

UMA TEORIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DE ROBERT POST E JAMES WEINSTEIN

A THEORY OF FREE SPEECH AS PARTICIPATORY DEMOCRACY: CONSIDERATIONS FROM ROBERT POST AND JAMES WEINSTEIN

VERA KARAM DE CHUEIRI¹
(UFPR/CNPq/Brasil)

EDUARDO XAVIER COSTA ANDRADE²
(UFPR/Brasil)

RESUMO

O presente trabalho trata da proteção constitucional à liberdade de expressão. Mais especificamente, a partir da participatory theory de Robert Post e James Weinstein. Objetiva-se apresentar a teoria dos autores, e, para tanto, no primeiro item se apresenta a teoria de Alexander Meiklejohn, que primeiro sistematizou a relação entre a concretização do autogoverno democrático e a proteção estatal do direito de fala. Após, expõe-se a teoria de Robert Post e James Weinstein, a qual liga a defesa do direito individual de expressão à concretização do autogoverno democrático, justificando-a com base na ação política dos falantes no lugar do benefício aos ouvintes. Por fim, a partir de Post e Weinstein, reitera-se o ponto central da participatory theory contra a ideia dominante da liberdade de expressão centrada na autonomia.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; Autogoverno democrático; Democracia participativa; Robert Post; James Weinstein.

ABSTRACT

This work is about the constitutional protection of freedom of expression. More specifically, from the perspective of Robert Post and James Weinstein and their participatory theory. It aims to present the theory of the authors, and to do so, the first part presents the theory of Alexander Meiklejohn, who first systematized the relationship between the realization of democratic self-government and state protection of individual speech rights. After that, it is exposed the theory of Robert Post and James Weinstein, that links the defense of the individual right of expression to the concretization of democratic self-government, but using a justification based on the political action of the speakers instead of benefits to the audience. At last, from Post and Weinstein, it highlights participatory theory's main argument against the ruling idea of freedom of speech based on autonomy.

Keywords: Freedom of speech; Democratic selfgovernment; Participatory democracy; Robert Post; James Weinstein.

Introdução

A liberdade de expressão, teórica ou praticamente, é invocada no que tange à regulamentação da imprensa, financiamento de campanhas eleitorais, fomento à arte pelo Estado, limites do exercício da liberdade artística, proibição de conteúdo pornográfico, permissibilidade de discurso de ódio, entre tantos outros temas.

Conflitos envolvendo a liberdade de expressão podem ser analisados isoladamente e levar a soluções casuísticas, especialmente quando afastados de um referencial teórico consistente, de maneira que a estratégia aplicada na sua resolução não consiga ser transplantada para outro caso. Daí a necessidade de oferecer argumentos/razões teoricamente robustas para justificar a proteção da liberdade de expressão, escapando de armadilhas retóricas ou casuísticas.

Assim, este artigo assume que é possível existir uma linha entre o que tange e o que não tange à liberdade de expressão. Presume-se que é a partir da compreensão dos motivos de existirem direitos comunicativos protegidos constitucionalmente que é possível delimitar seu alcance e criar estratégias para protegê-los de forma coerente.

Concomitantemente, reconhece-se que no complexo campo das teorias da liberdade de expressão — chamado por Scanlon de “inferno danteano” (2011, p. 546) — não servem mais metáforas simplistas sobre a busca pela verdade ou o livre mercado de ideias. A liberdade de expressão não pode ser explicada ou justificada por apenas uma teoria ou valor.

Robert Post e James Weinstein propõe um tipo de teoria baseada na *participatory democracy*², a qual identifica o valor da participação no autogoverno democrático como o cerne da liberdade de expressão disposta pela Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos.

Dessa forma, o objetivo deste artigo é (2) discutir a liberdade de expressão a partir desses autores, bem como apresentar como eles a relacionam com o autogoverno democrático. O problema central diz respeito às razões articuladas pelos autores, fundadas na ideia de autogoverno democrático, contra outras fundadas na promoção da autonomia individual ou em uma multiplicidade de valores. A hipótese é que a *participatory theory* é melhor do que as teorias que se fundam na ideia de autonomia. Melhor significa, aqui, pelo tipo de compromisso que assume com a democracia constitucional.

Para tanto, faz-se um excuro na (2.1) teoria de Alexander Meiklejohn, que primeiro sistematizou a relação entre a concretização do autogoverno democrático e a proteção estatal do direito de fala individual. Também, à teoria de Owen Fiss, na medida em que advoga pela participação do Estado enquanto promotor da expressão a favor da democracia.

Na sequência, discute-se (2.2) a teoria de Robert Post e James Weinstein, a qual liga a defesa do direito individual de expressão à concretização do autogoverno democrático. Post crítica Meiklejohn (e outros teóricos coletivistas como Fiss) por equiparar democracia à tomada de decisões coletivas, propondo uma teoria distinta, pois focada na participação democrática. Ou seja, Post e Weinstein concebem uma teoria da liberdade de expressão que seja capaz de explicar o compromisso nacional com a Primeira Emenda da Constituição dos EUA, tanto histórica (Post) quanto descritivamente por meio de decisões judiciais (Weinstein), tendo ambos como premissa sua dimensão normativa. Ambos, igualmente, defendem que a proteção à expressão é a exceção (e não a regra) e se aplica no contexto do discurso público. A participação do indivíduo na construção do discurso público é entendida pelos autores como exercício do autogoverno democrático. Ou seja, quando o cidadão não tem o direito de participar do discurso público, está-se diante de um regime que carece de legitimidade democrática. Isso significa, inclusive, permitir a expressão de discursos de ódio.

Por fim (3), a partir da teoria participatória da liberdade de expressão, o artigo pretende oferecer uma resposta em relação à liberdade de expressão e ao valor que o conceito protege, para assim ser possível pensar de forma coerente sobre as estratégias e limites que a defesa de tal valor pode encontrar. A título de arremate, reitera-se os argumentos de Robert Post, sobretudo como contraponto à ideia de autonomia, para sua defesa intransigente da liberdade de expressão como participação democrática.

Liberdade de expressão e autogoverno democrático

Schauer (1983, p. 1284) argumenta que de 1919 a 1960 os debates relativos à liberdade de expressão no contexto da Primeira Emenda da Constituição americana seguiam predominantemente uma lógica, sintetizada na pergunta "quanto?". Poucos duvidavam da liberdade de se expressar como algo positivo, conseqüentemente existindo pouco interesse em saber por quais razões tal liberdade era protegida. As décadas seguintes trouxeram uma nova fase para a teoria da liberdade de expressão, substituindo a pergunta anterior por uma nova: "como?". Isso é, passou-se

a indagar quais os meios de proteger a liberdade de expressão, mas ainda com a maioria das disputas tratando sobre quais as estratégias aptas a garantir a máxima proteção (SCHAUER, 1983, p. 1286).

Como resultado dessas duas fases, a Primeira Emenda emergiu com um núcleo duro forte, com decisões como *Brandenburg v. Ohio*⁴ e *New York Times Co. v. Sullivan*⁵ representando um compromisso nacional profundo virtualmente ilimitado sobre discussões de cunho político, moral e social (SCHAUER, 1983, p. 1287). A consequência foi a expansão do repertório de questões que passaram a ser vistas como relativas à liberdade de expressão. Problemas tratando de propaganda comercial, contribuições de campanha, expressões por funcionários públicos durante o trabalho e até a escolha por parte do governo dos livros oferecidos em suas instalações passaram a ser tratadas como questões ligadas à Primeira Emenda (SCHAUER, 1983, pp. 1287-1288).

Para Schauer, essa expansão do escopo da Primeira Emenda levou ao ressurgimento de indagações sobre sua teoria, já que as teorias clássicas não eram mais suficientes para confrontar os novos questionamentos. Caberia às Cortes alargar o escopo de alcance da Primeira Emenda para abranger atividades que até o momento eram tão distantes da compreensão clássica da liberdade de expressão? Assim, novas tentativas surgiram para responder o “por quê” da Primeira Emenda, na esperança de desenvolver aparato teórico que explicasse os valores que o conceito da liberdade de expressão busca proteger (SCHAUER, 1983, p. 1288).

Logo, antes de discutir como proteger e promover a liberdade de expressão, cabe apontar qual a teoria basilar que apoia a existência do direito e tornar claro o que ela busca proteger. É a partir da compreensão dos motivos de existirem direitos comunicativos protegidos constitucionalmente que é possível delimitar seu alcance e criar estratégias para protegê-los.

