



JOHANN MEERBAUM

**As Metodologias Decisórias da Liberdade de Discurso:
Um Estudo sobre a Relação entre Forma e Substância
na Jurisdição Constitucional da Primeira Emenda**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientador: Prof. Noel Struchiner

Rio de Janeiro

Julho de 2020



JOHANN MEERBAUM

**As Metodologias Decisórias da Liberdade de Discurso:
Um Estudo sobre a Relação entre Forma e Substância
na Jurisdição Constitucional da Primeira Emenda**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós graduação em Direito do Departamento de Direito do Centro de Ciências Sociais da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Noel Struchiner

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Fábio Carvalho Leite

Departamento de Direito – PUC-Rio

Fernando Angelo Ribeiro Leal

Departamento de Direito – FGV-DireitoRio

Rio de Janeiro, 27 de julho de 2020

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

JOHANN MEERBAUM

Graduado em Direito pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV-DireitoRio), em 2017. Candidato ao título de Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

Ficha Catalográfica

Meerbaum, Johann

As Metodologias Decisórias da Liberdade de Discurso: Um Estudo sobre a Relação entre Forma e Substância na Jurisdição Constitucional da Primeira Emenda /Johann Meerbaum ; orientador: Noel Struchiner. – 2020.

232 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)—Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2020.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Primeira Emenda. 3. Raciocínio Jurídico Formal. 4. Raciocínio Jurídico Substantivo. 5. Absolutismo. 6. Balanceamento. 7. Categorização. 8. Instrumentalização do Formalismo Jurídico. I. Struchiner, Noel. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Resumo

Meerbaum, Johann; Struchiner, Noel. **As Metodologias Decisórias da Liberdade de Discurso: Um Estudo sobre a Relação entre Forma e Substância na Jurisdição Constitucional da Primeira Emenda**. Rio de Janeiro, 2020, 235 p. Dissertação de Mestrado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Este é um trabalho sobre a natureza das razões as quais a Suprema Corte dos Estados Unidos recorre para resolver casos envolvendo a liberdade de discurso. Considero que sejam dois os tipos de razões que orientam o processo decisório da Primeira Emenda: as formais e as substantivas. As razões substantivas são aquelas que o direito compartilha com outros domínios da ação social humana, como a moral, a economia e a política. As formais, por sua vez, são razões jurídicas autoritativas - no sentido de derivarem de uma norma jurídica válida (Constituição, leis, regulamentos, precedentes, contratos, e outros documentos normativos afins) – e compulsórias (ou excludentes), pois geralmente excluem do horizonte do raciocínio decisório razões substantivas concorrentes. O meu objetivo nesta dissertação é descrever a maneira pela qual o raciocínio jurídico formal e o raciocínio jurídico substantivo foram em certa medida conciliados no âmago da prática decisória da Suprema Corte norte-americana. Para tanto, esforço-me em apresentar, comentar e comparar entre si alguns dos mais emblemáticos julgamentos levados a cabo pela Corte ao longo de mais de um século de jurisdição constitucional da Primeira Emenda. Procuro mostrar também que os métodos adjudicatórios por ela desenvolvidos podem ser classificados de acordo com a importância que cada um deles atribui às razões formais (ou, por outro lado, às razões substanciais) da liberdade de discurso. Por exemplo: o conflito entre “balanceamento” e as metodologias pertencentes a “tradição definicional” (e.g., absolutismo, categorização) nada mais representa senão uma instância particular do conflito mais geral entre forma e substância no pensamento jurídico norte-americano. Mas se até meados da década de 1960 a discussão sobre métodos decisórios da liberdade de discurso era completamente dominada pela oposição entre balanceamento e absolutismo, aos poucos a Suprema Corte dos Estados Unidos, em companhia com grandes nomes do pensamento jurídico daquele país, foi abrindo seus olhos para a existência de pontos médios entre aqueles dois extremos. O resultado disto foi a criação de novas teorias normativas da decisão (e.g., o balanceamento definicional), bem como de uma série de testes, fórmulas, parâmetros e presunções, tornando assim possível que elementos formais e substantivos do raciocínio

jurídico da Primeira Emenda passassem a conviver no domínio das mesmas metodologias decisórias. Para além do meu esforço em reconstruir racionalmente as transformações pelas quais passaram as abordagens metodológicas da Suprema Corte ao longo das últimas décadas, me proponho também a dotá-las de algum sentido. Interpreto que a preocupação que a Corte historicamente tem demonstrado com a estabilização de seus procedimentos decisórios, bem como com a previsibilidade de seus julgamentos, guarda íntima relação com a crença de que as justificativas subjacentes à Primeira Emenda (e.g., maior controle do governo pelo povo; busca pela verdade e autoexpressão artística e intelectual) são mais eficazmente promovidas mediante a adoção de uma abordagem decisória que priorize o alcance de melhores resultados em um nível global em detrimento daquilo que muitas vezes parece ser o melhor resultado para o caso mais imediato.

