

REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL RDCI

ANO 28 • 117 • JANEIRO-FEVEREIRO • 2020

COORDENAÇÃO:
CLÁUDIO FINKELSTEIN
FLÁVIA PIOVESAN
MARIA GARCIA

PUBLICAÇÃO OFICIAL

IBDC Instituto Brasileiro
de Direito Constitucional

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

***THE NEW YORK TIMES Co. V. UNITED STATES (1971) –
THE PENTAGON PAPERS: A LIBERDADE DE
IMPrensa PODE SOFRER RESTRIÇÕES?***

***THE NEW YORK TIMES Co. V. UNITED STATES (1971) –
THE PENTAGON PAPERS: FREEDOM OF PRESS CAN BE RESTRICTED?***

ALEXANDRA MATTOS

Mestre em Direito pela PUC-RS. Especialista em Direito Empresarial pela PUC-RS. Advogada.
Professora convidada de cursos de especialização em Processo Civil e Direito Empresarial.
alexandra@mattosaj.adv.br

ATALIBA TELLES CARPES

Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS (Teoria Geral da Jurisdição e Processo). Especialista em Direito do Trabalho pela PUC-RS. Bolsista integral CAPES/PROEX, com dedicação exclusiva.
ataliba_kh@hotmail.com

CLÁUDIO TESSARI

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter Laureate International Universities. Pós-graduado em Gestão de Tributos e Planejamento Tributário Estratégico pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS. Professor visitante dos cursos de: Pós-graduação em Direito Tributário do Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter Laureate International Universities; Pós-graduação em Direito Tributário da PUCRS-IET; Pós-graduação da Faculdade de Administração, Contabilidade e Economia da PUC-RS; Pós-graduação em Direito de Família e Sucessões da PUC-RS; Pós-graduação em Direito e Gestão Tributária da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; Pós-graduação em Direito de Família e Sucessões da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP; Pós-graduação em Direito de Família da Universidade de Caxias do Sul – UCS; Pós-Graduação em Direito Tributário da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Membro da Comissão Especial de Direito Tributário da OAB/RS.
Sócio do Instituto de Estudos Tributários – IET. Advogado Tributarista.
ctessariadv@gmail.com

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Internacional

RESUMO: O presente artigo analisa e interpreta a decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América nos autos do processo movido pelo The New York Times Co. v. United States, no ano de 1971, oferecendo respostas aos seguintes questionamentos: a) até que ponto o ambiente político mundial estabelecido, na época, entre os EUA – apoiador do Vietnã do Sul – e a União Soviética – apoiadora do Vietnã do Norte – pode ter influenciado no caso The Pentagon Papers julgado pela Suprema Corte dos EUA; b) em que medida a liberdade de imprensa pode, então, sofrer limitações diante de um pseudointeresse do Estado, caracterizado pela simples qualificação de "documentos secretos"; c) pode haver relativizações na aplicação da Primeira Emenda à Constituição dos EUA?

PALAVRAS-CHAVE: The Pentagon Papers – Guerra do Vietnã – Primeira emenda dos EUA – Liberdade de imprensa.

ABSTRACT: This article analyzes and interprets the decision of the Supreme Court of the United States of America in the proceedings filed by The New York Times Co. v. United States in 1971, answering the following questions: (a) To what extent did the global political environment established at the time between the US – supporter of South Vietnam – and the Soviet Union – supporting North Vietnam – have influenced the The Pentagon Papers case judged by the US Supreme Court; (b) the extent to which the freedom of the press can be limited by a pseudo-State interest characterized by the mere qualification of "secret documents"; c) Can there be relativizations in the application of the First Amendment to the US Constitution?

KEYWORDS: The Pentagon Papers – Vietnam War – First amendment of the USA – Freedom of the press.

SUMÁRIO: 1. Da introdução e da contextualização histórica do caso. 2. Da contextualização da demanda judicial. 3. Da análise do conteúdo da decisão proferida pela Suprema Corte dos EUA, pelo placar 6 x 3 pró jornal *The New York Times*, e a divergência analítica entre as *opinions* proferidas. 4. Da análise dos conteúdos das decisões proferidas pela Suprema Corte dos EUA em *Near v. Minnesota* e *Better Austin v. Keefe*, citados pelo *Chief Justice* Warren E. Burger para fundamentar sua *opinion*, vencida. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. DA INTRODUÇÃO E DA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO CASO

Há muito já se fala sobre a liberdade de imprensa, inclusive, no início do século XX, o jovem Karl Marx já alertava que “o governo ouve somente sua própria voz; sabe que ouve somente a sua voz; entretanto, tenta convencer-se de que ouve a voz do povo”.¹ E nesse debate de ouvir ou não o cidadão, percebe-se a preferência do governo de guardar para si informações de grande relevância, deixando

1. MARX, Karl. *Jornal O Globo*. Disponível em: [<https://oglobo.globo.com/rio/o-jornalista-karl-marx-um-inimigo-da-censura-5565205>]. Acesso em: 04.04.2019.

o povo às cegas quando o assunto são as guerras que os Estados Unidos travaram – e ainda travam – com outros países.