Por que se protege a livre expressão? Que valor se prestigia aos protegê-la constitucionalmente? A autonomia individual? A concretização do autogoverno democrático? A proteção ao dissenso? Dependendo do valor privilegiado, altera-se o sentido de como deve a Primeira Emenda ser interpretada e, conseqüentemente, as estratégias para sua efetivação.

Scanlon explicita a ligação entre os valores que um direito procura proteger e as estratégias escolhidas para protegê-lo. Para ele, reivindicar moralmente a existência de um direito envolve diversos elementos prévios: a pretensão que certos interesses são de grande importância; a asserção que, por causa da importância desses interesses e de sua vulnerabilidade, os poderes e deveres de diversos agentes, para serem justificados, precisam ser definidos de certas maneiras; a afirmação de que essas

constrições sobre tais agentes são factíveis de realização (SCANLON, 2011, p. 541).

E, por mais que existam pretensões de direitos cuja ênfase é na importância e vulnerabilidade de certos interesses, com a consequente necessidade de designar poderes e deveres de forma que protejam tais interesses, há outros que são entendidos diversamente. Scanlon defende que é aqui que se encaixa a liberdade de expressão: ela seria um direito entendido em termos das constrições dos poderes e deveres dos agentes, caso se proteja adequadamente os interesses relevantes. Os poderes e deveres em questão são aqueles dos agentes governamentais: o que é defendido sob o título de liberdade de expressão é que os poderes dos agentes governamentais precisam ser limitados, e seus deveres definidos, de formas que interesses importantes sejam servidos (SCANLON, 2011, p. 541).

Para Scanlon (2011, pp. 541-542), é a interação dialética entre os interesses que guia um direito, e as estratégias para proteger tais interesses, que permitem que os direitos cresçam e mudem. Tratando-se de direitos constitucionais, estes podem divergir de duas formas: primeiro, os interesses que guiam um direito podem ser especificados de forma diferente na linguagem constitucional e especialmente no desenvolvimento da jurisprudência baseada nisso, dando mais suporte explícito a alguns interesses do que a outro; segundo, a jurisprudência constitucional de diferentes países pode selecionar diversas estratégias e meios para proteger tais interesses (SCANLON, 2011, p. 542).

Nesse sentido, é possível perceber que o direito da liberdade de expressão tem uma relação íntima com o interesse que busca proteger. O primeiro interesse a ser protegido como guia para a liberdade de expressão é a democracia. Os outros dois interesses concorrentes diretos são a busca pela verdade e a autonomia (WILLIAMS, 2011, p. 603).

Todavia, essas denominações, apesar de simples, escondem disputas mais profundas. O significado da busca pela verdade pode ser compreendido de formas distintas, assim como o exercício da autonomia individual. A discussão pormenorizada sobre divergências conceituais e suas implicações não serão tratadas neste artigo.

O que se busca nesse artigo é explicitar a relação entre a liberdade de expressão e a concretização do autogoverno democrático. Como essa relação é trabalhada de forma diferente por distintos autores, como Alexander Meiklejohn, Robert Post e James Weinstein.

Liberdade de expressão e autogoverno democrático para a teoria coletivista (Alexander Meiklejohn)

A relação entre liberdade de expressão e autogoverno democrático tem sua sistematização primeiramente realizada por Alexander Meiklejohn⁶, filósofo americano cuja obra "*Free speech and its relation to self-government*", de 1948, passou a ser referência para teóricos posteriores.

Para identificar os autores que relacionam liberdade de expressão ao exercício do autogoverno democrático, cabe aqui utilizar da nomenclatura de Robert Post, que denomina Meiklejohn e seus seguidores de "coletivistas", uma vez que possuem um entendimento da Primeira Emenda de que "[...] subordinates individual rights of expression to collective processes of public deliberation"⁷ (POST, 1993, p. 1109).

Para Meiklejohn, no lugar da busca pela verdade, o objetivo da Primeira Emenda da Constituição americana seria, em uma democracia, garantir decisões informadas por parte dos eleitores. Informada, nesse contexto, significa o mais completo possível entendimento sobre as questões que cidadãos, dentro de um autogoverno, devem lidar. Para o autor, não é suficiente que um administrador, legislador ou um acadêmico tenham as informações pertinentes, mas que todos os eleitores também a saibam (MEIKLEJOHN, 1948, pp. 88-89). Para ele, o intento revolucionário da Primeira Emenda é negar a autoridade de agências que tentarem abreviar a liberdade do poder eleitoral do povo (MEIKLEJOHN, 1961, p. 254).

Nessa perspectiva, pois, o objetivo primário da Primeira Emenda é que todos os cidadãos, na maior medida possível, entendam as questões que assolam a vida comum, sendo que nenhuma ideia, opinião, dúvida, crença ou informação relevante possa não lhes ser passada. O resultado seria um povo não governado por outros, mas tão somente por si mesmo (MEIKLEJOHN, 1948, p. 89).

Nessa linha, Meiklejohn defende o direito constitucional da liberdade de expressão como uma defesa do corpo político, não de indivíduos particulares (MEIKLEJOHN, 1948, p. 63). A liberdade de expressão não é um direito dos falantes de expressarem o que bem desejam, mas uma garantia de que tudo que merece ser ouvido assim o seja.⁸ Portanto, a Primeira Emenda para Meiklejohn é um repositório dos poderes de autogoverno, que não são preocupados com um direito particular.

Entre essas atividades mencionadas, além do acesso às discussões sobre assuntos públicos, Meiklejohn faz referência à necessidade de liberdade em outras áreas das quais ele acredita que os eleitores ganham seu conhecimento, inteligência e sensibilidade, tais como a educação em todas as suas fases, a filosofia, ciências, literatura e as artes (MEIKLEJOHN, 1961, pp. 256-257). Assim, a Primeira Emenda serve como "pedra angular"

da estrutura do autogoverno, resultando sua inexistência no perecimento do governo por consentimento (MEIKLEJOHN, 1948, p. 63).

Todavia, levanta-se a pergunta: como saber se uma discussão está sendo realizada de forma a informar os indivíduos? Para responder, Meiklejohn faz referência ao encontro municipal (*town hall meeting*) da tradição da política americana. Na definição de Meiklejohn, tal encontro consiste num grupo de homens livres e iguais, cooperando numa empreitada em comum e usando para tanto uma discussão responsável e regulada. O encontro municipal não é, portanto, um vale-tudo; é autogoverno (MEIKLEJOHN, 1948, p. 23).

Meiklejohn, dessa forma, argumenta que as agências do governo possuem certo papel, com a Primeira Emenda, protegendo a fala em qualquer hora ou local (BRENNAN, 1965, pp. 10-11). Para o autor, a liberdade que a Primeira Emenda protege não é a ausência de regulamentação, mas a presença do autogoverno (MEIKLEJOHN, 1961, p. 252). Dessa forma, há uma distinção entre praticar a proibição de conteúdos livremente e o exercício de uma autoridade gerencial para organizar as falas dos participantes. O discurso público (*public discourse*) é livre no que tange à esfera política ao mesmo tempo que é organizado pelo Estado.

Na perspectiva de Meiklejohn, o encontro municipal é um modelo de como deve funcionar a deliberação democrática, comparando-se o exercício da democracia a um gigantesco encontro municipal (POST, 1993, p. 1114), com suas regras justificadas constitucionalmente na medida em que são necessárias para se alcançar determinado fim social. A qualidade do discurso público é medida pela sua capacidade de facilitar a tomada de decisões coletivas e públicas (POST, 1993, p. 1113).

Owen Fiss atualiza em certa medida Meiklejohn, uma vez que defende a permissão às pessoas de falarem para que outros votem. A expressão, para Fiss, possibilita que as pessoas votem de forma livre e inteligente, conscientes de todas as opções e conhecendo todas as informações relevantes (FISS, 1986, p. 1410).

Para Fiss, a liberdade de expressão como uma liberdade negativa é insuficiente e, assim, chama a atenção para a dimensão positiva do direito. Além disso, sublinha o “[...] structural imbalance of power that often affects the dominion of public speech controlled by big media corporations”⁹ (MACEDO JÚNIOR, 2017, pp. 287-288). Nesse sentido, defende a mudança do paradigma da regulamentação da liberdade de expressão, dado que, para o autor, a Suprema Corte Americana erroneamente tem se pautado de forma demasiada pela ideia de autonomia pessoal. Fiss afirma que a autonomia merece proteção não por razão de seu valor intrínseco, mas por

ser meio ou instrumento da autodeterminação coletiva (FISS, 1986, p. 1410).

