativo ou impopular, ele deveria ser protegido pelo princípio constitucional da liberdade de expressão (Stone, 2003, p. 335-388).

Posteriormente, o entendimento relativo ao *direct incitement test* foi objeto de um util aprimoramento no caso *United States v. Nearing*, quando Learned Hand, ainda que em minoria, elaborou uma releitura mais refinada de sua proposta original. Embora o tribunal novamente não tenha acolhido formalmente o teste, os argumentos desenvolvidos por Hand contribuíram para um avanço importante, particularmente ao deslocar o foco da análise para a forma como as palavras são percebidas e interpretadas pelo público a que se dirigem.

Nesse novo enfoque, a avaliação da legitimidade da fala não se restringia ao conteúdo literal do discurso, mas na sua eficácia comunicativa concreta, ou seja, sua aptidão, no contexto específico em que se insere, para mobilizar condutas ilícitas de forma imediata. A incitação direta, assim compreendida, não exigia necessariamente comandos explícitos ou ordens diretas, mas sim uma relação causal clara e plausível entre a mensagem e a probabilidade real de reação ilegal por parte dos destinatários. A sofisticação do raciocínio de Hand residia justamente em preservar a imunidade das ideias, por mais disruptivas ou impopulares que fossem, sempre que não estivessem integradas a um chamado direto à ação delituosa.

Embora essa concepção não tenha prevalecido à época e tenha sido rejeitada nos julgamentos de *Mases e Nearing*, a contribuição teórica de Hand representou uma inflexão relevante no debate constitucional, antecipando os parâmetros mais protetivos que seriam posteriormente consagrados pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Apesar de sua formulação inovadora e de seu compromisso com uma proteção rigorosa à liberdade de expressão, o *direct incitement test* não foi acolhido pela jurisprudência dominante do período. Àquela altura, a visão majoritária a Suprema Corte identificava na doutrina proposta por Learned Hand uma lacuna significativa: ao exigir que o discurso contivesse um comando direto, literal e inequívoco à prática de atos ilícitos, o teste limitava o alcance da responsabilização penal a manifestações expressas de incitação, excluindo discursos ambíguos ou indiretos que, embora não explicitamente convocatórios, poderiam exercer elevado potencial mobilizador – sobretudo em cenários de tensão social e instabilidade política.

O vácuo de tutela penal da ordem pública deixado pela teoria não acolhida do *direct incitement test* acabou por favorecer a consolidação do *bad*

*tendency test* como paradigma interpretativo dominante. Sob esse critério, autorizava-se a restrição de manifestações públicas com base em sua suposta capacidade de gerar efeitos prejudiciais, ainda que distantes, incertos ou meramente potenciais. Como observou Zechariah Chafee Jr., esse paradigma correspondia a uma “doutrina da causalidade indireta”, segundo a qual “palavras podem ser punidas por uma suposta má tendência, muito antes de haver qualquer probabilidade de que levem à prática de atos ilegais” (Chafee Jr, 1919, p. 949). Em outras palavras, o teste autorizava a repressão de discursos não por ações concretas que deles decorressem, mas pelo risco especulativo de que tais ideias, uma vez disseminadas, comprometessem a ordem legal ou institucional vigente.

Entre os precedentes fundacionais do *bad tendency test*, destacam-se *Turner v. Williams* (1904)<sup>6</sup> e *Patterson v. Colorado* (1907)<sup>7</sup>. Nesses casos, o foco, mais uma vez, recaiu não sobre um dano efetivo, mas sobre o potencial de corrosão da autoridade institucional, bastando a inferência de uma tendência perturbadora para justificar a sanção. No entanto, foi no caso *Mases Publishing Co. v. Patten* (1917), julgado pela Corte de Apelações do Segundo Circuito de Nova York, que se fixou um momento crucial para a consolidação sistemática do *bad tendency test*. Na formulação ali consagrada, considerou-se que uma expressão poderia ser criminalizada caso se verificasse: (i) que seu efeito natural e previsível fosse fomentar oposição à lei (tendência) e (ii) que tivesse sido proferida com a intenção de persuadir outros à desobediência (intenção). Assim, fixaram-se dois elementos centrais do teste: uma dimensão objetiva, que avalia o efeito presumido da fala, e uma dimensão subjetiva, fundada no princípio da intenção presumida (*constructive intent*), segundo o qual se presume o dolo sempre que se constata a tendência subversiva do discurso.

Foi precisamente dentro do arcabouço repressivo consolidado pelo *bad tendency test* que o juiz Oliver Wendell Holmes Jr. passou a esboçar os contornos de uma teoria alternativa, cuja formulação marcaria uma inflexão importante na jurisprudência da Suprema Corte sobre a liberdade de expressão: o chamado *clear and present danger test*.

Grande parte da literatura jurídica estadunidense reconhece que a formulação inicial da teoria do *clear and present danger* teve lugar no julgamento

---

6 No caso *Turner v. Williams* (1904), a Suprema Corte dos Estados Unidos analisou a constitucionalidade da *Alien Immigration Act* de 1903, ao deliberar sobre a deportação de um estrangeiro identificado como anarquista. Para sustentar a validade da medida, a Corte entendeu que a mera adesão a ideais anarquistas poderia representar, por sua tendência ideológica, uma ameaça à coesão social, pois a “disseminação geral de tais ideias é tão perigosa para o bem-estar público que estrangeiros que as sustentem e defendam seriam adições indesejáveis à nossa população” (Estados Unidos, 1904).

7 No caso *Patterson v. Colorado* (1907), foi discutida a responsabilização criminal pela publicação de charges e editoriais críticos ao Poder Judiciário estadual, em processo ainda pendente de julgamento definitivo. A Corte manteve a condenação do editor com base no entendimento de que aquelas manifestações “tendem [tend] a obstruir a Administração da Justiça” (Estados Unidos, 1907).

do caso *Schenck v. United States*<sup>8</sup>, decidido em 1919 (cf. Stone, 2004). Nesse caso, a Suprema Corte foi chamada a examinar a legalidade da condenação de Charles Schenck, então secretário do Partido Socialista na Filadélfia, acusado de infringir a *Espionage Act* ao distribuir panfletos conclamando a população a resistir ao recrutamento obrigatório instaurado durante a Primeira Guerra Mundial. A mensagem fazia duras críticas à conscrição, apresentando-a como instrumento de dominação econômica das elites e apelando à desobediência como forma legítima de resistência.

A defesa alegou que os panfletos expressavam opinião política legítima e, portanto, estavam amparados pelas garantias da Primeira Emenda. A Suprema Corte, no entanto, rejeitou esse argumento, considerando que o conteúdo, o contexto e o público-alvo dos folhetos evidenciavam uma tentativa clara de desestimular o cumprimento de um dever legal. Segundo o entendimento do tribunal, “não teria sido enviado se não tivesse por finalidade produzir algum efeito”, e “não se vislumbra outro efeito razoavelmente esperado senão o de influenciar os destinatários a resistirem ao alistamento” (Estados Unidos, 1919).