Para bem elucidar a referida questão, traz-se à baila a discussão emblemática sobre a liberdade de imprensa que ocorreu no caso *New York Times v. United States*, julgado em 1971 pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Essa ação discutia a possibilidade, ou não, de tornar público o arquivo contendo os documentos sobre a interferência e influência dos Estados Unidos na Guerra do Vietnã, documentos esses que estariam guardados sob máximo sigilo no Pentágono² e que vazaram pelas mãos de Daniel Ellsberg,³ “o antigo falcão que virou pomba e que desempenhou um papel fundamental na publicação dos documentos”.⁴

Quando o Vietnã, país localizado no sudoeste da Ásia dividido em dois – *Vietnã do Sul* e *Vietnã do Norte* – inicia uma guerra civil, encontra o mundo, também dividido em duas realidades políticas diametralmente opostas, a doutrina comunista (que tinha como líder a União Soviética) e o capitalismo democrático de parte do Ocidente (representado pelos Estados Unidos da América).

Assim sendo, União Soviética, líder do bloco comunista, na referida guerra, aderiu ao discurso do Vietnã do Norte – *apoiando com armas e recursos* – e, em contraponto, os Estados Unidos da América apoiaram, de forma ainda mais intensa, o Vietnã do Sul, sendo que até 1969 meio milhão de soldados norte-americanos foram enviados para lutar na Guerra do Vietnã.⁵

2. Construção arquitetônica de cinco pontas que é a sede das Forças Armadas Norte-Americanas.
3. Daniel Ellsberg, um ex-analista militar, ficou desiludido com a Guerra do Vietnã e decidiu vazar uma história ultrassecreta da tomada de decisões por trás do conflito. Frustrado por suas tentativas de fazer com que os parlamentares chamassem a atenção para o esconderijo, agora conhecido como *Pentagon Papers*, Ellsberg recorreu ao *The Times* e, mais tarde, a quase outros 20 jornais. Conforme se verifica em: Por trás da corrida para publicar os principais papéis do Pentágono. *The New York Times*. Disponível em: [<https://www.nytimes.com/2017/12/20/us/pentagon-papers-post.html>]. Acesso em: 15.04.2019. Tradução livre.
4. 25 anos depois, lições dos papéis do Pentágono. *The New York Times*. Disponível em: [<https://www.nytimes.com/1996/06/23/weekinreview/25-years-later-lessons-from-the-pentagon-papers.html>]. Acesso em: 15.04.2019. Tradução livre.
5. Informação relevante ao contexto: “Os Papéis do Pentágono foram encomendados em 1967 por Robert McNamara, o secretário da Defesa na época. O estudo, escrito por vários autores, incluindo o Sr. Ellsberg, ofereceu uma história detalhada da tomada de

Nesse sentido, as perguntas emblemáticas a serem respondidas por meio do presente artigo e que, sem dúvida, continuam sendo atuais são as seguintes: a) até que ponto o ambiente político mundial estabelecido, na época, entre os EUA – *apoiador do Vietnã do Sul* – e a União Soviética – *apoiadora do Vietnã do Norte* – pode ter influenciado no caso *The Pentagon Papers* julgado pela Suprema Corte dos EUA?; b) em que medida a liberdade de imprensa pode, então, sofrer limitações diante de um pseudointeresse do Estado, caracterizado pela simples qualificação de “documentos secretos”?; c) pode haver relativizações na aplicação da Primeira Emenda à Constituição dos EUA?

2. DA CONTEXTUALIZAÇÃO DA DEMANDA JUDICIAL

Diante da realidade fática referida no item anterior, a população dos EUA ficou dividida entre os que apoiavam a participação do país em tal guerra e aqueles que eram contrários a tal postura do Estado. Tal polarização gerou uma grande pressão e dissensão na sociedade civil, tanto que “quando se almeja estabelecer o grau de divisão da sociedade norte-americana causado por determinado evento, a Guerra do Vietnã parece se constituir no primeiro recurso”.⁶

Como resultado dessa divisão surge o primeiro desabafo jornalístico: o Governo foi surpreendido no dia 13.06.1971 com a notícia de capa do *The New York Times* – que naquela época já se constituía no principal meio de comunicação impressa dos EUA – intitulada como: “Arquivo do Vietnã: Estudo do Pentágono traça 3 décadas de crescente envolvimento dos EUA”.⁷ A notícia serviu de hecatombe desnorteadora ao então 37º Presidente dos Estados Unidos da América, Richard Nixon, conforme trechos exemplificativos a seguir:

decisão por trás do envolvimento dos Estados Unidos no Sudeste Asiático. Ele também revelou mentiras da administração Johnson sobre o envolvimento.” Por trás da corrida para publicar os principais papéis do Pentágono. *The New York Times*. Disponível em: [<https://www.nytimes.com/2017/12/20/us/pentagon-papers-post.html>]. Acesso em: 08.04.2019. Tradução livre.

6. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte do Estados Unidos: principais decisões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 102.

7. Arquivo do Vietnã: Estudo do Pentágono traça 3 décadas de crescimento envolvimento dos EUA. *The New York Times*. Disponível em: [<https://www.nytimes.com/1971/06/13/archives/vietnam-archive-pentagon-study-traces-3-decades-of-growing-u-s.html>]. Acesso em: 08.04.2019. Tradução livre.

“Um estudo maciço de como os Estados Unidos entraram em guerra na Indochina, conduzido pelo Pentágono há três anos, demonstra que quatro administrações progrediram desenvolvendo um senso de compromisso com um Vietnã não-comunista, uma prontidão para lutar contra o Norte para proteger o Sul. [...]”

A análise de 3.000 páginas, à qual são anexadas 4.000 páginas de documentos oficiais, foi encomendada pelo Secretário de Defesa Robert S. McNamara e cobre o envolvimento americano no Sudeste Asiático da Segunda Guerra Mundial a 1968 [...]. A maior parte do estudo e muitos dos documentos anexos foram obtidos pelo *The New York Times* e serão descritos e apresentados em uma série de artigos que começam hoje.