O autor defende que uma visão de liberdade de expressão ligada exclusivamente à autonomia individual, por mais que ofereça a vantagem de ser neutra quanto ao conteúdo, gerará distorções toda vez que as possibilidades e oportunidades de comunicação forem limitadas. Sua alternativa consiste em analisar os efeitos reais da comunicação, levantando a pergunta se ao todo ela enriquece o debate público ou não (FISS, 1986, p. 1411).

A vertente coletivista muda o enfoque do que é protegido pelas liberdades comunicativas. Segundo Fiss, a doutrina relativa à Primeira Emenda da Constituição americana parte de uma meia verdade, isto é, da premissa de que o Estado é o inimigo natural da liberdade e, assim, objetiva silenciar o indivíduo. Entretanto, mais do que apenas opressões, ações governamentais podem ser aliadas ou fontes da liberdade. Portanto, seu objetivo, especialmente em "*The Irony of Free Speech*", de 1996, é explicar por que a presunção tradicional contra o Estado é enganosa e como ele pode se tornar um amigo, em vez de inimigo da liberdade (FISS, 1996, p. 2).

Analisando Meiklejohn e Fiss, resta claro porque Post escreve que há uma estrutura de análise comum a todas as versões da teoria coletivista da Primeira Emenda. Ela postula um objetivo específico para o discurso público e conclui que o debate público deve ser regulamentado instrumentalmente para alcançá-lo. Esse objetivo, por conseguinte, resta distinto e prévio a qualquer processo de autodeterminação que ocorra dentro do discurso público. A teoria coletivista, conforme Post, defende a subordinação do discurso público a uma estrutura de exercício de autoridade gerencial (POST, 1993, p. 1119).

Uma teoria da liberdade de expressão como democracia participatória segundo Robert Post

Antes de falar da teoria da liberdade de expressão para Post, é interessante conhecer sua crítica às teorias coletivistas (Meiklejohn e Fiss). Uma primeira importante questão diz respeito à consideração de que se virtualmente todas as comunicações fornecem informação, como diferenciar quais expressões cumprem a função essencial que Meiklejohn deseja? Não estaria toda informação, em alguma medida, efetivamente tornando eleitores mais informados para decidir sobre questões governamentais? Consequentemente, é necessário delimitar quais critérios serão empregados para examinar se informam ou não o eleitor. Fazendo

referência ao encontro municipal, a crítica de Post se relaciona aos critérios que o regem (POST, 2009, p. 181).

O argumento do autor é que o modelo de encontro municipal de Meiklejohn viola, precisamente, a necessidade de indeterminação do discurso público. Por mais que reconheça a necessidade de se deixar livre a votação, ainda assim autoriza a censura do discurso público com base em presunções sobre seu funcionamento e procedimento. Post argumenta que as pressuposições procedimentais e substanciais que Meiklejohn apoia são fundadas em uma concepção particular desse autor da identidade coletiva estadunidense. Além disso, está implícito na teoria de Meiklejohn que aspectos do discurso público incompatíveis com os objetivos dessa visão de identidade coletiva são descartáveis (POST, 1993, p. 1117).

Nesse sentido, chega-se ao ponto de colocar esse conceito particular de identidade nacional fora do alcance dos processos comunicativos de autodeterminação. Conforme Post, a dificuldade é que a análise de Meiklejohn reflete uma concepção insuficientemente radical de autodeterminação, a qual seja capaz de abarcar não apenas a substância das decisões coletivas, mas também a estrutura de funcionamento que possibilita essa tomada coletiva de decisões. Por isso, Meiklejohn pode apelar para a autoridade de moderadores: ele ignora que até mesmo os padrões necessários para distinguir "relevante" do "irrelevante" são potenciais questões de disputa. Esses conflitos, para Post, não podem ser retirados do debate existente dentro do discurso público (POST, 1993, pp. 1117-1118).

O argumento de Post, desse modo, visa apontar como as próprias regras de como o debate será feito e por quais critérios será exercida a autoridade gerencial daquele que organizará as falas estão fora do alcance do próprio debate. Tal problema é amplificado pelo fato de a esfera pública divergir de um encontro municipal, no qual os cidadãos são chamados para tratar de tópicos específicos, uma vez que na esfera pública inexistente agenda previamente fechada.

A crítica de Post se repete para Fiss. Isso porque este defende o uso do poder governamental para tornar o debate público informativo, o que, por consequência, significa a utilização de uma autoridade gerencial para coibir falantes cuja expressão não é considerada compatível com esse fim. Post afirma que, desse modo, Fiss está disposto a estender o valor da autodeterminação apenas ao conteúdo das decisões democráticas, conceitualizando a estrutura procedimental como externa à lógica da autodeterminação, assim como Meiklejohn (POST, 1993, p. 1120).

Post, todavia, não está afirmando que o discurso público nunca pode ser regulado, nem mesmo que se precise excluir ações governamentais

designadas para aumentar comunicações dentro do discurso público, como, por exemplo, estabelecendo fóruns públicos de deliberação (POST, 1993, p. 1121). Afinal, para Post, caso o discurso público não fosse capaz de estabelecer organizações de domínio gerencial aptas a perseguir objetivos decididos publicamente, ele seria impotente. Contudo, a utilidade da teoria coletivista aparece de forma limitada e secundária, não devendo substituir o que Post considera que é o interesse primário da Primeira Emenda, isto é, a participação na política democrática (POST, 1993, pp. 1136-1137).

Portanto, seu argumento é que a função democrática do discurso público é inconsistente com regulamentações governamentais que suprimem expressões dentro do discurso público a fim de impor uma versão específica de identidade nacional (POST, 1993, p. 1121). A distinção para Post é que estruturas gerenciais colocam o cidadão dentro das constrictões da razão instrumental, assumindo que cidadãos são objetos de regulamentação, enquanto, em contraste, estruturas de autogoverno situam cidadãos dentro de teias de interações hermenêuticas, assumindo que eles são autônomos e aptos à autodeterminação (POST, 1993, p. 1131). Nesse sentido, afirma Post (1993, p. 1136), *the nightmare vision of Michel Foucault demonstrates clearly enough the true nature of such a world. Structures of control acquire their own life, turn, and bit the progressive hand that establishes them. If we create organizations of heteronomy, we shall all, sooner or later, be condemned to inhabit them. We shall become the subjects of a power not our own*¹⁰. Ou seja, para Post, está implícita na teoria de Meiklejohn uma visão errônea da democracia estadunidense ao identificar a democracia com a tomada coletiva de decisões (POST, 2009, p. 181). Post defende um ideal diverso de democracia, rejeitando o majoritarianismo.

Contrário à ideia de princípios neutros - a um tipo de compreensão que opõe lei e política -, Post defende que a lei possui uma função social ampla, sendo possível uma convergência entre o sistema jurídico e a política democrática. Dessa forma, as Cortes são tomadas como atores políticos, cujas decisões produzidas se engajam na política, não a esvaziam; vale dizer, elas inspiram, informam e canalizam o debate e as ações políticas. A consequência é de que opiniões judiciais podem ser construídas de forma a promover mais ou menos apoio político para valores essenciais (POST, 2010, p. 1323).

A premissa de Post para interpretar a Primeira Emenda é que ela envolve explicar a dedicação estadunidense à liberdade de expressão. Sua tarefa, logo, não exige determinar em abstrato qual a melhor teoria da liberdade de expressão, mas oferecer o melhor relato possível dos princípios históricos. É a autoridade desses princípios que fornece legitimidade à

Primeira Emenda, sendo que eles não derivam meramente da lógica ou razão, mas do compromisso nacional em proteger a liberdade de expressão (POST, 2011a, p. 477).

Post denomina esse processo de determinar o significado do compromisso estadunidense de equilíbrio reflexivo (*reflective equilibrium*)¹¹, o qual “[...] requires us to interpret our history in light of our best ideals while simultaneously reexamining our ideals in light of our actual history.”¹² (POST, 2011a, p. 477).

Post não cria normatividade a partir do zero, mas a partir da sua interpretação da história estadunidense, da qual, desde o início, presume-se que um sistema bem-sucedido de representação depende de uma relação particular entre representantes e eleitores, e que um governo representativo não pode incorporar o valor do autogoverno sem confiança entre ambos.