Embora a Suprema Corte tenha decidido, por unanimidade, manter a condenação de Charles Schenck, o voto de Holmes introduziu um novo parâmetro para tentar limitar a jurisprudência repressiva da liberdade de expressão, rompendo, ainda que de forma incipiente, com a tradição permissiva do *bad tendency test*. Em sua fundamentação, Holmes apresentou a que se tornaria uma das metáforas mais emblemáticas da história constitucional estadunidense: a de que a liberdade de expressão não poderia ser invocada para proteger o ato de “gritar falsamente ‘fogo’ em um teatro lotado”, provocando pânico entre os presentes. Com essa imagem, buscava ilustrar a ideia de que certos discursos perdem sua proteção jurídica quando implicam risco imediato e concreto à segurança pública.

No caso, Holmes procurou substituir o critério da mera possibilidade especulativa de dano pelo requisito de demonstração de que o discurso, nas circunstâncias do caso, criaria um perigo real e iminente de lesão a interesses que o Estado tem o direito de proteger<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> No caso *Schenck v. United States* (1919), a Suprema Corte foi chamada a examinar a legalidade da condenação de Charles Schenck, então secretário do Partido Socialista na Filadélfia, acusado de infringir a *Espionage Act* ao distribuir panfletos conclamando a população a resistir ao recrutamento obrigatório instaurado durante a Primeira Guerra Mundial. Às vésperas da implementação oficial do alistamento compulsório, em agosto de 1917, o Partido Socialista, sob a liderança de Schenck, distribuiu aproximadamente 15 mil panfletos dirigidos a jovens em idade de convocação. O material empregava uma retórica contundente, classificando o serviço militar obrigatório como um “atentado contra a humanidade, feito em benefício dos poucos escolhidos de Wall Street” (Estados Unidos, 1919).

<sup>9</sup> Em suas palavras: “A questão, em cada caso, é se as palavras utilizadas foram proferidas em tais circunstâncias e são de tal natureza que criam um perigo claro e presente de que provocarão males substanciais que o Congresso tem o direito de prevenir. Trata-se de uma questão de proximidade e de grau. Quando uma nação está em guerra, muitas coisas que poderiam ser ditas em tempos de paz tornam-se um obstáculo tão grande ao esforço de guerra que sua manifestação não será tolerada enquanto os homens estiverem lutando, e nenhum tribunal poderia considerá-las protegidas por qualquer direito constitucional” (Estados Unidos, 1919).

Apesar de *Schenck v. United States* aparentar, à primeira vista, inaugurar o desenvolvimento do *clear and present danger test*, a verdade é que a Corte, na prática, recorreu mais uma vez à lógica do *bad tendency test*. A noção de tendência como critério central para aferição da ilicitude das expressões permaneceu como eixo estruturante, evidenciando que a mudança teórica de Holmes ainda não se consolidava como parâmetro efetivo de julgamento.

Em Schenck, ao justificar a possibilidade de criminalizar não apenas a consumação, mas também a tentativa de um delito, a Corte delineia, ainda que de forma indireta, os critérios que podem justificar a imposição de sanções penais a determinadas manifestações discursivas. De maneira significativa, tal enumeração não inclui a exigência de que o discurso crie um perigo claro e iminente, que viria a ser o traço distintivo do teste que se atribui a essa decisão. Ao contrário, o raciocínio desenvolvido pela Corte reafirma a suficiência da tendência e da intenção para caracterizar o delito. Como afirmou a decisão, “[s]e a sua tendência e a intenção com que é praticado são as mesmas, não vemos motivo para afirmar que apenas o sucesso da conduta justifique torná-la crime” (Estados Unidos, 1919).

A formulação mais densa e articulada da doutrina do *clear and present danger test* surge, ainda como corrente minoritária, no julgamento de *Abrams v. United States* (1919). Pela primeira vez, a Suprema Corte se divide substancialmente quanto à responsabilização penal dos acusados – e, mais importante, quanto aos critérios jurídicos aplicáveis à limitação da liberdade de expressão. O voto dissidente de Holmes e Brandeis, inaugura uma virada teórica: delineia-se ali uma concepção mais madura e sistematizada do que seria um teste constitucionalmente adequado para compatibilizar a liberdade de expressão com a preservação da ordem pública. Embora ainda não consolidada como doutrina majoritária, essa formulação – influenciada, entre outros fatores, pelos argumentos desenvolvidos por Learned Hand no caso *Masses* – representa um marco inaugural na construção do paradigma que passaria a reger, nas décadas seguintes, a jurisprudência da Suprema Corte sobre o tema (Kalven Jr., 1988, p. 146).

### **3. A CONSOLIDAÇÃO DO *CLEAR AND PRESENT DANGER TEST*: FUNDAMENTOS E ESTRUTURA**

A compreensão adequada da doutrina conhecida como *clear and present danger test* exige o reconhecimento de que sua consolidação não se deu de maneira uniforme ou por meio de uma aplicação jurisprudencial contínua e coerente ao longo do tempo. Pelo contrário, o que se convencionou reunir sob essa denominação corresponde a distintas formulações, elaboradas por diferentes composições da Suprema Corte dos Estados Unidos, cada uma inserida em contextos históricos e institucionais específicos e marcada

por variações interpretativas próprias. Trata-se, portanto, de uma doutrina construída por meio de aproximações sucessivas, resultado de um processo evolutivo e não da fixação de um conceito único, rígido ou definitivo.

Assim, a consolidação do teste não ocorreu como um “bloco monólito”, mas por meio da formação de correntes interpretativas ou modelos parciais que compartilham traços estruturais comuns, embora divirjam quanto ao grau de proteção conferido à liberdade de expressão, à definição de “perigo” e ao seu vínculo com a ação estatal.

Contudo, este artigo não tem por objetivo reconstituir exaustivamente cada uma dessas vertentes jurisprudenciais (cf. Arias, 2018). A proposta, antes, é apresentar os fundamentos teóricos centrais, a estrutura conceitual e as linhas gerais de aplicação que marcaram a consolidação do *clear and present danger test* como doutrina autônoma e essencial para o funcionamento do Estado constitucional estadunidense. Parte-se, assim, de uma abordagem panorâmica, que privilegia a compreensão da lógica subjacente ao teste e sua contribuição para a proteção da liberdade de expressão nos Estados Unidos.

Como brevemente exposto na seção anterior, a verdadeira inflexão teórica na formulação do *clear and present danger test* ocorre no voto dissidente do juiz Oliver Wendell Holmes Jr. no caso *Abrams v. United States* (1919)<sup>10</sup>. Possível verificar que durante esse julgamento surge a doutrina do “livre mercado de ideias”, onde assume contornos mais nítidos e começa a se consolidar como fundamento normativo para a proteção da liberdade de expressão no constitucionalismo estadunidense.