Embora longe de uma história completa, mesmo com 2,5 milhões de palavras, o estudo forma um grande arquivo de decisões do governo sobre a Indochina ao longo de três décadas. [...].

O estudo do Pentágono também se estende a partir de tais julgamentos históricos. *Sugere que o interesse americano predominante era em primeiro lugar a contenção do comunismo e, mais tarde, a defesa do poder, influência e prestígio dos Estados Unidos, em ambas as etapas, independentemente das condições do Vietnã.* [...].

A história apareceu no topo da primeira página do *The Times* naquele domingo, apesar de estar entre outras três peças: uma sobre o casamento da filha do presidente Richard M. Nixon, outra sobre o orçamento da cidade de Nova York e outra sobre as tensões entre a Índia e o Paquistão.”⁸ (Grifou-se)

Após a segunda publicação, em 14.06.1971, John N. Mitchell, procurador-geral dos Estados Unidos, requereu, via telegrama, ao *The New York Times* “que parasse de publicar informações do relatório ultrassecreto, argumentando que o jornal violava uma lei que proibia a divulgação de segredos do governo”.⁹ Determinação alicerçada sob o fundamento de que “a publicação dessas informações é diretamente proibida pelas disposições da Lei de Espionagem, Título 18, do Código dos Estados Unidos, Seção 793”.¹⁰

8. Por trás da corrida para publicar os principais papéis do Pentágono. *The New York Times*. Disponível em: [<https://www.nytimes.com/2017/12/20/us/pentagon-papers-post.html>]. Acesso em: 15.04.2019. Tradução livre.

9. *Ibidem*.

10. 1971 – Suprema Corte permite publicação de documentos do Pentágono. *The New York Times*. Disponível em: [<https://www.nytimes.com/2016/06/30/insider/1971-supreme-court-allows-publication-of-pentagon-papers.html?action=click&module=Related-Coverage&pgtype=Article®ion=Footer>]. Acesso em: 15.04.2019. Tradução livre.

Mas veja que “o *The Times* não apenas fornecia artigos interpretativos, mas também apresentava os documentos em si”,¹¹ então nenhuma informação poderia ser contestada como inverídica ou inexistente, por isso, insistia na divulgação das informações ultrassecretas do Pentágono, especificamente no caso da guerra do Vietnã.

“Os documentos são as palavras escritas dos homens que colocaram os exércitos em movimento e lançaram os aviões de guerra”, disse Neil Sheehan, o principal repórter da série. “As palavras escritas são imutáveis, gravadas agora na história da nação para todos examinarem”.¹²

Enquanto a batalha judicial se alinhava, no sentido de proibir a publicação dos documentos contra o *The New York Times*, o *The Washington Post* – outro jornal de grande circulação da época – iniciou a mesma afronta ao Governo: publicar os papéis do Pentágono, referindo (inicialmente) o *The New York Times* como fonte.

Contudo, no dia 16.06.1971¹³ uma ordem de restrição (*Restraining order*) foi obtida perante a Corte Federal de Nova Iorque, proibindo, em nome da segurança do Estado, a publicação de qualquer matéria envolvendo¹⁴ – o que seria semelhante ao deferimento de uma tutela cautelar – os documentos do Pentágono, especificamente contra o *The New York Times*. A determinação judicial foi cumprida, ainda que sob protesto.

No entanto, de pouco serviu a ordem judicial, pois outros Jornais tiveram acesso aos documentos do Pentágono e disseminaram as informações, isso porque contra eles não havia nenhuma restrição. Inclusive, o *The Washington Post* continuou com o trabalho de publicar os documentos.

“Com o *The Times* silenciado pelo tribunal federal em Nova York, ‘decidimos quase imediatamente que publicaríamos uma reportagem na manhã seguinte,

11. *Ibidem*.

12. 1971 – Suprema Corte permite publicação de documentos do Pentágono. *The New York Times*. Disponível em: [<https://www.nytimes.com/2016/06/30/insider/1971-supreme-court-allows-publication-of-pentagon-papers.html?action=click&module=Related-Coverage&pgtype=Article®ion=Footer>]. Acesso em: 15.04.2019. Tradução livre.

13. Papéis do Pentágono. *History*. Disponível em: [<https://www.history.com/topics/vietnam-war/pentagon-papers>]. Acesso em: 15.04.2019. Tradução livre.

14. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 104.

sexta-feira, 18 de junho', escreveu Bradlee, acrescentando que ele precisou superar as objeções dos advogados do jornal *The Post*".¹⁵

Na mesma linha do que aconteceu com o *The New York Times*, o *The Washington Post* também foi persuadido a parar com as publicações, o qual se recusou e também respondeu judicialmente por isso numa Corte de Washington, sendo que, nesse caso, o Governo dos Estados Unidos da América não conseguiu a medida judicial para impedir as publicações sendo que, posteriormente, apelou para uma instância superior e, finalmente, obteve sucesso.

"No espaço de pouco mais de uma semana os Estados Unidos assistem a uma intensa disputa judicial envolvendo os jornais *The Washington Post* e *The New York Times* e o governo federal, com concessões e suspensões de medidas judiciais pelas cortes judiciárias de primeira e segunda instâncias de ambas as cidades, Washington e Nova Iorque. Nesse meio-tempo parte do material vaza para outros jornais do país que decidem publicá-lo, considerando que contra eles não havia ordem judicial alguma".¹⁶

Ainda que os processos inicialmente não tramitassem na mesma origem, "O *Times* e o *Washington Post* uniram forças para lutar pelo direito de publicar",¹⁷ obtendo sucesso nesse conflito judicial na Corte Máxima dos Estados Unidos, sendo que o caso chegou à Suprema Corte em 26.06.1971, ou seja, 11 (onze) dias após a interposição da primeira medida judicial.