Nesse sentido, Post (2014, pp. 35-36) reserva um papel importante para a opinião pública como um processo permanentemente em fluxo, sempre em movimento e nunca o mesmo. Ela é a voz abafada que os eleitos se esforçam para ouvir e interpretar, e que dá ao povo o sentimento de autoridade sobre seu governo. Sob essa perspectiva, a crescente valorização da opinião pública significa uma nova conexão entre a concretização do autogoverno e a participação na construção do discurso público, observável tanto na teoria constitucional quanto nas decisões da Suprema Corte.

Em 1919, o juiz Holmes elabora uma teoria sobre a Primeira Emenda, utilizando-se da retórica para enfatizar a necessidade da livre troca de ideias. Essa proteção seria necessária para determinar o que uma democracia deve fazer. Em 1920, o juiz Louis Brandeis estabeleceu a conexão entre a Primeira Emenda e o princípio do autogoverno, quando afirma em voto dissidente que o direito de um cidadão estadunidense de participar na criação de leis federais e na conduta do governo inclui necessariamente o direito de falar ou escrever sobre eles. Assim, explicita que a liberdade de expressão e os direitos comunicativos seriam o caminho para o autogoverno (POST, 2014, pp. 39-40).

É apoiada nessa visão que a Suprema Corte estadunidense, a partir da década de trinta, passa a construir a estrutura de uma doutrina sobre a Primeira Emenda. Ela passa a enfatizar que o discurso sobre assuntos públicos seria a essência do autogoverno, e que a Primeira Emenda exemplificava um compromisso nacional profundo de que debates sobre assuntos públicos devem ser desinibidos, robustos e abertos (POST, 2014, p. 40).

Post discorda de Meiklejohn e Fiss para quem o valor do autogoverno está na população fazendo, democraticamente, escolhas informadas, atrelando esse valor à audiência ao invés dos falantes (tomada coletiva de decisões). A democracia envolve muito mais do que um método de tomada de decisões, a saber, a participação livre na formação do discurso público e a liberdade de expressão serve para garanti-la. Assim, é irrelevante o que esse discurso público efetivamente vai gerar, se decisões bem informadas ou não. A autodeterminação ocorre pela participação, não podendo ela ser moldada pelas regras de participação impostas por Meiklejohn.

Neste sentido, a liberdade de expressão é uma forma de concretização do autogoverno e isso implica na construção de um debate público robusto, isto é, a liberdade de expressão vista de maneira comprometida com a democracia discursiva (POST, 2014, p. 36). Vale dizer, por participar da constante e interminável formação da opinião pública, e por estabelecer instituições designadas para fazer o governo sempre responsivo à opinião pública, as pessoas podem desenvolver um senso de propriedade de seu governo e aproveitar o benefício do autogoverno (POST, 2014, p. 36). Há democracia quando aqueles que devem seguir as leis também acreditam que são seus autores em potencial (POST, 2011, p. 482). Eleições e outros mecanismos que são ordinariamente associados com a tomada de decisões democráticas são, para Post, simplesmente instituições criadas para maximizar essa relação (POST, 2011, p. 482).

Em síntese, a democracia de Post é fundamentalmente sobre autogoverno, que significa liberdade política do indivíduo para participar na construção da sociedade, reconciliando autonomia individual com autodeterminação coletiva por meio da subordinação da tomada de decisões governamentais a processos comunicativos aptos a incutir nos cidadãos um senso de participação, legitimidade e identificação." (POST, 1993, p. 1115).

Nesse sentido, quando os direitos comunicativos são respeitados, gera-se o sentimento subjetivo de que o povo detém autoridade sobre seu governo, processo que Post denomina de legitimidade democrática (*democratic legitimation*). Essa legitimidade ocorre quando o cidadão acredita que o governo é responsivo às suas visões; dependendo do que as pessoas efetivamente acreditam. A identificação do cidadão é com o processo de formação da opinião pública e não com a sua influência individual (POST, 2014, p. 49).

Segundo Post a Primeira Emenda não garante influência igual sobre a ação governamental: ela não protege a democracia direta, guiada pela lógica representativa e igualitária, mas a liberdade de expressão da democracia discursiva. Nesta, todos os cidadãos são iguais aos olhos da lei,

tendo cada um o direito de *participar* do discurso público. Ela garante que a pessoa determinará por ela mesma sua participação, apostando na sua liberdade de escolha. Assim, proteger o discurso público não significa ser favorável à permissão de expressões explicitamente racistas em qualquer momento. A proteção constitucional estendida ao discurso público difere-se daquelas estendidas ao discurso não público. Mesmo que a Primeira Emenda imunize de regulamentação legal a circulação de certas ideias racistas em jornais, isso não significa que a expressão da mesma ideia não pode ser restringida, por exemplo, dentro do local de trabalho, onde não se aplica a noção do diálogo entre cidadãos autônomos e autogovernantes (POST, 1991, p. 289).

Para Post o conteúdo de uma expressão em particular é apenas um dos muitos fatores relevantes para determinar se a comunicação pertence ou não ao domínio do discurso público. Como exemplo, cita a marcha dos nazistas em Skokie¹³, a qual ele interpreta como uma clara tentativa de participação no discurso público, mesmo que represente um símbolo político repulsivo. Ou seja, o contexto indica que racistas utilizaram a mídia para a comunicação de ideia com o intento específico de afetar a opinião pública (POST, 1991, pp. 289-290).

A tentativa de coibir tal participação revela para o autor uma falha do debate contemporâneo, isto é, a comum presunção de que a relação entre uma expressão racista e a Primeira Emenda pode ser analisada independente do contexto. A comunicação não forma um terreno constitucional uniforme, sendo que os padrões de proteção da Primeira Emenda ao discurso público não serão os mesmos aplicados às expressões fora dele. O discurso público se situa em um espaço triangular. Em um canto está a comunidade, que regula a expressão no que interessa à civilidade e à dignidade, em outro estão determinadas organizações, que regulam a expressão no interesse de alcançar objetivos explícitos de forma instrumental e no terceiro canto está o discurso público, que sozinho traz consigo a liberdade de interação crítica num e para um país culturalmente diversificado. (POST, 1990, pp. 684-685).

O exemplo das expressões racistas permite que se aprofunde no que constitui a expressão protegida para Post, a partir de dado contexto e não da expressão por si só. A liberdade de expressão da Primeira Emenda trata não da pura e simples defesa de qualquer expressão, mas das falas e das estruturas relacionadas à expressão política e, conseqüentemente, à democracia e por isso a protegemos.

Para Post, não há um princípio geral da liberdade de expressão, uma vez que um valor que por vezes aparece como importante numa situação

não se aplica em outros contextos (POST, 1995, p. 1271). Nesse sentido, o autor traz exemplos ilustrativos:

We might agree, for example, that speech within universities serves the value of the pursuit of truth because it establishes an effective marketplace of ideas, and we might construe the doctrine of academic freedom as designed to recognize and protect this value. But it is equally plausible, and not at all inconsistent, to conclude that this value is not very important with respect to certain kinds of speech between doctors and their patients, because patients depend upon, and ought to be able to rely upon, the advice of their doctors. We might construe our practice of subjecting doctors to liability for malpractice for rendering false opinions as evidence of this conclusion. Or, to pick another example, we might agree that statements about matters of public concern serve the value of democratic self-determination, and we might construe the First Amendment immunity afforded these statements from many forms of common law liability as reflecting the importance we attribute to this value. But it is also plausible, and not at all inconsistent, to conclude that the value of democratic self-governance is not particularly important with respect to many forms of speech about matters of merely private concern, and we might interpret the continuing regulation of such speech by common law torts as reflecting this conclusion¹⁴ (POST, 1995, pp. 1271-1272).

A democracia envolve formas complicadas de interação social pelas quais o povo governa a si mesmo. E, apesar da expressão ser um pré-requisito para ela, a expressão solitária ausente de outras práticas sociais necessárias não carregará os valores que se procura na democracia. Ou seja, Post argumenta que se protege a expressão não por si só, mas porque ela incorpora uma forma particular de interação social. Logo, o que o autor busca fazer é identificar qual é a interação social que a Primeira Emenda busca proteger (POST, 1995, p. 1272).