É nesse caso que Holmes apresenta seu emblemático voto dissidente, no qual reconhece que a repressão a opiniões dissidentes decorre, muitas vezes, da convicção de quem exerce o poder. Como advertiu na ocasião, “se alguém não tem dúvidas quanto às suas premissas ou quanto à legitimidade de seus objetivos, tende naturalmente a eliminar toda forma de oposição, inclusive por meio da imposição legal de suas crenças” (Estados Unidos, 1919).

A partir dessa constatação, Holmes constrói sua crítica à lógica autoritária subjacente à criminalização do discurso dissidente, invocando a experiência histórica como fundamento de prudência institucional. Para ele, a verdade não deve ser definida por decreto ou autoridade, mas descoberta no espaço público mediante o confronto livre e plural

<sup>10</sup> A controvérsia em *Abrams v. United States* envolveu a condenação de sete imigrantes russos, acusados de infringir a *Sedition Act* de 1918 ao escreverem, imprimirem e arremessarem pela janela de um prédio industrial, localizado em Nova York, milhares de cópias de dois folhetos classificados como subversivos pelas autoridades. O primeiro panfleto, intitulado *A Hipocrisia dos Estados Unidos e de seus Aliados*, atacava diretamente o presidente Woodrow Wilson, qualificando-o como “hipócrita” e “covarde” por sua decisão de enviar tropas americanas à Rússia, e sustentava que “o verdadeiro inimigo dos trabalhadores em todo o mundo era o capitalismo” (Estados Unidos, 1919), apresentando uma crítica frontal à política externa estadunidense e ao modelo econômico liberal. O segundo panfleto, redigido em iídiche e intitulado *Trabalhadores, Despertai*, acusava o governo dos Estados Unidos de utilizar a guerra contra a Alemanha como justificativa para reprimir a revolução socialista em curso na Rússia. O texto fazia um apelo direto à classe trabalhadora, alertando para os perigos da inércia diante do conflito internacional e conclamando os trabalhadores à mobilização, com uma convocação explícita à realização de uma greve geral como forma de resistência.

de ideias. Em sua formulação mais célebre, sustenta que “quando os homens perceberem que o tempo derrubou muitas crenças combativas”, compreenderão que “o melhor teste da verdade é o poder da ideia de se fazer aceitar na competição do mercado, e que a verdade é o único terreno seguro sobre o qual se pode realizar legitimamente seus desejos” (Estados Unidos, 1919).

Essa visão sustenta que a liberdade de expressão não deve proteger apenas enunciados corretos, mas também aqueles que desafiam o consenso, preservando um ambiente onde a verdade possa emergir do embate público. Holmes traduz essa tradição ao afirmar, em seu voto, que “o melhor teste para a verdade é o poder da ideia de se fazer aceitar na competição do mercado” (Estados Unidos, 1919). A metáfora do “mercado de ideias” revela uma concepção deliberativa de liberdade de expressão, na qual a verdade não é um dado absoluto, mas o resultado de um processo argumentativo permanente, aberto ao dissenso e à crítica.

Como o próprio Stuart Mill observou, “há uma grande diferença entre presumir que uma opinião é verdadeira porque, tendo tido todas as oportunidades para ser contestada, não foi refutada, e assumir sua veracidade com o propósito de impedir que ela seja refutada” (Mill, 1869, p. 37). Holmes, ao adotar essa perspectiva, insere em sua decisão um fundamento filosófico que transcende o caso concreto, oferecendo à doutrina constitucional estadunidense uma justificativa duradoura para a proteção do discurso público.

É precisamente nesse contexto que se insere outro voto de grande relevância para a consolidação da doutrina do *clear and present danger test*: o voto concorrentemente fundamentado de Louis Brandeis no caso *Whitney v. California* (1927), no qual a liberdade de expressão é abordada não apenas como um direito individual, mas também como um pilar essencial da ordem democrática.

Louis Brandeis expande significativamente os fundamentos da doutrina formulada anos antes por Holmes. Para ele, a livre circulação de ideias no debate público constitui o instrumento mais eficaz para alcançar a verdade política e promover o progresso social. Conforme consignado em seu voto: “[a]queles que conquistaram nossa independência acreditavam que o objetivo final do Estado era tornar os homens livres para desenvolver suas faculdades. Eles acreditavam que a liberdade de pensar como se deseja e de falar o que se pensa são meios indispensáveis para o descobrimento e a difusão da verdade política” (Estados Unidos, 1927).

Embora seja possível identificar uma linha de continuidade entre esse voto e o dissenso de Holmes em *Abrams v. United States*, Brandeis, ao julgar *Whitney v. California*, não se limita a reiterar os fundamentos anteriormente expostos. Sem rejeitar, e sequer confrontar expressamente, as premissas de Holmes, ele aprofunda o debate ao conferir à liberdade de expressão uma

dupla dimensão: como direito subjetivo fundamental e, simultaneamente, como condição estrutural para o funcionamento da democracia.

Por fim, Brandeis reconhece que a liberdade de expressão pode representar riscos para a ordem institucional, especialmente quando utilizada para contestar ou criticar intensamente o próprio governo. No entanto, para ele, a resposta adequada a esses riscos não é a repressão, mas a confiança nas virtudes da discussão livre. Em uma de suas passagens mais célebres, sustentou que: “[a] ordem não pode ser assegurada apenas pelo medo da punição por sua infração; é perigoso desencorajar o pensamento, a esperança e a imaginação; o medo gera repressão; a repressão gera ódio; o ódio ameaça a estabilidade do governo”. E conclui: “[o] caminho seguro reside na oportunidade de discutir livremente as queixas supostas e as soluções propostas. O remédio adequado para maus conselhos são bons conselhos” (Estados Unidos, 1927).

Ao posicionar a liberdade de expressão como condição da democracia deliberativa, Brandeis oferece, em *Whitney*, não apenas uma aplicação do teste do *clear and present danger*, mas uma verdadeira afirmação constitucional do papel do discurso público no exercício coletivo da cidadania e na preservação das instituições democráticas<sup>11</sup>.

A partir dessa construção histórica e teórica, é possível identificar quatro elementos estruturantes do *clear and present danger test*. (i) o primeiro é o perigo claro (*clear danger*); (ii) o segundo é o perigo presente (*present danger*); (iii) o terceiro elemento é a gravidade substancial do mal, que impõe à repressão estatal um ônus de justificação proporcional à seriedade do dano potencial; e, por fim, (iv) o quarto elemento é a intenção deliberada do emissor (*intent*), segundo o qual se exige que o agente tenha atuado com o propósito consciente de provocar o resultado ilícito<sup>12</sup>.