3. DA ANÁLISE DO CONTEÚDO DA DECISÃO PROFERIDA PELA SUPREMA CORTE DOS EUA, PELO PLACAR 6 X 3 PRÓ JORNAL *THE NEW YORK TIMES*, E A DIVERGÊNCIA ANALÍTICA ENTRE AS *OPINIONS* PROFERIDAS

A liberdade de imprensa (e religiosa) é regida, nos EUA, pela Primeira Emenda à Constituição – aprovada pelo Congresso em 25 de setembro de 1.789 e

15. Por trás da corrida para publicar os principais papéis do Pentágono. *The New York Times*. Disponível em: [<https://www.nytimes.com/2017/12/20/us/pentagon-papers-post.html>]. Acesso em: 08.04.2019. Tradução livre.

16. The pentagon papers: secrets, lies and audiotapes. *The National Security Archive*. Disponível em: [<https://nsarchive2.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB48/nixon.html>]. Acesso em: 15.04.2019. Tradução livre.

17. Papéis do Pentágono. *History*. Disponível em: [<https://www.history.com/topics/vietnam-war/pentagon-papers>]. Acesso em: 15.04.2019. Tradução livre.

ratificado em 15.12.1791 –,¹⁸ esse preceito impede o Governo dos Estados Unidos de infringir o direito fundamental de liberdade de imprensa e de expressão, e, com base nela, os Tribunais Americanos fundamentam, até hoje, suas decisões – mas reforça-se: a liberdade não é absoluta! Leia a redação da Primeira Emenda:

“O Congresso não fará nenhuma lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibindo o livre exercício da mesma; ou abreviando a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de solicitar ao Governo uma reparação de queixas”.¹⁹

Os três argumentos principais que influenciaram a Suprema Corte Americana no julgamento do processo do *The New York Times Co. v. United States* – no que concerne aos limites da definição do papel da imprensa e do Estado – foram: a) o direito ou não de a população ter acesso/conhecimento dos documentos governamentais classificados como secretos; b) até que ponto o ato de tornar público tais documentos – *pela imprensa* – poderia colocar em risco a segurança nacional; c) limites de interpretação da Primeira Emenda.

Para a corrente liderada pelo *Chief Justice Warren E. Burger* – indicado como *Presidente da Suprema Corte dos EUA pelo Presidente Richard Nixon, em 1969, onde permaneceu até 1986* –, o Estado tinha a prerrogativa de classificar o *Pentagon Papers* como secretos e, nessa condição, os Jornais não poderiam veicular seu conteúdo, defendendo a tese de que a Primeira Emenda à Constituição norte-americana – *primeira das dez que compõem o Bill of Rights* – não agasalham um direito absoluto.

Com base em dois precedentes julgados anteriormente pela Suprema Corte – *Near v. Minnesota* e *Better Austin v. Keefe* –, o *Chief Justice Warren E. Burger* defendeu que, em nome do interesse público, a restrição prévia ao trabalho da imprensa era absolutamente possível, ou seja, não entendia que a Primeira Emenda era absoluta em qualquer circunstância.

Assim sendo e, em decorrência, defendeu que nos casos em que determinados documentos eram declarados secretos pelo Governo, o imperativo de uma

18. A Declaração de Direitos: uma transcrição. *National Archive*: Documentos fundadores da América. Disponível em: [<https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>]. Acesso em: 16.04.2019. Tradução livre.

19. *Constituição interativa*: A Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: [<https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendments/amendment-i>]. Acesso em: 16.04.2019. Tradução livre.

imprensa livre e sem restrições entraria em colisão com outro imperativo, qual seja, o do funcionamento eficaz de um governo moderno complexo e, especificamente, o exercício efetivo de certos poderes constitucionais do Poder Executivo, razão pela qual a imprensa estaria impedida de divulgar o seu conteúdo.

Veja que entre a interposição da primeira medida judicial pelo Governo dos EUA (15.06.1971) e a chegada do processo à Suprema Corte norte-americana (26.06.1971) decorreram, apenas e tão somente, 11 (onze) dias, sendo que *Chief Justice* Warren Burger, em sua *opinion*, identificou na dinâmica processual do caso *Pentagon Papers* uma espécie de supressão de instância na medida em que acabou-se por analisar uma questão que ainda não havia sido exaurida nas instâncias inferiores, e que essa não seria a conduta adequada para um assunto daquela magnitude, *verbis*: “[...] a ação precipitada deste Tribunal que aborta julgamentos ainda não concluídos não é o tipo de conduta judicial que deveria atender à disposição de um grande problema” (tradução nossa).²⁰⁻²¹

Contudo, mesmo diante de tal situação havia a necessidade de ser proferida uma decisão que unificasse o entendimento de toda nação americana a propósito de tal temática.

Fundamentando a sua *opinion* quanto ao não absolutismo do direito conferido pela Primeira Emenda, Burger citou uma situação exemplificativa utilizada em outro julgamento pelo *Justice* Oliver Wendell Holmes no sentido de que ninguém estava autorizado por tal emenda a gritar “fogo” num teatro lotado se, realmente, não houvesse um incêndio naquele ambiente, justificando, assim, a relativização de tal emenda.