Neste sentido, os valores da lei quanto da constituição funcionam para significar formas concretas de vida social, nas quais o que consideramos desejável pode encontrar sua realização. Esses valores encontram sua incorporação em formas particulares de interação social, e não na fala em si (POST, 1995, p. 1272). Nesse sentido, se a Constituição reconhecesse e impusesse um único valor geral para a expressão, ela forçaria brutalmente todo o espectro da regulação estatal de formas de interação social a estar em conformidade com as práticas sociais

particulares requeridas por esse único valor. Todavia, a vida social é diversa e rica para ser comprimida em qualquer padrão único (POST, 1995, p. 1272). Quando um soldado do exército escreve uma carta para seu senador, pode-se ver a carta como parte da organização do militar ou da prática social do autogoverno democrático. Dependendo de sua caracterização, a carta carrega um valor constitucional diferente e será protegida de acordo com diferentes padrões (POST, 1995, p. 1274).

Ao mesmo tempo que Post reconhece que a expressão tem múltiplas funções, sendo impossível um princípio geral abstrato que sintetize todas as possibilidades de expressão, o que ele argumenta é que a mais importante forma de ordem social que a Primeira Emenda busca proteger é a democracia.

Uma teoria da liberdade de expressão como democracia participatória segundo James Weinstein

James Weinstein, assim como Post, vê na participação da construção do discurso público o valor fundamental para o direito da liberdade de expressão. Weinstein avisa que apesar de seu entendimento se dever muito a Post, a maior diferença entre ambos é que, além de analisar o contexto para decidir se tal expressão faz parte do discurso público ou não, Weinstein também analisa o conteúdo.

Nas palavras do autor: "I place somewhat greater emphasis on the content of the speech (that is, whether or not it is on a matter of public concern), while Post focuses more on its context (that is, whether or not the expression occurs in a setting essential to democratic self-governance)"¹⁵ (WEINSTEIN, 2011a, p. 493).

Weinstein parte de duas perspectivas: a descritiva e a normativa. A descritiva se refere, assim como em Post, à explicar o comportamento da Suprema Corte Americana no que se trata de decisões sobre liberdade de expressão. A normativa se refere à participação na democracia (WEINSTEIN, 2011a, p. 491).

A parte descritiva de sua teoria busca afirmar que a proteção forte à expressão não é a regra, mas sim a exceção. Ele relembra o trabalho de Post ao afirmar que essa proteção rigorosa aplica-se primordialmente dentro do domínio do discurso público, o qual consiste em assuntos de interesse público ou de expressões em ambientes dedicados ou essenciais ao autogoverno democrático, tais como livros, revistas, filmes, a internet ou em fóruns públicos. Já quando o objetivo é outro que não o discurso público, Weinstein aponta que o governo tem uma margem de manobra muito maior para regular o conteúdo da fala. Como exemplo desses

espaços, ele cita o ambiente de trabalho em agências governamentais, a administração da justiça nas cortes ou as instruções dadas para escolas públicas (WEINSTEIN, 2011a, p. 493-494).

Ilustrando seu argumento, ele traz o fato de que, no país, um advogado tem o direito, conforme a Primeira Emenda, de solicitar clientes quando o faz para avançar objetivos políticos. Isso é, no país, é prática comum que uma associação aborde um indivíduo e apresente seu caso perante a Suprema Corte na esperança de avançar visões políticas. Weinstein relembra que tal solicitação não é possível por motivos econômicos. Como exemplo secundário, ele traz que boicotes motivados politicamente recebem proteção da Primeira Emenda, enquanto boicotes econômicos ordinários não. Os exemplos de Weinstein buscam demonstrar que há um tratamento jurídico diferenciado quando se trata de assuntos relativos ao discurso público (WEINSTEIN, 2011a, p. 495).

Weinstein usa como prova da adequação prática de sua teoria o caso *Snyder v. Phelps*¹⁶. Nele, membros de uma igreja protestaram próximos a um funeral de um soldado morto no Iraque, expressando termos ofensivos no qual afirmavam que a morte foi causada por razão dos Estados Unidos permitirem a homossexualidade. No caso, a Suprema Corte decidiu que a expressão em questão se relacionava a interesses sociais amplos, tais como a homossexualidade no ambiente militar e a conduta moral do país. E, não se tratando de assuntos particulares, a expressão era merecedora da proteção especial da Primeira Emenda. Tal decisão, para Weinstein, seria uma demonstração de como o valor que melhor explica a jurisprudência da Primeira Emenda é o compromisso com a participação na construção do discurso público e conseqüente concretização do autogoverno democrático (WEINSTEIN, 2011a, pp. 495-496).

Além do conteúdo, Weinstein afirma que é necessário observar não só a expressão, mas como defende Post, a configuração ou meio no qual a expressão ocorre. Ele afirma que uma estrutura é necessária (apesar de não suficiente sozinha) para que o discurso público sirva seu valor constitucional da democracia (WEINSTEIN, 2011a, p. 496).

Para Weinstein o valor que melhor explica o padrão das decisões relativas à liberdade de expressão é o compromisso com o autogoverno democrático. A democracia significa reconhecer o direito de todo indivíduo de participar livremente e igualmente no discurso pelo "qual nós governamos a nós mesmos" (WEINSTEIN, 2011a, p. 497).

Para Weinstein, a dimensão normativa que o conceito de autogoverno democrático possui para a liberdade de expressão resta (1) na legitimidade do valor; (2) no fato de que o valor da participação democrática fornece melhores proteções à democracia do que as teorias alternativas, uma vez

que, na medida que protege uma área mais limitada da expressão, consegue realizar tal proteção de forma mais robusta; e (3) no fato de que fundamentar a liberdade de expressão nesse valor impediria que o judiciário utilizasse o pretexto da liberdade de expressão como forma de invalidar leis ou políticas públicas das quais discorda, mas não efetivamente ameaçam valores significativos relativos à Primeira Emenda (WEINSTEIN, 2011a, p. 504).

Quanto à legitimidade, ninguém pode negar que um indivíduo tenha o direito de livremente e igualmente participar no discurso que influencia o governo. O compromisso com o autogoverno não significa que a extensão desse compromisso gere consenso. O autor diferencia o compromisso substantivo com compromisso procedimental, afirmando que enquanto alguns defendem uma visão substantiva robusta, outros darão preferência a um compromisso procedimental brando. Mas, enquanto o primeiro engloba o último, seu argumento é de que há ainda um consenso: todos temos a participação formal ao processo político.

Weinstein argumenta que se um indivíduo é excluído de participar do discurso público porque o governo discorda das visões do falante ou porque considera as suas ideias demasiadamente perturbadoras ou ofensivas, qualquer decisão que viesse de tal discussão seria, para tal cidadão excluído, ilegítima. Ele afirma que se alguém é barrado de expressar um ponto de vista sobre o aumento de impostos, o dever da nação ir ou não à guerra, a política de imigração do país, ou legislação pendente relativa a direitos civis, o governo não é uma democracia, mas uma autocracia ilegítima. Da mesma forma, o governo não poderia restringir expressões por temor delas gerarem opinião pública equivocada, a favor de decisões ou políticas desastrosas (WEINSTEIN, 2011a, p. 498).

Quanto à defesa do conceito de autogoverno, significa que, em uma democracia, as pessoas têm coletivamente e individualmente um direito de governar. O preceito democrático não é aplicável fora do campo do discurso público e da tomada de decisões coletivas, na qual tal expressão é essencial (WEINSTEIN, 2011a, p. 509). Uma teoria baseada no direito de participação fornece uma justificativa sólida para proteger expressões, além de simultaneamente permitir a supressão de expressões odiosas não conectadas ao processo político.

Para o autor, a decisão da Suprema corte no caso *Citizens United*¹⁷ foi equivocada ao derrubar legislação que supostamente impediria o fluxo de informações na medida em que coibia doações eleitorais. Neste sentido, as cortes deveriam somente invalidar leis para proteger o interesse democrático instrumental secundário do livre fluxo de informações, apenas quando este é manifestamente debilitado (WEINSTEIN, 2011, p. 504).

Em síntese, Weinstein defende a superioridade do valor do autogoverno democrático tanto pelo ponto de vista descritivo quanto normativo. Quanto a este, sua superioridade normativa estaria por se basear em um valor universalmente aceito, cuja legitimidade oferece a oportunidade de uma defesa concisa e rígida do que mais importaria: o discurso público. Apesar de outros interesses também terem poder normativo, tal como a proteção do direito do público de receber informações, eles seriam secundários. Em contraste, a proteção da autonomia abriria para disputas interpretativas as quais enfraqueceriam a proteção ao discurso público.