A definição do primeiro requisito do teste – o chamado perigo claro – ganha contornos mais precisos em julgados como *Pierce v. United States* (1920), *Gitlow v. New York* (1925) e *Whitney v. California* (1927). Nesses precedentes, é possível identificar o esforço em estabelecer que não se trata de qualquer possibilidade abstrata de dano, mas sim de uma elevada probabilidade de que determinadas expressões, seguindo o curso ordinário da causalidade,

11 Embora apresentassem distinções relevantes em termos ideológicos e metodológicos, Oliver Wendell Holmes Jr. e Louis Brandeis foram figuras-chave no desenvolvimento e na consolidação da doutrina do *clear and present danger*. Holmes, com sua orientação liberal clássica e ceticismo filosófico, via com reservas o ativismo judicial e atribuía ao legislador, como representante da vontade majoritária, a primazia na definição das respostas institucionais aos problemas sociais, econômicos e políticos (Rabban, 1997). Brandeis, por outro lado, era amplamente reconhecido por sua postura mais progressista e pelo compromisso com os princípios da justiça social. Conhecido como “o advogado do povo”, ele via o Direito não apenas como um sistema normativo, mas como uma ferramenta eficaz de transformação concreta da realidade, orientada pelos ideais de justiça substancial e engenharia social (Urofsky, 1981).

12 A Suprema Corte dos Estados Unidos enfrentou uma série de outros casos relevantes que contribuíram para o delineamento progressivo da doutrina, como *Schaefer v. United States* (1920), *Pierce v. United States* (1920), *Gilbert v. Minnesota* (1920) e *Gitlow v. New York* (1925). Por razões de escopo e didática, este artigo não adentrará detidamente nas particularidades de cada uma dessas decisões.

venham a produzir ou desencadear males concretos e relevantes para a ordem pública.

Em outras palavras, o que se qualifica como “perigo claro” não é uma simples possibilidade retórica, mas uma alta probabilidade de materialização do mal pretendido. Essa concepção aparece de forma exemplar no voto do juiz Holmes em *Gitlow v. New York*<sup>13</sup>.

O segundo requisito do teste – o *present danger* – refere-se à exigência de que o risco identificado não apenas seja claro, mas que possa se concretizar de forma imediata, sem intervalo que permita a atuação preventiva ou a contestação discursiva em ambiente público. Ainda que, em certos casos, os critérios do *clear danger* e do *present danger* se sobreponham, a doutrina constitucional estadunidense distingue com razoável precisão essas duas dimensões: enquanto o *clear danger* exige alta probabilidade de concretização do mal, o *present danger* exige que tal concretização seja iminente no tempo, isto é, que a ameaça esteja prestes a se realizar (Emerson, 1970; Sunstein, 1993).

Essa ideia de imediatidade foi claramente explicitada no julgamento de *Whitney v. California* (1927), quando a Suprema Corte, mais especificamente no voto concorrentemente fundamentado de Brandeis, consignou que “nenhum perigo decorrente da palavra pode ser considerado claro e presente, a menos que a ocorrência do mal temido seja tão iminente que possa se concretizar antes que haja oportunidade para discussão plena” (Estados Unidos, 1927).

O terceiro requisito refere-se à exigência de que o mal que se pretende evitar seja de natureza substancial. Trata-se de um critério que impõe ao julgador o dever de ponderar a intensidade do risco diante do peso constitucional da liberdade de expressão. Nesse aspecto, mesmo quando os elementos anteriores estejam presentes, ainda assim a restrição ao discurso somente será legítima se o mal projetado for suficientemente grave a ponto de justificar a supressão de um direito fundamental. A simples existência de risco, mesmo que real e próximo, não autoriza automaticamente a repressão estatal: é necessário demonstrar que o dano potencial é sério o bastante para justificar a excepcionalidade da medida restritiva<sup>14</sup>.

A lição de Brandeis é inequívoca: a gravidade do dano potencial deve ser tamanha que torne a intervenção estatal não apenas admissível, mas

13 Ao analisar a aplicação da *Criminal Anarchy Law* do Estado de Nova York a um manifesto socialista, Holmes afirmou: “Se aplicarmos o que considero o teste correto, é evidente que não havia perigo presente de uma tentativa de derrubar o governo pela força por parte da minoria, reconhecidamente pequena, que compartilhava das opiniões do réu. Diz-se que este manifesto era mais do que uma teoria, que era uma incitação. Toda ideia é uma incitação. Ela se oferece para a crença e, se acreditada, é posta em prática, a menos que alguma outra crença a supere ou alguma falha de energia sufoque o movimento em seu nascimento. A única diferença entre a expressão de uma opinião e uma incitação no sentido mais restrito é o entusiasmo do orador pelo resultado. A eloquência pode incendiar a razão. Mas, seja qual for a opinião sobre o discurso redundante diante de nós, ele não tinha chance de iniciar uma conflagração presente” (Estados Unidos, 1925).

14 Essa dimensão foi expressamente reconhecida no voto de Brandeis em *Whitney v. California* (1927), ao afirmar que: “Mesmo um perigo iminente não pode justificar o recurso à proibição dessas funções essenciais à democracia eficaz, a menos que o mal temido seja relativamente sério. A proibição da liberdade de expressão e de reunião é uma medida tão severa que seria inadequada como meio para evitar um dano relativamente trivial à sociedade” (Estados Unidos, 1927).

indispensável e proporcional ao risco identificado; do contrário, a restrição comprometeria a lógica constitucional que confere primazia à liberdade de expressão em regimes democráticos.

Por fim, o quarto requisito que compõe a estrutura do *clear and present danger test* é a intenção deliberada do emissor em provocar o resultado ilícito. Trata-se de uma dimensão autônoma do teste, que não se confunde com a mera possibilidade de que determinado discurso produza efeitos negativos – exige-se, em vez disso, que o agente atue com o objetivo claro e consciente de alcançar tal consequência.

O *intent* é, portanto, mais do que a consciência de que uma consequência poderá ocorrer: é a orientação volitiva da conduta para a produção daquele resultado específico. Essa distinção foi cuidadosamente desenvolvida no voto dissidente de Holmes em *Abrams v. United States* (1919), onde se lê:

Tenho plena consciência de que a palavra intenção, utilizada de forma vaga no discurso jurídico ordinário, significa, muitas vezes, nada além do conhecimento, no momento da ação, de que as consequências alegadamente pretendidas ocorrerão. Ainda menos do que isso basta para satisfazer o princípio geral da responsabilidade civil e penal. [...] Mas, quando usamos as palavras com precisão, um ato não é realizado com a intenção de produzir uma consequência a menos que essa consequência seja o objetivo do ato (Estados Unidos, 1919).

Com isso, Holmes reafirma que o fundamento da responsabilização – especialmente quando se trata de restrições à liberdade de expressão – não pode ser a mera previsão do risco, mas a existência de um propósito consciente e direto de gerar o resultado ilícito e danoso. Essa exigência reforça o caráter restritivo e protetivo do teste: a intervenção estatal somente se legitima quando for possível demonstrar que o discurso, além de apresentar perigo claro, iminente e grave, foi proferido com a finalidade específica de produzir tal dano.