Proferindo uma *opinion* divergente, o *Judge* Hugo Lafayette Black considerou que foi um equívoco o Governo dos EUA ter ajuizado uma ação para impedir a divulgação dos documentos sobre a guerra do Vietnã, justamente porque essa atitude, em sua opinião, contrariava fortemente os princípios denominados *founding fathers*, ou seja, aqueles originários dos Pais Fundadores. Os *founding fathers* são entendidos como os homens que tiveram participação ativa na elaboração do Texto Constitucional norte-americano, e, portanto aos alicerces nos quais a nação foi edificada,²² questão muito respeitada pela sociedade estadunidense.

20. “[...] the precipitate action of this Court aborting trials not yet completed is not the kind of judicial conduct that ought to attend the disposition of a great issue.”

21. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 104.

22. *Idem*, p. 108.

O *Judge* Hugo Lafayette Black asseverou que os Pais Fundadores proporcionaram à liberdade de imprensa toda a proteção de que ela necessitava para cumprir com a sua função, ou seja, manter os cidadãos informados sobre todos os atos do Governo, inclusive aqueles sobre os quais recaia a qualificação de “secretos”, exercendo um papel essencial para democracia: demonstrar os equívocos do governo.²³

Assim, em vez de condenar o *The New York Times* e o *Washington Post* e outros jornais que fizeram a publicação dos papéis ultrassecretos do pentágono sobre a guerra do Vietnã, asseverou que estes deveriam ser condecorados por servir aos propósitos estabelecidos pelos Pais Fundadores da nação EUA.²⁴

Defendeu que o governo federal não conseguiu demonstrar a relevância do sigilo dos documentos para a segurança nacional, de modo que a restrição de sua publicação é, sim, inconstitucional por ferir a Primeira Emenda, já que a imprensa existe para servir os governados, não os governantes e, assim, somente uma imprensa livre e sem restrições é capaz de efetivamente demonstrar os equívocos do governo e seus governantes no exercício do poder.

Contudo, ao final de sua *opinion*, Black fez uma importantíssima observação no sentido de que “o direito à liberdade de expressão se sobrepõe aos interesses do Estado, mas nem sempre legitima os atos de jornalistas que se limitam a trabalhar como intermediários”.²⁵

	Conteúdo da <i>opinion</i> adotada pelo <i>Cheif Justice</i> Warren E. Burger (vencida)	Conteúdo da <i>opinion</i> adotada pelo <i>Judge</i> Hugo Lafayette Black (vencedora)
Diferentes interpretações sobre as restrições à liberdade da imprensa e dos interesses governamentais fulcrados na segurança nacional	O conteúdo da Primeira Emenda não é absoluto e, como reflexo disso, nos casos em que determinados documentos eram qualificados como “secretos” pelo Governo, o imperativo de uma imprensa livre e sem restrições entra em colisão com outro imperativo, qual seja, o do funcionamento eficaz de um governo moderno complexo e, especificamente, o exercício efetivo de certos poderes constitucionais do poder executivo.	O conteúdo da Primeira Emenda em casos como o ora em análise em que o Governo Federal não consegue demonstrar a relevância do sigilo dos documentos – qualificados como “secretos” – para segurança nacional se afigura infringida de forma direta adquirendo um caráter absoluto. Na Primeira Emenda, os Pais Fundadores proporcionaram à liberdade de imprensa a proteção que ela necessitava

23. *Idem*, p. 108.

24. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 108.

25. EUA celebram 30 anos dos “Documentos do Pentágono”. *Folha de S. Paulo*: mundo. Disponível em: [<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0807200105.htm>]. Acesso em: 15.04.2019. Tradução livre.

	<p>A ação precipitada da Suprema Corte que aborta julgamentos ainda não concluídos não é o tipo de conduta judicial que deveria atender à resolução de uma importante questão com a presente.</p> <p>Ninguém está autorizado por tal emenda a gritar “fogo” num teatro lotado se, realmente, não houvesse um incêndio naquele ambiente.²⁵</p>	<p>para cumprir seu papel essencial em nossa democracia. A imprensa era para servir aos governados, não os governantes.</p> <p>O poder do Governo em censurá-la restou abolido de modo que ela pudesse permanecer para sempre livre para censurar o próprio governo. A imprensa foi protegida de forma que ela pudesse desnudar os segredos governamentais e, por conseguinte, informar o povo. Somente uma imprensa livre e sem restrições é capaz de efetivamente demonstrar os equívocos do governo.</p> <p>Em minha opinião, longe de merecer condenação pela sua corajosa reportagem, <i>The New York Times</i> e o <i>Washington Post</i>, e outros jornais, deveriam ser condecorados por servir aos propósitos defendidos claramente pelos Pais Fundadores.</p> <p>Ao revelar a atividade governamental que conduziu à guerra do Vietnã, os citados jornais atuaram de forma nobre e precisa, como os Fundadores esperavam e confiavam que eles fizessem.</p> <p>[...] o direito à liberdade de expressão se sobrepõe aos interesses do Estado, mas nem sempre legitima os atos de jornalistas que se limitam a trabalhar como intermediários.²⁶</p>
<p>Das conclusões sobre a relativização da aplicação da Primeira Emenda à Constituição dos EUA</p>	<p>Se determinados documentos são qualificados como “secretos” pelo Governo pode, sim, haver a relativização da aplicação do conteúdo da Primeira Emenda para justificar a restrição da atividade da imprensa, tendo em vista o imperativo do funcionamento eficaz de um governo.</p>	<p>O simples fato de determinados documentos serem qualificados como “secretos” pelo Governo não autoriza a relativização do conteúdo da Primeira Emenda, no que concerne a estabelecer restrições à atividade da imprensa, ainda mais que o Governo Federal não conseguiu demonstrar a relevância do sigilo dos documentos para segurança nacional e os Jornais fundamentaram seus artigos interpretativos em tais documentos.</p>