Liberdade de expressão como democracia participatória: algumas considerações finais

Weinstein e Post são críticos da teoria da liberdade de expressão baseada na autonomia. Argumentam que mesmo que a Primeira Emenda seja formalmente invocada para proteger o direito à expressão íntima sem relação com a formação da opinião pública, trata-se de um compromisso com a liberdade constitucional. Assim, o discurso privado em assuntos de interesse público poderia ser explicado como um interesse de liberdade fundamental protegido pelo devido processo substantivo. Ainda, a proteção garantida ao discurso privado em questões de interesse público é parte do direito da participação democrática.

Para Post, o objetivo da doutrina da Primeira Emenda é proteger um espaço para o processo de interação crítica, com respeito às diferenças próprias da vida americana. Assim, cria-se um espaço no qual pode ocorrer um debate desinibido, robusto e aberto sobre questões públicas, sem silenciamentos das divergências possibilitando que a opinião pública e a política democrática sejam forjadas (POST, 1990, pp. 637-638).

A democracia permite que as pessoas acreditem que o Estado é potencialmente responsivo às suas visões porque as decisões são subordinadas à opinião pública que não é meramente o resultado estatístico de um voto. A opinião pública não constitui uma democracia legítima se for apenas a voz mais alta ou violenta. É a participação no discurso público o que permite às pessoas sentirem que o Estado é potencialmente responsivo, porque se acredita que a opinião pública é ao menos parcialmente formada por meio de debate e argumentação. Ao mesmo tempo, a opinião pública pode servir a causa da legitimidade democrática apenas se ela é, ao menos parcialmente, formada obedecendo às regras de civilidade que constituem o debate (POST, 2011b, p. 624).

Post e Weinstein consideram a teoria da liberdade de expressão baseada na autonomia um relato implausível da Primeira Emenda, uma vez que ela concebe o falante particular engajado em discurso particular, como o caso paradigmático. Segundo Post, na maioria dos sistemas jurídicos, a regulação da expressão é indispensável para a manutenção dos valores de civilidade e dignidade. Para ele, a teoria da autonomia compreende as coisas ao contrário, concebendo a liberdade de expressão como regra e não exceção (POST, 2011b, p. 625-626). Logo, a teoria de Post concebe que a exceção é a Primeira Emenda: "The vast majority of communications in society today are regulated without constitutional interference; they are outside the scope of the First Amendment. It therefore seems to me that the essential task of First Amendment is to explain why constitutional immunity is extended only to some forms of communication. Because autonomy theory postulates a value that any speaker can almost always plausibly claim to be fulfilling, autonomy does not seem to me to be a principle that can be usefully employed for this task"¹⁸ (POST, 2011b, p. 626, grifou-se). A democracia cria formas de solidariedade social que não podem ser reduzidas à autonomia individual e, mesmo que se reconheça que a democracia dependa do valor da autonomia, a doutrina constitucional da Primeira Emenda deve ser organizada ao redor do valor do autogoverno democrático. (POST, 2011b, p. 627).

Uma forma de compreender melhor o argumento de Post e Weinstein contra a teoria da autonomia e suas possibilidades de disputa é analisar os exemplos que Post oferece:

1. A palmist sells her services to a customer for a fee and is punished by a statute prohibiting fraudulent future telling.
2. A palmist writes a book on palmistry to the general public. A member of the public sues and the palmist successfully pleads the First Amendment as a defense.
Or:
3. A lawyer advises a client not to pay taxes that are owed and is sanctioned for malpractice.
4. On a television show, a lawyer advocates withholding taxes because the government is illegitimate. He is sued for malpractice by a viewer who takes his advice. The lawyer successfully pleads the First Amendment in defense.
Or:
5. Bill believes that his friend, Dan, is a thief and tells their mutual friends; Dan successfully sues for defamation.
6. Bill believes that his friend Dan is a thief and tells their mutual friends. Dan is a congressman, and Bill successfully pleads the First Amendment in defense of Dan's lawsuit for defamation¹⁹ (POST, 2011b, pp. 627-628).

Segundo Post, todos os casos acima tratam sobre expressão, sendo que a autonomia do falante está igualmente em risco em todos os casos. Ainda sim, defende que no primeiro, terceiro e quinto caso tem-se a crença que a legislação irá sobrepor a autonomia exercida pela expressão individual em nome de outros valores sociais. Ao mesmo tempo, a autonomia da expressão é protegida pela Primeira Emenda no segundo, quarto e sexto caso, por causa da natureza pública da comunicação do falante. Esse padrão de resultados faz sentido para o autor apenas se a Primeira Emenda é estruturada para proteger a legitimidade democrática, mas não o valor da autonomia individual (POST, 2011b, p. 628).

Aqui ele critica o balanceamento ao propor a sopesagem dos direitos de um contra aqueles de outro: o direito de alguém falar é contraposto com o direito de outra pessoa à uma reputação ilibada, ou o direito estatal de preservar sua segurança nacional, ou o direito de alguém estar livre de assédio sexual, entre outros. Para Post a liberdade de expressão protegida pela Primeira Emenda não acomoda esse tipo de balanceamento. (POST, 1995, p. 1279).

Isso porque, Post defende que as cortes decidem casos de liberdade de expressão autorizando práticas sociais particulares. Para esse propósito, direitos não podem ser vistos como anexos particulares de pessoas ou entidades, mas como instrumentos pela qual a lei localiza, define e sustenta práticas sociais desejáveis. Como exemplo, ele menciona que a definição judicial do direito de um cidadão de criticar o governo dependerá se o/a juiz/a reconhece no espaço social da expressão a prática da democracia ou as estruturas sociais de organização. Isso, entretanto, não seria uma questão de se chegar a um equilíbrio entre os direitos do cidadão e aqueles da organização estatal. Consistiria, na realidade, em uma Corte decidindo qual tipo de prática social deve ser protegida nas circunstâncias daquela expressão (POST, 1995, pp. 1279-1280). Ou seja, a importância dos valores jurídicos está atrelada às práticas sociais, devendo as Cortes analisar tais questões considerando as dimensões materiais e sociais dos valores constitucionais.

Mais do que balancear ou harmonizar interesses rivais, as decisões judiciais refletem algum princípio às custas de outro, autorizando, assim, uma prática ou outra. Nessas circunstâncias, as decisões judiciais podem ser melhor conceitualizadas como desenhando um limite entre práticas sociais distintas (POST, 1995, p. 1280).

Pois bem, a democracia participatória como uma teoria da liberdade de expressão significa, para Robert Post, interpretar a Primeira Emenda da Constituição estadunidense não apenas como normativamente superior, mas pelo compromisso histórico que ela significa. A narrativa histórica

mostra como a opinião pública é algo em constante criação e nunca terminado. A opinião pública robusta não se confunde com o eleitorado, na medida em que as eleições são apenas mecanismos intermitentes de consulta a essa opinião pública. Para Weinstein, significa, ainda, uma boa forma de descrever e explicar as decisões judiciais e estabelecer um marco normativo.

Para ambos os autores, não se pode prescindir da ligação estreita que há entre o exercício da liberdade de expressão e a participação democrática. A expressão não possui importância constitucional por si só: ela adquire valor constitucional uma vez que representa uma prática social, historicamente construída e reconstruída com base nos princípios compartilhados pela comunidade.

Notas

¹ Professora Titular de direito constitucional do departamento de direito público da Faculdade de Direito da UFPR (programas de graduação e pós-graduação). Possui graduação em Direito pela UFPR(1987), mestrado em direito pela UFSC (1993), mestrado em filosofia pela New School for Social Research (2000) e doutorado em filosofia pela New School for Social Research (2004). É pesquisadora PQ2 do CNPq e do Centro de Estudos da Constituição, CCONS/PPGD/UFPR. É coordenadora do Núcleo Constitucionalismo e Democracia do CCONS/PPGD/UFPR. Foi editora da Revista da Faculdade de Direito da UFPR (2008-2013), vice-diretora da Faculdade de Direito da UFPR (2008-2015) e diretora da Faculdade de Direito da UFPR para o quadriênio 2016-2020. Foi pesquisadora visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Yale, New Haven, EUA (2015-2016), com bolsa CAPES. Foi professora visitante na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Portugal (2010), com bolsa projeto Erasmus e foi pesquisadora visitante no Menschen Rechts Zentrum da Universidade de Potsdam, Alemanha (2007), com bolsa CAPES/DAAD. Integra a Rede Brasileira de Direito e Literatura (RBDL). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFPR para o biênio 2022-2024.

² Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2016). Bolsista CAPES/PROEX. Membro do Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia. Desenvolve pesquisa nas áreas de Filosofia do Direito, Teoria do Direito e Argumentação Jurídica.