#### **4. DO DESVIO EM DENNIS À RECONSTRUÇÃO EM BRANDENBURG: PARADOXOS E LEGADOS DO *CLEAR AND PRESENT DANGER TEST***

No contexto da Segunda Guerra Mundial e dos primeiros anos da Guerra Fria, o *clear and present danger test* passou por importantes reinterpretações, refletindo de forma crescente as preocupações com a segurança nacional que passaram a influenciar as decisões da Suprema Corte. Essa transformação foi marcada por decisões emblemáticas como *Thornhill v. Alabama* (1940), *Terminiello v. City of Chicago* (1949) e, sobretudo, *Dennis v. United States* (1951),

que inauguraram uma nova inflexão no tratamento da liberdade de expressão em tempos de crise.

No caso *Terminiello*, um voto dissidente do juiz Robert Jackson marcou um ponto de inflexão significativo. Jackson alertou para os riscos de uma aplicação mecânica e descontextualizada do teste em situações em que a retórica em favor das liberdades pudesse ser manipulada por grupos de viés autoritário. De forma contundente, afirmou que “[h]á o perigo de que, se o Tribunal não temperar sua lógica doutrinária com um pouco de sabedoria prática, converterá a Declaração de Direitos constitucional em um pacto suicida.” (Estados Unidos, 1949). Para Jackson, os regimes totalitários do século XX haviam revelado como os mecanismos democráticos, como a livre expressão, podiam ser utilizados para corroer as instituições de dentro para fora. E concluiu: “[a] escolha não é entre ordem e liberdade. É entre liberdade com ordem e anarquia sem nenhuma das duas” (Estados Unidos, 1949).

Esse mesmo receio já havia sido manifestado por Felix Frankfurter no julgamento de *Bridges v. California* (1941), ao advertir que a aplicação irrestrita do *clear and present danger test*, tal como formulado por Holmes e Brandeis, poderia fragilizar a própria Constituição, ao permitir que ela se tornasse instrumento de sua própria destruição (Estados Unidos, 1941).

No entanto, o ápice desse giro jurisprudencial ocorreu efetivamente em *Dennis v. United States* (1951), decisão paradigmática na qual a Suprema Corte validou a condenação de líderes do Partido Comunista Americano por conspiração para derrubar o governo. Embora os atos imputados se encontrassem em estágio inicial e sem risco imediato de execução, entendeu-se que a gravidade da ameaça política justificava uma reação estatal:

Obviamente, as palavras não podem significar que, antes de o Governo poder agir, ele deva esperar até que o golpe esteja prestes a ser executado, que os planos tenham sido elaborados e que se aguarde apenas o sinal. Se o Governo tem conhecimento de que um grupo que visa sua derrubada está tentando doutrinar seus membros e comprometê-los com um curso de ação segundo o qual atacarão quando seus líderes julgarem que as circunstâncias o permitem, uma resposta governamental se faz necessária.  
[...]

Pois essa não é a questão. Certamente, uma tentativa de derrubar o Governo pela força, ainda que fadada ao fracasso desde o início em razão do número ou do poder insuficiente dos revolucionários, constitui um mal suficientemente grave para que o Congresso o previna. Os danos que tais tentativas causam — tanto no plano físico quanto no político — à nação tornam impossível avaliar sua gravidade com base apenas na probabilidade de sucesso ou na iminência de sua concretização (Estados Unidos, 1951).

Com isso, a decisão abandonou a exigência de iminência concreta do mal, substituindo-a por uma lógica de ponderação entre a gravidade do dano potencial e a probabilidade de sua ocorrência. O resultado foi uma inflexão jurisprudencial preocupante: sob o precedente de *Dennis*, a mera formulação teórica de ideias dissidentes, ainda que desprovidas de apelo à ação imediata, passou a ser tratada como justificativa suficiente para a imposição de sanções penais, ampliando sobremaneira o espaço para a repressão de discursos políticos e ideológicos. Como alerta Christina Wells, a flexibilização do teste “falhou em proteger o dissenso político e permitiu que autoridades mirassem grupos desfavorecidos, como socialistas e comunistas, rotulados de ‘perigosos’” (Wells, 2019, p. 40).

A crítica ao precedente foi imediata e contundente. O Justice William Douglas, alinhado à tradição liberal, denunciou posteriormente que o padrão introduzido por *Dennis* havia “distorcido o teste do ‘perigo claro e presente’ além do reconhecimento, [pois] as ameaças eram frequentemente ruidosas, porém sempre insignificantes, tornando-se sérias apenas aos olhos de juízes tão apegados ao status quo que a análise crítica os deixava nervosos.” (Estados Unidos, 1969). De todo modo, *Dennis* é reconhecido como um dos precedentes mais controversos da história, tendo sido amplamente criticado pela doutrina e, na prática, superado pela reorientação jurisprudencial inaugurada a partir da década de 1960 (Antieau, 1952, p. 141-177).

A consolidação repressiva do precedente *Dennis v. United States* acabou por provocar, nas décadas seguintes, uma reação doutrinária e jurisprudencial que culminaria na reconfiguração do paradigma restritivo à liberdade de expressão. Em *Brandenburg v. Ohio* (1969), a Suprema Corte rompeu de modo definitivo com o modelo adotado em *Dennis*, cuja principal deficiência residia em permitir a repressão de discursos dissidentes com base em riscos abstratos ou potencialidades remotas. No lugar desse padrão excessivamente permissivo ao arbítrio estatal, a Corte estabeleceu um novo marco inspirado na versão original do *clear and present danger test*: somente poderá ser punido o discurso que tenha por objetivo incitar uma ação ilegal iminente e cuja ocorrência seja efetivamente provável.

Clarence Brandenburg, reconhecido como um dos líderes da Ku Klux Klan (KKK) na zona rural do Estado de Ohio, entrou em contato com um repórter de televisão em 1964, convidando-o a cobrir uma assembleia da organização que seria realizada em Hamilton County. Trechos do encontro foram registrados em vídeo e revelavam homens trajando mantos e capuzes brancos, alguns deles armados. A reunião teve início com o ritual de incineração de uma grande cruz de madeira, seguido por discursos marcados por retórica agressiva e racista, mencionando a possibilidade de vingança contra negros, judeus e aqueles que os apoiam.

No entanto, ao proferir sua decisão, a Suprema Corte estabeleceu que discursos que, de maneira geral, conclamam à prática de atos ilegais

permanecem protegidos pela Primeira Emenda. A exceção recai apenas sobre manifestações que se enquadrem no que a Corte passou a denominar como *imminent lawless action* – isto é, falas que tenham a intenção de incitar uma ação ilegal iminente e cuja ocorrência seja efetivamente provável.

Com isso, *Brandenburg* substituiu o critério centrado na “gravidade do mal”, adotado em *Dennis*, pela exigência de risco iminente de ilegalidade, protegendo a chamada “mera advocacia” de ideias abstratas.