Assim sendo, no dia 30.06.1971, ou seja, quinze dias após a interposição da primeira demanda, a Suprema Corte anulou o esforço do governo Nixon de impedir que o *The New York Times* e o *The Washington Post* publicassem uma história ultrassecreta da guerra do Vietnã denominada *Pentagon Papers*,²⁸ julgando o processo judicial, decidindo a favor da liberdade de imprensa já que “o governo não conseguiu justificar a restrição de publicação”,²⁹ *verbis*:

“Ao apoiar a liberdade de imprensa garantida na Primeira Emenda da Constituição dos EUA, o juiz da Suprema Corte Potter Stewart escreveu: ‘Na ausência dos freios e contrapesos governamentais presentes em outras áreas de nossa vida nacional, a única restrição efetiva à política executiva e o poder nas áreas de defesa nacional e assuntos internacionais pode estar em uma cidadania esclarecida – em uma opinião pública informada e crítica, a única que pode proteger os valores do governo democrático’”.³⁰

Diversos são os artigos, os livros e os filmes³¹ que retratam o caso do vazamento dos documentos sobre a guerra do Vietnã, classificados como ultrassecretos pelo governo dos Estados Unidos. Essa classificação de ultrassecretos não durou muito, pois na discussão judicial de 1971 foram declarados de domínio público, por placar de 6 x 3.

Em 1971 não foram disponibilizados todos os papéis do Pentágono sobre a guerra do Vietnã à imprensa, mas parte o suficiente para gerar uma grande discussão sobre a liberdade de imprensa e a segurança do país. Somente em 2011, no quadragésimo

26. Disponível em: [<https://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/505/new-york-times-co-v-united-states&prev=search>]. Acesso em: 27.05.2019. Tradução livre.

27. *Ibidem*. Tradução livre.

28. 1971 – Suprema Corte permite publicação de documentos do Pentágono. *The New York Times*. Disponível em: [<https://www.nytimes.com/2016/06/30/insider/1971-supreme-court-allows-publication-of-pentagon-papers.html?action=click&module=Related-Coverage&pgtype=Article®ion=Footer>]. Acesso em: 15.04.2019. Tradução livre.

29. Papéis do Pentagon: História dos Estados Unidos. *Encyclopedia Britannica*. Disponível em: [<https://www.britannica.com/topic/Pentagon-Papers>]. Acesso em: 15.04.2019. Tradução livre.

30. Papéis do Pentagon. *History*. Disponível em: [<https://www.history.com/topics/vietnam-war/pentagon-papers>]. Acesso em: 15.04.2019. Tradução livre.

31. *Os papéis do Pentágono – ano 2003; O homem mais perigoso da América: Daniel Ellsberg e Os Papéis do Pentágono – ano 2009; e, The Post – ano 2017.*

aniversário do vazamento os documentos foram desclassificados de ultrassecretos e o National Archives, juntamente com as bibliotecas presidenciais de Kennedy, Johnson e Nixon, divulgou o relatório completo. Existem 48 caixas e aproximadamente 7.000 páginas desclassificadas, como ultrassecretas, tratando do caso.³²

Esse relatório é composto de 40 arquivos – noticiado pelo jornal *The New York Times*,³³ com acesso global –, entre os quais, o primeiro e mais importante indica que os documentos são ultrassecretos, denominado “Pentagon Paper Index”.³⁴

Não são todos os documentos do Pentágono que são de conhecimento público. Muitos ainda continuam classificados como secretos, dado o contexto de se evitar Guerras desnecessárias com outros Países investigados e reportados por esses documentos, além de outros fortemente influenciados pelos Estados Unidos.

4. DA ANÁLISE DOS CONTEÚDOS DAS DECISÕES PROFERIDAS PELA SUPREMA CORTE DOS EUA EM *NEAR V. MINNESOTA* E *BETTER AUSTIN V. KEEFE*, CITADOS PELO *CHIEF JUSTICE WARREN E. BURGER* PARA FUNDAMENTAR SUA *OPINION*, VENCIDA

Em *Near v. Minnessota*, a Suprema Corte dos EUA analisou um processo que tratava da constitucionalidade de um estatuto de Minnesota que estabelecia restrições prévias às publicações consideradas maliciosas, escandalosas e difamatórias que pudessem causar incômodo aos cidadãos de bem/decentes, autorizando que o Estado determinasse o fechamento de um “jornal, revista ou outro periódico” e, ainda, impedisse o editor de continuar atuando, mesmo que de outras formas.

É que em 1927 o editor J. M. Near foi descrito como “anticatólico, antissemita, antinegro e antitrabalhista” na medida em que começou a publicar o jornal *The Saturday Press*, em Mineápolis, juntamente com Howard A. Grilford, um ex-candidato a prefeito condenado por difamação criminal.³⁵

32. Disponível em: [<https://www.archives.gov/research/pentagon-papers>]. Acesso em: 08.04.2019.

33. Pentagon Papers. *The New York Times*. Disponível em: http://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/interactive/us/2011_PENTAGON_PAPERS.html?module=inline]. Acesso em: 08.04.2019. Tradução livre.

34. *PentagonPapersIndex*. Disponível em: [<http://www.documentcloud.org/documents/205429-pentagon-papers-index.html>]. Acesso em: 08.04.2019. Tradução livre.