³ Durante o trabalho, optou-se por utilizar o termo "participatory theory" para se referir à teoria de Post e Weinstein. O termo vem dos títulos dos artigos escritos pelos autores: "Participatory democracy as theory of free speech" (POST, 2011a) e "Participatory democracy as the central value of american free speech doctrine" (WEINSTEIN, 2011a).

4 *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). O caso trata sobre declarações feitas por Clarence Brandenburg, membro da Ku Klux Klan. A decisão da Suprema Corte declarou que a Primeira Emenda protege expressões inflamatórias, exceto caso elas se mostrem como intencionalmente desejando incitar ação ilegal iminente e provável. Esses critérios passaram a ser conhecidos como o *Brandenburg test*.

5 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). O caso decidiu que jornais não poderiam ser processados por agentes públicos exceto caso se conseguisse provar má fé na divulgação de informações inverídicas.

⁶ "The first major theorist systematically to advance a democratic interpretation of the First Amendment was alexander Meiklejoh." (POST, 2009, p. 181).

⁷ Tradução dos autores: "subordina direitos individuais de expressão a processos coletivos de deliberação pública" (POST, 1993, p. 1109).

⁸ "What is essential is not that everyone shall speak, but that everything worth saying shall be said." (MEIKLEJOHN, 1948, p. 25).

⁹ Tradução dos autores: "[...] desequilíbrio estrutural de poder que comumente afeta o domínio do discurso público controlado por grandes corporações midiáticas." (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 287-288).

¹⁰ Tradução dos autores: "A perspectiva de pesadelo de Michel Foucault demonstra claramente a verdadeira natureza de tal mundo. Estruturas de controle adquirem vida própria, viram e mordem a mão progressista que as estabelece. Se criarmos organizações de heteronomia, todos nós, mais cedo ou mais tarde, seremos condenados a habitá-las. Nós nos tornaremos os sujeitos de um poder que não é nosso." (POST, 1993, p. 1136).

¹¹ Apesar de não fazer citação expressa à Rawls, indiretamente Post refere-se a ele.

¹² Tradução dos autores: "[...] requer que interpretemos nossa história a luz de nossos melhores ideais simultaneamente reexaminando nossos ideais a luz da nossa história real." (POST, 2011a, p. 477).

¹³ *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43, 1977. A Suprema Corte Americana estabeleceu que o partido nazista estadunidense possuía liberdade para marchar na cidade de Skokie, lugar de residência de sobreviventes do Holocausto. Para um relato dramatizado dos fatos ocorridos, recomenda-se o filme de 1981 dirigido por Herbert Wise.

¹⁴ Tradução dos autores: "Podemos concordar, por exemplo, que a expressão dentro das universidades serve ao valor da busca da verdade porque estabelece um mercado efetivo de ideias, e podemos interpretar a doutrina da liberdade acadêmica como planejada para reconhecer e proteger esse valor. Mas é igualmente plausível, e nem um pouco inconsistente, concluir que esse valor não

é muito importante em relação a certos tipos de expressão entre médicos e seus pacientes, porque os pacientes dependem e devem ser capazes de confiar nos conselhos de seus médicos. Podemos interpretar nossa prática de sujeitar os médicos à responsabilidade por negligência por apresentarem falsas opiniões como evidência dessa conclusão. Ou, para escolher outro exemplo, podemos concordar que as declarações sobre questões de interesse público servem ao valor da autodeterminação democrática, e podemos interpretar que a imunidade da Primeira Emenda permitiu que essas declarações de muitas formas de responsabilidade do common law refletissem a importância que atribuímos para este valor. Mas também é plausível, e nem um pouco inconsistente, concluir que o valor da autogovernança democrática não é particularmente importante em relação a muitas formas de expressão sobre questões de interesse meramente privado, e podemos interpretar a contínua regulação de tal expressão pelo Direito Civil da common law como refletindo esta conclusão" (POST, 1995, p. 1271-1272).

¹⁵ Tradução dos autores: "Eu coloco uma ênfase um tanto maior no conteúdo do discurso (isto é, se é ou não sobre uma questão de interesse público), enquanto Post se concentra mais em seu contexto (isto é, se a expressão ocorre ou não em um cenário essencial ao autogoverno democrático)" (WEINSTEIN, 2011a, p. 493).

¹⁶ *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443, 2011. O caso teve início após manifestação organizada pela Westboro Baptist Church durante o funeral do filho de Matthew Snyder, o qual foi morto durante a guerra do Iraque. A Corte decidiu a favor da igreja, por oito votos à um, determinando que sua expressão era relacionada a assuntos públicos e, portanto, totalmente protegida. O incidente não foi um caso isolado, com a mesma igreja protestando em outros funerais contra o que considerava uma tolerância à homossexualidade nos Estados Unidos. Os cartazes dos membros da igreja carregavam frases como "Thank God for dead soldiers" e "God hates you".

¹⁷ *Citizens United v. Federal Election Commission* (558 U.S. 310, 2010) trata sobre a constitucionalidade do §441b do *Bipartisan Campaign Reform Act* (BCRA) de 2002. O dispositivo proibia gastos independentes por corporações para expressões definidas como comunicações eleitorais e para manifestações defendendo a vitória ou derrota de um candidato. *Comunicações eleitorais* foram definidas como comunicações veiculadas por cabo ou satélite que se referem a um candidato identificado, o qual concorre a cargo federal e que são realizadas entre 30 dias de uma primária ou 60 dias de uma eleição geral. Dessa forma, o caso *Citizens United* não trata de contribuições diretas por corporações, proibidas desde o início do século anterior, mas de gastos independentes. O grupo que ingressou com a ação na Suprema Corte, chamado *Citizens United*, é organização sem fins lucrativos com orçamento composto majoritariamente por doações individuais e minoritariamente por doações advindas de corporações comerciais. Após ser proibida de divulgar filme com foco negativo na senadora Hillary Clinton, candidata nas primárias democráticas para a eleição presidencial de 2008, a organização defendeu que o filme e sua publicidade eram permitidas pela Primeira Emenda da Constituição estadunidense, sendo o §441b do *Bipartisan Campaign Reform Act* (BCRA) inconstitucional visto que proibia gastos independentes criticando um

candidato. A Suprema Corte, por 5 votos à 4, decidiu que o gasto financeiro nesse caso equivaleria à expressão política, estando inclusive corporações comerciais protegidas pelos direitos comunicativos dispostos na Primeira Emenda. Portanto, manifestações independentes, tais como uma corporação realizando propagandas televisivas a favor de um candidato, não poderiam sofrer limitações desde que não coordenadas com um candidato político. A consequência foi o aumento radical da influência do dinheiro nas eleições americanas. Para mais sobre o caso e suas implicações para a política estadunidense, conferir LEE, C.; FERGUSON, B.; EARLEY, D. 2014.

¹⁸ Tradução dos autores: "A grande maioria das comunicações na sociedade hoje é regulada sem interferência constitucional; eles estão fora do escopo da Primeira Emenda. Portanto, parece-me que a tarefa essencial da Primeira Emenda é explicar por que a imunidade constitucional é estendida apenas a algumas formas de comunicação. Como a teoria da autonomia postula um valor que qualquer falante pode quase sempre alegar ser satisfatório, a autonomia não me parece ser um princípio que possa ser utilmente empregado para essa tarefa" (POST, 2011b, p. 626).

¹⁹ Tradução dos autores: "1. Uma quiromante vende seus serviços a um cliente por uma taxa e é punido por uma lei que proíbe a prática fraudulenta de adivinhação do futuro. 2. Uma quiromante escreve um livro sobre quiromancia para o público em geral. Um membro do público processa e a quiromante alega com sucesso a Primeira Emenda como defesa. 3. Um advogado aconselha um cliente a não pagar impostos que são devidos e é sancionado por negligência profissional. 4. Em um programa de televisão, um advogado defende a retenção de impostos porque o governo é ilegítimo. Ele é processado por negligência por um espectador que segue seu conselho. O advogado alega com sucesso a Primeira Emenda em sua defesa. 5. Bill acredita que seu amigo, Dan, é um ladrão e diz a seus amigos em comum; Dan processa com sucesso por difamação. 6. Bill acredita que seu amigo Dan é um ladrão e diz a seus amigos em comum. Dan é um congressista e Bill alega com sucesso a Primeira Emenda em defesa do processo por difamação movido por Dan." (POST, 2011b, pp. 627-628).