Entretanto, os pressupostos estruturais do antigo teste não desapareceram por completo. A própria fórmula de *Brandenburg* conserva uma dimensão de avaliação do risco, ao exigir que a incitação seja não apenas iminente em termos temporais, mas também *altamente provável* de se concretizar. Sob a ótica da fórmula de *Brandenburg*, a exigência de que o discurso seja simultaneamente “iminente” e “provável” pressupõe uma avaliação implícita da gravidade da conduta visada.

Nesse sentido, não se eliminou por completo os pressupostos do *clear and present danger test*, mas os reconfigurou sob um paradigma interpretativo mais estrito. A lógica de balanceamento foi mantida, porém, limitada a hipóteses excepcionais, nas quais o risco é simultaneamente grave, iminente e altamente provável. O paradoxo, no entanto, persiste: embora *Dennis* represente um marco de inflexão autoritária, a inquietação que o motivou, como lidar juridicamente com ameaças relevantes, mas ainda não clara e inequivocamente imediatas, continua presente nos dilemas contemporâneos da liberdade de expressão.

É nesse ponto que a contribuição de Cass R. Sunstein adquire especial relevo. Em estudo dedicado a examinar a sobrevivência do *clear and present danger test* frente aos critérios do direito regulatório contemporâneo, Sunstein questiona se a proteção da liberdade de expressão deve resistir a uma análise consequencialista de custos e benefícios, tal como aplicada rotineiramente em outras áreas do direito estadunidense, ou se, ao contrário, deve ser reconcebida à luz das ameaças difusas e não imediatas do século XXI, como o terrorismo e a desinformação algorítmica.

Para Sunstein, o *clear and present danger test* – ao exigir, cumulativamente, intenção específica, alta probabilidade e iminência do dano – pode revelar-se inadequado para lidar com riscos futuros de magnitude extraordinária, ainda que estatisticamente improváveis. Por meio de um experimento mental, ele propõe o seguinte cenário: se houvesse uma probabilidade de 45% de ocorrência de dois atentados terroristas de larga escala nos próximos dez anos, a restrição de discursos voltados ao recrutamento extremista poderia ser justificada, desde que os custos da limitação fossem inferiores aos benefícios potenciais da prevenção. Nesse quadro analítico, a gravidade do dano prospectivo – ainda que não iminente – pode, em determinados contextos, prevalecer sobre o valor marginal da liberdade atingida, sobretudo quando os benefícios sociais do discurso forem irrisórios ou inexistentes.

Embora reconheça que seu raciocínio dialoga com a lógica adotada em *Dennis v. United States*, Sunstein propõe uma reavaliação mais rigorosa e controlada do atual teste de *Brandenburg*. Em vez de sugerir sua revogação integral, o autor defende uma flexibilização excepcional do critério da iminência, especialmente diante de riscos difusos e catastróficos que desafiam o modelo tradicional.

Essa inflexão, no entanto, deve ser condicionada à implementação de salvaguardas institucionais robustas, como a imposição de um ônus probatório elevado ao Estado, a atuação de analistas independentes nas esferas decisórias e a exigência de controle judicial rigoroso, todas voltadas a mitigar os riscos de viés político e de repressão seletiva. Sunstein enfatiza que a aplicação histórica de *Brandenburg* produziu baixos custos sociais – o que constitui um argumento pragmático em sua defesa –, mas alerta que, diante de ameaças contemporâneas e emergentes à segurança coletiva – como o terrorismo internacional e campanhas organizadas de desinformação voltadas à desestabilização democrática –, a rigidez do teste atual pode revelar-se disfuncional. Nessas hipóteses extremas, conclui, uma abordagem mais consequencialista – inspirada na lógica de *Dennis*, mas temperada por filtros institucionais rigorosos – poderia ser normativamente preferível (Sunstein, 2019, p. 1781).

Essa discussão não é meramente especulativa. No século XXI, dilemas concretos surgiram a partir de duas ameaças emergentes: o terrorismo global e a desinformação massiva com potencial antidemocrático. No primeiro caso, mensagens de recrutamento difundidas por organizações terroristas, embora não configurem incitação imediata à violência, têm se mostrado eficazes em radicalizar indivíduos isolados que, tempos depois, perpetram atentados. Essas mensagens escapam da moldura de *Brandenburg* por não satisfazerem o critério da iminência, mas continuam a representar perigo real (Bandrowski, 2024).

No segundo caso, evidencia-se a crescente ameaça representada pela disseminação sistemática de desinformação, impulsionada pelas redes sociais e amplificada por campanhas coordenadas, muitas das quais envolvem, direta ou indiretamente, a atuação de agentes estatais estrangeiros. Ainda que esses discursos não se caracterizem, de forma explícita, como incitação direta à prática de atos ilícitos, eles podem desencadear ameaças significativas à ordem institucional e fomentar episódios de violência política. Episódios como a invasão do Capitólio dos Estados Unidos, em 6 de janeiro de 2021, e a tentativa de golpe de Estado no Brasil, em 8 de janeiro de 2023, ilustram o poder mobilizador de narrativas fraudulentas sobre supostas fraudes eleitorais, frequentemente amplificadas por autoridades públicas (Franks, 2021).

Esses episódios ilustram com clareza o fenômeno do incitamento em rede: uma dinâmica não linear, de natureza acumulativa, em que o perigo não se origina de um único ato de convocação, mas da escalada contínua de discursos extremistas e da persistente veiculação de falsidades. Nesse tipo de contexto, o requisito de uma ação imediata e desencadeadora – conforme exigido pelo

critério da *imminent lawless action* – revela-se inadequado. O potencial de ruptura violenta está menos vinculado a um momento específico e mais associado a um processo gradual de radicalização discursiva, alimentado por mecanismos digitais de amplificação e por formas institucionais de legitimação.

Esses casos colocam em xeque a suficiência do paradigma estabelecido em *Brandenburg v. Ohio*, segundo o qual a restrição à liberdade de expressão só se justifica diante de um discurso que incite à ação ilegal de forma intencional, provável e iminente. Embora essa fórmula represente um marco garantista essencial na contenção de abusos estatais, sua ênfase na exigência de iminência pode limitar excessivamente a capacidade de resposta institucional frente a ameaças de grande magnitude que operam de forma cumulativa e difusa. A jurisprudência da Suprema Corte tem mantido uma adesão estrita ao teste de *Brandenburg*, mesmo diante de novos contextos de risco. Ainda assim, no plano doutrinário, avança o debate sobre a possibilidade de reconfiguração desse modelo, sobretudo para abarcar discursos que, embora não incitem diretamente a ilegalidade imediata, contribuem de maneira reiterada e coordenada para a erosão da ordem democrática (Uvas, 2022).