35. *NEAR v. MINNESOTA*. *The Bill of Rights Institute*. Disponível em: [<http://billofrightsinstitute.org/educate/educator-resources/lessons-plans/landmark-supreme-court-cases-lessons/near-v-minnesota-1931/&prev=search>]. Acesso em: 27.05.2019.

O jornal alegava que gangues judaicas estavam governando politicamente a cidade junto com o chefe de polícia, Frank W. Brunskil, que tinha sido acusado de participar juntamente com Howard A. Grilford do crime pelo qual este último foi condenado.³⁶

O jornal também tinha como alvo o prefeito George E. Leach, o advogado do condado, o governador Floyd B. Olson, e os membros do júri que condenaram Howard A. Grilford, chamando-os de incompetentes ou mal-intencionados para investigar, julgar e processar atividades criminosas. Logo após a primeira edição do jornal ter sido distribuída, Howard A. Grilford foi baleado e hospitalizado.

A Suprema Corte considerou, por maioria, que a liberdade de imprensa e de expressão está, sim, incluída na liberdade de salvaguarda pela Cláusula do Devido Processo da Décima Quarta Emenda à Constituição dos EUA da invasão por ação do Estado, mas que a liberdade de imprensa também não é um direito absoluto, e o Estado pode punir seu abuso.³⁷

Assim sendo, a Suprema Corte dos EUA julgou inconstitucional o estatuto de Minnesota e reforçou a noção de que uma restrição prévia da imprensa viola a Primeira Emenda à Constituição dos EUA, mas deixou a seguinte lacuna que, posteriormente, foi utilizada no caso *The New York Times Co. v. United States*, nos seguintes termos:

“A objeção também foi feita de que o princípio quanto à imunidade da restrição anterior é declarado de forma ampla demais, se toda restrição desse tipo por considerada proibida. Isso é indubitavelmente verdade; a proteção, mesmo quanto à restrição anterior, não é absolutamente ilimitada. Mas a limitação foi reconhecida apenas em casos excepcionais. Quando uma nação está em guerra, muitas coisas que podem ser ditas em tempos de paz são um obstáculo ao seu esforço, e a sua divulgação não será tolerada enquanto os homens lutarem [...]. Ninguém questionaria que um governo poderia fazer obstrução real [...] a publicação das datas de navegação dos navios ou do número e localização das tropas. Por motivos semelhantes, os principais requisitos de decência podem ser aplicados contra publicações obscenas. A segurança da vida a comunidade pode ser protegida contra incitamentos a atos de violência e a derrubada pela força de um governo ordenado”.³⁸

36. Ibidem.

37. Ibidem.

38. NEAR v. MINNESOTA. *The Bill of Rights Institute*. Disponível em: [//billofrightsinstitute.org/educate/educator-resources/lessons-plans/landmark-supreme-court-cases-lessons/near-v-minnesota-1931/&prev=search]. Acesso em: 27.05.2019.

Ibidem. Acesso em: 27.05.2019.

Em *Better Austin x Keefe*, a Suprema Corte dos EUA analisou um processo que tratava da constitucionalidade da Organização para um Austin Melhor – *organização de moradores de um bairro de Chicago* – denunciar por meio de panfletos a prática de atos de *blockbusting* praticada pelo corretor imobiliário Keefe.³⁹

Cabe, primeiramente, definir que *blockbusting* é uma estratégia de negócios de agentes imobiliários dos EUA para convencer os proprietários a venderem suas casas a preços baixos, sob o argumento de que “minorias raciais se mudarão para o bairro” para, então, posteriormente, fazer a venda dessas mesmas casas, por preços mais altos, para famílias negras desesperadas para escapar dos guetos lotados.

Ocorre que de 1900 a 1970, cerca de 6 milhões de afro-americanos do sul rural dos EUA mudaram-se para cidades industriais e urbanas no norte e oeste durante a Grande Migração para evitar as leis, a violência, o fanatismo e as oportunidades limitadas.⁴⁰ A princípio, o corretor Keefe obteve uma medida liminar que impedia a Organização para que um Austin Melhor distribuísse tais panfletos, alegando que isso estava invadindo a sua privacidade.⁴¹

Contudo, a liminar foi anulada pela Suprema Corte dos EUA, ao reconhecer que “a distribuição pacífica de panfletos é um aspecto importante da liberdade de expressão da Primeira Emenda, e que a restrição prévia de tal discurso pacífico requer uma razão muito convincente”.

Assim sendo, conforme restou demonstrado anteriormente, em ambos os casos, mesmo reconhecida a supremacia da Primeira Emenda à Constituição dos EUA em relação a liberdade de imprensa e manifestação pacífica, sempre se previu que por razões comprovadas e convincentes poder-se-ia relativizar tal aplicabilidade da referida emenda, razão pela qual ambos os precedentes foram utilizados pelo Chief Justice Warren E. Burger para fundamentar sua *opinion*, vencida.

5. CONCLUSÕES

O ambiente político mundial estabelecido, na época, entre os EUA – *apoiador do Vietnã do Sul* – e a União Soviética – *apoiadora do Vietnã do Norte* – influenciou,

39. Organization for a Better Austin v. Keefe (1971). *The first amendment encyclopedia*. Disponível em: [<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/507/organization-for-a-better-austin-v-keefe&prev=search>]. Acesso em: 27.05.2019.