Referências Bibliográficas

BAKER, Edwin C. Is democracy a sound basis for a free speech principle? *Virginia Law Review*, v. 97, n. 3, p. 515-529, maio 2011. Disponível em: <<http://www.virginialawreview.org/volumes/content/democracy-sound-basis-free-speech-principle>>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BAKER, Edwin. Autonomy and free speech. *Constitutional Commentary*, v. 27, p. 251-282, outubro 2011. Disponível em: <<https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/163434/2-Baker->

272-AutonomyAndFreeSpeech3.pdf;sequence=1>. Acesso em: 05 jan. 2022.

BAKER, Edwin. Steve Shiffrin: friend and scholar. *Loyola Law Review*, v. 41, p. 49-51, set. 2007. Disponível em: <<https://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2596&context=llr>>. Acesso em: 05 jan. 2022.

BLASI, Vincent. Democratic Participation and the Freedom of Speech: A Response to Post and Weinstein. *Virginia Law Review*, v. 97, n. 3, p. 531-540, 2011. Disponível em: <<http://www.virginialawreview.org/volumes/content/democratic-participation-and-freedom-speech-response-post-and-weinstein>>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRENNAN, William J. The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment. *Harvard Law Review*, v. 79, n. 1, p. 1-20, nov. 1965.

FISS, Owen M., Free Speech and Social Structure. *Iowa Law Review*, p. 1405-1425, 1986. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1210>. Acesso em: 19 nov. 2022.

FISS, Owen. *The irony of free speech*. Harvard University Press, 1998.

JARYMOWICZ, Thomas. Robert Post's theory of freedom of speech: A critique of the reductive conception of political liberty. *Philosophy & Social Criticism*, v. 40, n.1, p. 107-123, jan. 2014.

LEE, C.; FERGUSON, B.; EARLEY, D. *After Citizens United: the story in the states*. New York: Brennan Center, 2014. Disponível em: <<https://www.brennancenter.org/publication/after-citizens-united-story-states>>. Acesso em: 07 jan. 2022.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Liberdade de expressão: que lições devemos aprender da experiência americana? *Revista Direito GV*, v. 13, n. 1, p. 274-302, mai. 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68919>>. Acesso em: 07 Jul. 2021.

MEIKLEJOHN, Alexander. *Free Speech and Its Relation to Self-Government*. New York: Harper Brothers Publishers, 1948.

MEIKLEJOHN, Alexander. The first amendment is an absolute. *The Supreme Court Review*, v. 1961, p. 245-266, 1961. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3108719?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 05 jan. 2022.

POST, Robert. Participatory Democracy as a Theory of Free Speech: a reply. *Virginia Law Review*, v. 97, n. 3, p. 617-632, maio 2011. Disponível em: <<http://www.virginialawreview.org/volumes/content/participatory-democracy-theory-free-speech-reply>>. Acesso em: 19 nov. 2022.

POST, Robert. Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics. *California Law Review*, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, agosto 2010. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1079&context=californialawreview>>. Acesso em: 05 jan. 2022.

POST, Robert. A progressive perspective on freedom of speech. In: BALKIN, Jack M; SIEGEL, Reva B. *The Constitution in 2020*. New York: Oxford University Press, 2009.

POST, Robert C. Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse. *University of Colorado Law Review*, p. 1109-1137, 1993. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/203/>. Acesso em: 19 nov. 2022.

POST, Robert. et al. *Citizens Divided*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014

POST, Robert. The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*. *Harvard Law Review*, v. 103, n. 3, jan. 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/210/>. Acesso em: 05 jan. 2022.

POST, Robert. Racist Speech, Democracy, and the First Amendment. *William and Mary Law Review*, v. 32, n. 2, jan. 1991, p. 267-327. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1207&context=fss_papers>. Acesso em: 05 jan. 2022.

POST, Robert. Managing Deliberation: The Quandary of Democratic Dialogue. *Ethics*, v. 103, jul. 1993, p. 654-678. Disponível em:

<https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/204/>. Acesso em: 05 jan. 2022.

POST, Robert. Recuperating First Amendment Doctrine. *Stanford Law Review*, v. 47, jul. 1995, p. 1249-1281. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/200/>. Acesso em: 05 jan. 2022.

POST, Robert. Community and the First Amendment. *Arizona State Law Journal*, v. 29, jan.1997, p. 473-484. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/196/>. Acesso em: 05 jan. 2022.

POST, Robert. Hate Speech. In: HARE, Ivan; WEINSTEN, James. *Extreme Speech and Democracy*. Oxford Scholarship Online, 2009. Disponível em: <<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199548781.001.0001/acprof-9780199548781>>. Acesso em: 05 jan. 2022.

POST, Robert. Teorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship between Law and Politics. *California Law Review*, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, agosto 2010. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4644/>. Acesso em: 05 jan. 2022.

PONTES, André Luiz Marcondes. Dworkin, Rawls e o método do equilíbrio reflexivo. In JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo. *Teoria do Direito Contemporânea: autores e temas*. Curitiba: Juruá, 2022.

SHIFFRIN, Seana Valentine. Methodology in free speech theory. *Virginia Law Review*, v. 97, n. 3, p. 549-558, maio 2011.

SHIFFRIN, Seana V. A Thinker-Based Approach to Freedom of Speech. *Constitutional Commentary*, v. 27, n. 2, p. 283-307, 2011. Disponível em: <<https://philpapers.org/rec/SHIATA>>. Acesso em: 05 jan. 2022.

SHIFFRIN, Steven. Dissent, Democratic Participation, and First Amendment Methodology. *Virginia Law Review*, v. 97, n. 3, p. 559-565, maio 2011. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41261522?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 05 jan. 2022.

SCANLON, T. M. Why not base free speech on autonomy or democracy? *Virginia Law Review*, v. 97, n. 3, p. 541-548, maio 2011a. Disponível em:

<<http://www.virginialawreview.org/volumes/content/why-not-base-free-speech-autonomy-or-democracy>>. Acesso em: 19 nov. 2022.

SCANLON, T. M. Comment on Bakers Autonomy and Free Speech. *Constitutional Commentary*, v. 27, p. 319-325, out. 2011b. Disponível em: <<https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2080&context=concomm>>. Acesso em: 05 jan. 2022.

SCHAUER, Frederick. Must Speech Be Special? *Northwestern University Law Review*, v. 79, n. 5, 1983. Disponível em: <<https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/878>>. Acesso em: 07 Jul. 2022.

VOLOKH, Eugene. The trouble with public discourse as a limitation on free speech rights. *Virginia Law Review*. v. 97, n. 3, p. 567- 594, abril 2011. Disponível em: <<http://virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/567.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2022.

VOLOKH, Eugene. In defense of the Marketplace of Ideas / Search for Truth as a Theory of Free Speech protection. *Virginia Law Review*. v. 97, n. 3, p. 595-602, abril 2011. Disponível em: <<http://virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/567.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2022.

WEINSTEIN, James. Participatory democracy as the central value of American free speech doctrine. *Virginia Law Review*, v. 97, n. 3, p. 491-514, 2011. Disponível em: <https://web.law.asu.edu/Portals/31/Weinstein_UVA_May_2011.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2022.

WEINSTEIN, James. Participatory democracy as the central value of American free speech doctrine: a reply. *Virginia Law Review*, v. 97, n. 3, p. 633-680, 2011. Disponível em: <http://www.virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/633_0.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2022

WEINSTEIN, James. Seana Shiffrin's Thinker-Based Theory of Free Speech: Elegant and Insightful, But Will It Work in Practice? *Constitutional Commentary*, v. 27, p. 385-397, out. 2011. Disponível em: <<https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1467&context=concomm>>. Acesso em: 05 jan. 2022.

WEINSTEIN, James. Hate Speech Bans, Democracy and Political Legitimacy. *Constitutional Commentary*, v. 32, n. 3 p. 527-583, outono 2017.

Disponível em: <<https://conservancy.umn.edu/handle/11299/191522>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

WEINSTEIN, James. Formal equality, formal autonomy, and political legitimacy: a Response to Ed Baker. *West Virginia Law Review*, v. 115, n. 3 p. 29-38, out 2012. Disponível em: <<https://wvlawreview.wvu.edu/files/d/b3d759aa-d6ca-4931-9a78-8fe2b5ac86b6/weinstein.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

WILLIAMS, Susan H. Democracy Freedom of Speech and Feminist Theory. A Response to Post and Weinstein. *Virginia Law Review*, v. 97, p. 603-616, 2011. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1322/>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

Received/Recebido: 13/07/2023
Approved/Aprovado: 02/11/2023