É necessário, portanto, desenvolver critérios normativos mais refinados para lidar com manifestações associadas à promoção de violência ou à subversão da ordem democrática. Tais critérios devem permitir a distinção rigorosa entre o dissenso legítimo, expressão essencial da pluralidade democrática, e condutas discursivas que representem risco real e substancial de violação a direitos fundamentais básicos ou à própria existência do regime constitucional. A experiência constitucional estadunidense, no curso de sua longa trajetória histórica, indica que critérios como intencionalidade, gravidade e probabilidade do dano, quando aplicados com rigor analítico e compromisso com os valores democráticos, podem oferecer uma base normativa legítima para distinguir entre a crítica política protegida e os discursos que efetivamente colocam em risco a integridade da ordem constitucional.

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos das democracias constitucionais, mas sua proteção não pode ser irrestrita a ponto de inviabilizar a defesa institucional contra ameaças à sua própria existência. A trajetória do *clear and present danger test* revela um esforço contínuo de ajuste entre esses dois polos: da ênfase liberal de Holmes e Brandeis à distorção repressiva de Dennis, culminando na reconstrução restritiva proposta em *Brandenburg*. Essa reconstrução, embora valiosa, também impõe desafios contemporâneos: ao exigir risco iminente, pode tornar o direito constitucional insensível a ameaças reais cuja concretização, embora não imediata, seja plausível e devastadora.

O dilema atual é preservar um espaço público robusto e aberto ao dissenso e reconhecer que certos discursos – em contextos específicos – podem representar riscos substanciais e concretos à integridade do

regime democrático e à proteção de direitos fundamentais. O desafio, portanto, é conceber critérios jurídicos que sejam tecnicamente rigorosos, institucionalmente seguros e democraticamente comprometidos, capazes de manter a fidelidade ao direito fundamental à liberdade de expressão sem renunciar à responsabilidade de proteger a democracia diante de sua instrumentalização discursiva para fins de subversão institucional gradual, incremental, mas, eventualmente, provável.

## CONCLUSÃO

A trajetória do *clear and present danger test* – da sua formulação liberal por Holmes e Brandeis à reconstrução restritiva em *Brandenburg v. Ohio* – evidencia o esforço persistente do constitucionalismo estadunidense em equilibrar a proteção da liberdade de expressão com as exigências de autopreservação da ordem democrática. Longe de consagrar um direito absoluto, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos demonstrou, ao longo do tempo, que a proteção ao discurso sempre foi sensível às condições políticas e institucionais de cada época.

O teste consagrado em *Brandenburg* reafirmou os valores fundamentais do dissenso político, ao condicionar a restrição da fala a uma incitação deliberada, provável e iminente à prática de ato ilegal. No entanto, esse critério, embora indispensável como salvaguarda contra o arbítrio estatal, tem se mostrado insuficiente diante de novas formas de risco discursivo, como o extremismo digital descentralizado e as campanhas sistemáticas de desinformação. Em cenários como esses, a ênfase exclusiva na exigência de iminência pode tornar o direito constitucional ineficaz frente a ameaças reais que operam por meio de uma escalada insidiosa.

A crítica formulada por Cass Sunstein, nesse sentido, propõe uma reavaliação consequencialista do teste, sem comprometer sua função protetiva. Com base nesse referencial teórico, sustenta-se que, em contextos excepcionais, a gravidade do dano projetado, sua plausibilidade concreta e a intenção deliberada do emissor podem justificar uma flexibilização controlada da exigência de iminência, desde que acompanhada de salvaguardas institucionais. A proposta não visa fragilizar a liberdade de expressão, mas assegurar que ela não seja instrumentalizada para corroer os próprios fundamentos democráticos que a legitimam.

A principal lição que se extraí da história do *clear and present danger test* é que seus elementos estruturantes – intenção deliberada, gravidade do dano e plausibilidade concreta de sua ocorrência – seguem oferecendo parâmetros essenciais para a avaliação da legitimidade de restrições à liberdade de expressão. Esses elementos foram preservados, embora submetidos a uma leitura mais estrita em *Brandenburg v. Ohio*, que passou a exigir uma conexão direta entre a fala e a incitação à prática iminente de atos ilegais (*incitement*

to imminent lawless action). No entanto, como se viu, em contextos de crise democrática, esse modelo pode revelar-se insuficiente para enfrentar discursos que, embora não conclamem à ação imediata, operam de forma cumulativa e insidiosa na corrosão das instituições.

O precedente de *Dennis*, embora viciado por uma lógica repressiva e autoritária, toca em um dilema que hoje ressurge sob nova forma: a possibilidade de se flexibilizar, com extremo cuidado, o critério da iminência diante de riscos excepcionais – *e.g.*, campanhas massivas de desinformação orientadas à corrosão ou ao rompimento deliberado da ordem democrática. Esse dilema não é teórico. Em período recente, o Brasil viveu um contexto de risco acentuado para suas instituições democráticas, em que a propagação sistemática de discursos fraudulentos sobre o sistema eleitoral visava minar a independência do Poder Judiciário e preparar o terreno para uma ruptura institucional, cujo ápice foi a tentativa de golpe de 8 de janeiro de 2023 (Sousa Filho; Vieira, 2023). Naquele contexto, a flexibilização pontual da exigência de iminência se revelou juridicamente válida e politicamente necessária para conter uma ameaça real. Superada a conjuntura excepcional de risco à democracia, porém, é recomendável o retorno aos parâmetros clássicos do *clear and present danger test* como guia para a avaliação das restrições legítimas à liberdade de expressão em regimes democráticos, evitando tanto o arbítrio quanto a inércia frente a perigos reais de danos insuportáveis resultantes de atos discursivos.

## REFERÊNCIAS

- ANDERSON, Frank M. The enforcement of the Alien and Sedition Laws. In: AMERICAN HISTORICAL ASSOCIATION. *Annual Report for 1912*. Washington, D.C.: Government Printing Office, 1914.
- ARIAS CASTAÑO, Abel. *Clear and Present Danger Test: La libertad de expresión en los límites de la democracia*. Prólogo de Francisco J. Bastida Freijedo. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- ASP, David. *Espionage Act of 1917*. The First Amendment Encyclopedia. [S.l.]: Free Speech Center at Middle Tennessee State University, 2023. Disponível em: <https://firstamendment.mtsu.edu/article/espionage-act-of-1917/>. Acesso em: 9 abr. 2025.
- BAIR, Robert R.; COBLENTZ, Robin D. The Trials of Mr. Justice Samuel Chase. *Maryland Law Review*, Baltimore, v. 27, n. 4, p. 365-502, 1967. Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol27/iss4/4>. Acesso em: 9 abr. 2025.
- BIBLIOTECA DO CONGRESSO DOS ESTADOS UNIDOS. *Overview of Necessary and Proper Clause*. Disponível em: [https://constitution.congress.gov/browse/essay/artI-S8-C18-1/ALDE\\_00001242/](https://constitution.congress.gov/browse/essay/artI-S8-C18-1/ALDE_00001242/). Acesso em: 9 abr. 2025.