40. Ibidem.

41. Disponível em: [<https://lawaspect.com/case-organization-for-a-better-austin-v-keefe/&prev=search>]. Acesso em: 27.05.2019.

sim, no julgamento proferido pela Suprema Corte no caso *The Pentagon Papers*, sendo bastante provável que: a) a *opinion* proferida pelo *Chief Justice Warren E. Burger* tenha sido influenciada pela sua condição de indicado como Presidente da Suprema Corte dos EUA pelo Presidente Richard Nixon, em 1969; b) a *opinion* proferida pelo *Justice Hugo Lafayette Black* tenha sido influenciada pela grande repercussão política negativa, perante o povo americano, causada pela tentativa do Governo Nixon de barrar o trabalho da imprensa na publicação de documentos sobre a guerra do Vietnã classificados como secretos.

Contudo, é importantíssimo deixar bastante claro que: a) no caso do *The New York Times Co. x United States*, o Governo Federal não conseguiu demonstrar a relevância do sigilo dos documentos à segurança nacional; b) as publicações dos jornais – *artigos interpretativos* – estavam fundamentadas em documentos que eram apresentados e que, então, davam total fidedignidade ao seu conteúdo.

A liberdade de imprensa, então, com a relativização da aplicação da Primeira Emenda à Constituição dos EUA, de acordo com que foi decidido pela Suprema Corte no referido caso, só poderá ser restringida quando: a) o Governo qualificar um documento como “segredo” e não comprovar a relevância do sigilo deste à segurança nacional; b) e as publicações – *artigos interpretativos* – divulgadas pela imprensa não estejam fundamentadas em documentos fidedignos tornados públicos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1971 – Suprema Corte permite publicação de documentos do Pentágono. *The New York Times*. Disponível em: [<https://www.nytimes.com/2016/06/30/insider/1971-supreme-court-allows-publication-of-pentagon-papers.html?action=click&module=RelatedCoverage&pgtype=Article®ion=Footer>]. Acesso em: 15.04.2019.

25 anos depois, lições dos papéis do Pentágono. *The New York Times*. Disponível em: [<https://www.nytimes.com/1996/06/23/weekinreview/25-years-later-lessons-from-the-pentagon-papers.html>]. Acesso em: 15.04.2019.

A DECLARAÇÃO DE DIREITOS: uma transcrição. *National Archive: Documentos fundadores da América*. Disponível em: [<https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>]. Acesso em: 16.04.2019.

ARQUIVO DO VIETNÃ: Estudo do Pentágono traça 3 décadas de crescimento envolvimento dos EUA. *The New York Times*. Disponível em: [<https://www.nytimes.com/1971/06/13/archives/vietnam-archive-pentagon-study-traces-3-decades-of-growing-u-s.html>]. Acesso em: 08.04.2019.

- CONSTITUIÇÃO INTERATIVA: A Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: [<https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendments/amendment-i>]. Acesso em: 16.04.2019.
- EUA CELEBRAM 30 ANOS DOS “DOCUMENTOS DO PENTÁGONO”. *Folha de S. Paulo*: mundo. Disponível em: [<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0807200105.htm>]. Acesso em: 15.04.2019.
- MARX, Karl. Apud. *Jornal O Globo*. Disponível em: [<https://oglobo.globo.com/rio/o-jornalista-karl-marx-um-inimigo-da-censura-5565205>]. Acesso em: 04.04.2019.
- OS DOCUMENTOS DO PENTAGON SÃO DIVULGADOS INTEGRALMENTE AO PÚBLICO. *The Washington Post*. 13.06.2011. Disponível em: [https://www.washingtonpost.com/blogs/blogpost/post/the-pentagon-papers-are-released-in-full-to-the-public/2011/06/13/AGoRrGTH_blog.html?utm_term=.0654cf0f1d5f]. Acesso em: 08.04.2019.
- Os papéis do Pentágono – ano 2003; O homem mais perigoso da América: Daniel Ellsberg e Os papéis do Pentágono – ano 2009; e, The Post – ano 2017.*
- THE PENTAGON PAPERS: SECRETS, LIES AND AUDIOTAPES. *The National Security Archive*. Disponível em: [<https://nsarchive2.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB48/nixon.html>]. Acesso em: 15.04.2019.
- PAPÉIS DO PENTAGON. *History*. Disponível em: [<https://www.history.com/topics/vietnam-war/pentagon-papers>]. Acesso em: 15.04.2019.
- PENTAGON PAPERS INDEX. Disponível em: [<http://www.documentcloud.org/documents/205429-pentagon-papers-index.html>]. Acesso em: 08.04.2019.
- PENTAGON PAPERS. *The New York Times*. Disponível em: [http://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/interactive/us/2011_PENTAGON_PAPERS.html?module=inline]. Acesso em: 08.04.2019.
- POR TRÁS DA CORRIDA PARA PUBLICAR OS PRINCIPAIS PAPÉIS DO PENTÁGONO. *The New York Times*. Disponível em: [<https://www.nytimes.com/2017/12/20/us/pentagon-papers-post.html>]. Acesso em: 15.04.2019.
- SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Judicialização da informação: a construção de parâmetros decisórios sob o contexto da desinformação, de Diego Chagas de Souza – *RD Tec* 5/Out-Dez (DTR\2019\42386);
- Medidas limitativas do direito à comunicação na sociedade da informação em face do ordenamento jurídico brasileiro e do direito comparado em razão de crimes cometidos no ambiente virtual, de Greice Patrícia Fuller e Pedro Henrique Abreu Benatto – *RDCI* 113/97-120 (DTR\2019\32164); e
- Writ of certiorari do direito estadunidense, de Ursula Ribeiro de Almeida – *RePro* 266/483-515 (DTR\2017\614).