BOURDIEU, Pierre. *O senso prático*. Petrópolis: Vozes, 2003.

BUNSE, Heinrich A. W. *O iídiche*: a língua familiar dos judeus da Europa Oriental e sua literatura. 1. ed. Porto Alegre: Editora da Universidade, 1983.

CHAFEE, Zechariah, Jr. Freedom of Speech in War Time. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 32, n. 8, p. 949, jun. 1919. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1327107>. Acesso em: 10 abr. 2025.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*. 6. ed. New York: Wolters Kluwer, 2022.

CNN BRASIL. Aécio Neves: ‘Não tenho indício que aponte para fraude nas eleições de 2014’. São Paulo: CNN Brasil, 18 ago. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/aecio-neves-nao-tenho-indicio-que-aponte-para-fraude-nas-eleicoes-de-2014/>. Acesso em: 10 abr. 2025.

DOW, Douglas C. *Virginia and Kentucky Resolutions of 1798*. [S.l.]: The First Amendment Encyclopedia, 30 jul. 2023. Disponível em: <https://firstamendment.mtsu.edu/article/virginia-and-kentucky-resolutions-of-1798/>. Acesso em: 9 abr. 2025.

DOWELL, Eldridge Foster. *A History of Criminal Syndicalism Legislation in the United States*. Baltimore: [s.n.], 1939.

ESTADOS UNIDOS. An Act for the Relief of the Heirs of Major General William Hull. *United States Statutes at Large*, v. 6, p. 802, 1840. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-6/pdf/STATUTE-6-Pg802.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2025.

ESTADOS UNIDOS. *Constituição dos Estados Unidos da América*. Washington, D.C.: Senado dos Estados Unidos, [s.d.]. Disponível em: <https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm> Acesso em: 10 abr. 2025.

ESTADOS UNIDOS. Sedition Act (1798). In: NATIONAL ARCHIVES. *Milestone Documents*. [S.l.]: National Archives, [s.d.]. Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/alien-and-sedition-acts>. Acesso em: 10 abr. 2025.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Abrams et al. v. United States*, 250 U.S. 616, 40 S. Ct. 17, 63 L. Ed. 1173, 1919. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep250616/>. Acesso em: 10 abr. 2025.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 62 S. Ct. 190, 86 L. Ed. 192, 1941. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep314252/>. Acesso em: 10 abr. 2025.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 71 S. Ct. 857, 95 L. Ed. 1137, 1951. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep341494/>. Acesso em: 10 abr. 2025.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 45 S. Ct. 625, 69 L. Ed. 1138, 1925. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep268652/>. Acesso em: 10 abr. 2025.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Patterson v. Colorado ex rel. Attorney General*, 205 U.S. 454, 27 S. Ct. 556, 51 L. Ed. 879, 1907. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep205454/>. Acesso em: 10 abr. 2025.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Schaefer v. United States*, 251 U.S. 466, 40 S. Ct. 259, 64 L. Ed. 360, 1920. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep251466/>. Acesso em: 10 abr. 2025.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 39 S. Ct. 247, 63 L. Ed. 470, 1919. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep249047/>. Acesso em: 10 abr. 2025.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Terminiello v. City of Chicago*, 337 U.S. 1, 69 S. Ct. 894, 93 L. Ed. 1131, 1949. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep337001/>. Acesso em: 10 abr. 2025.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 47 S. Ct. 641, 71 L. Ed. 1095, 1927. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep274357/>. Acesso em: 10 abr. 2025.

ESTADOS UNIDOS. *The Trial of Scott Nearing and the American Socialist Society*. New York: Rand School of Social Science, 1919. Disponível em: U.S. Government / The Trial of Scott Nearing (1919). Acesso em: 9 abr. 2025.

HALL, Evelyn Beatrice. *The Friends of Voltaire*. London: Smith, Elder & Co., [s.d.]. Disponível em: [ia600702.us.archive.org/21/items/friendsofvoltair00hallrich/friendsofvoltair00hallrich.pdf](https://ia600702.us.archive.org/21/items/friendsofvoltair00hallrich/friendsofvoltair00hallrich.pdf). Acesso em: 9 abr. 2025, p. 123.

JENKINS, Christopher D. *The Sedition Act of 1798 and the incorporation of seditious libel into First Amendment jurisprudence*. 2000. 123 f. Dissertação (Mestrado em História)

– Marshall University, Huntington, 2000. Disponível em: <https://mds.marshall.edu/etd/1683>. Acesso em: 9 abr. 2025.

JOHNSON, Paul. *Estados Unidos: La história*. Trad. Fernando Mateo Eduardo Hojman. Buenos Aires: Vergara, 2001.

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

KENNEDY, David M. *Over Here: The First World War and American Society*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2004.

MCGOLDRICK JR., James R. “This Wearisome Analysis”: The Clear and Present Danger Test from Schenck to Brandenburg. *South Dakota Law Review*, v. 66, n. 1, p. 56-108, 2021.

MILL, John Stuart. *On liberty*. London: Longman, Roberts & Green, 1869. Disponível em: <https://archive.org/details/onliberty00inmill/page/32/mode/2up>. Acesso em: 10 abr. 2025.

MILLER, John C. Crisis in freedom: *the Alien and Sedition Acts*. Boston: Little, Brown and Company, 1952.

PIAIA, V. *Comunicação política e construção da realidade: o WhatsApp nas eleições presidenciais de 2018*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Rio de Janeiro, 2021.

RABBAN, David M. *Free speech in its forgotten years, 1870–1920*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

SCHMIDT, Regin. *Red Scare: FBI and the Origins of Anticommunism in the United States, 1919-1943*. Museum Tusculanum Press, 2000.

SMOLLA, Rodney A. *Deliberate Intent: A Lawyer Tells the True Story of Murder by the Book*. [New York]: Crown Publishers, 1999.

SOUZA FILHO, Ademar Borges; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Democracia militante e a quadratura do círculo*. [S.l.]: JOTA Info, 16 fev. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/democracia-militante-e-a-quadratura-do-circulo-16022023>.

STONE, Geoffrey R. Judge Learned Hand and the Espionage Act of 1917: A Mystery Unraveled. *The University of Chicago Law Review*, v. 70, n. 1, p. 335–388,

2003. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/journal\\_articles/1970](https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/1970). Acesso em: 9 abr. 2025.

STONE, Geoffrey R. *Perilous Times: Free Speech in Wartime from the Sedition Act of 1798 to the War on Terrorism*. New York: W. W. Norton & Company, 2004.

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

SUNSTEIN, Cass R. Does the clear and present danger test survive cost-benefit analysis? *Cornell Law Review*, Ithaca, NY, v. 104, n. 7, p. 1781, nov. 2019. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol104/iss7/3>. Acesso em: 10 abr. 2025.

UROFSKY, Melvin I. Louis D. *Brandeis and the progressive tradition*. Boston: Little, Brown and Company, 1981.