Palavras-chave

Primeira Emenda, Raciocínio Jurídico Formal, Raciocínio Jurídico Substantivo; Absolutismo; Balanceamento; Categorização; Instrumentalização do Formalismo Jurídico.

Abstract

Meerbaum, Johann; Struchiner, Noel (Advisor). **The Decision-Making Methodologies of the Freedom of Speech: A Study about the Relationship between Form and Substance in the First Amendment's Doctrines.** Rio de Janeiro, 2020, 235p. Dissertação de Mestrado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This is a paper about the nature of the reasons that the United States Supreme Court uses to resolve cases involving freedom of speech. I believe that there are two types of reasons that guide the First Amendment decision-making process: formal and substantive. Substantive reasons are those that law shares with other domains of human social action, such as morality, economics and politics. Formal reasons, in turn, are authoritative legal reasons - in the sense that they derive from a valid legal norm (Constitution, laws, regulations, precedents, contracts, and other related normative documents) - and compulsory (or exclusionary), because they generally exclude competing substantive reasons from the horizon of decisional reasoning. My aim in this dissertation is to describe the way in which formal legal reasoning and substantive legal reasoning have to some extent been reconciled at the heart of the decision-making practice of the US Supreme Court. To this end, I endeavor to present, comment on and compare with each other some of the most emblematic judgments carried out by the Court over more than a century of First Amendment constitutional jurisdiction. I also try to show that the adjudicatory methods she has developed can be classified according to the importance each of them attaches to the formal reasons (or, on the other hand, the substantial reasons) for freedom of discourse. For example: the conflict between "balancing" and the methodologies belonging to the "definitional tradition" (e.g., absolutism, categorization) represents nothing more than a particular instance of the more general conflict between form and substance in American legal thought. But while until the mid-1960s the discussion about methods of deciding freedom of speech was completely dominated by the opposition between balancing and absolutism, little by little the United States Supreme Court, in company with the great names of legal thought in that country, opened its eyes to the existence of middle points between those two extremes. The result was the creation of new normative theories of decision (e.g., definitional balancing), as well as a series of tests, formulas, parameters and presumptions, thus making it possible for formal and substantive elements of First Amendment legal reasoning to coexist in the realm of the same decision-making methodologies. Beyond my effort to rationally reconstruct the

transformations that the Supreme Court's methodological approaches have undergone over the last few decades, I also propose to give them some meaning. I argue that the Court's historical concern with the stabilization of its decision-making procedures, as well as with the predictability of its judgments, is closely related to the belief that the justifications underlying the First Amendment (e.g., greater control of government by the people; the search for truth; and artistic and intellectual self-expression) are most effectively promoted by adopting a decision-making approach that prioritizes the achievement of better outcomes on a global level over what often appears to be the best outcome for the most immediate case.

Keywords

First Amendment, Formal Legal Reasoning; Substantive Legal Reasoning; Absolutism, Balancing, Categorization, Instrumentalization of Legal Formalism.

Sumário

1.	Introdução:	11
2.	Considerações Iniciais:	18
2.1.	Raciocínio jurídico formal e substantivo.....	19
2.1.1.	Introdução:	19
2.1.2.	Dois tipos de razões substantivas:.....	20
2.1.3.	Razões Formais:	22
2.2.	As justificativas subjacentes à Primeira Emenda:.....	25
2.2.1.	Introdução:	25
2.2.2.	As razões (ou justificativas) substantivas da Primeira Emenda:	27
2.2.3.	Organização das razões substantivas:	29
2.3.	Relação entre forma e substância na prática decisória da Primeira Emenda: 33	
2.3.1.	Introdução:	33
2.3.2.	Balanceamento v. Definição:	37
2.3.3.	Convivência entre forma e substância em estratégias decisórias da Primeira Emenda.	41
2.3.4.	A instrumentalização do formalismo na Primeira Emenda:.....	50
3.	Posições absolutistas:	54
3.1.	O Absolutismo radical:	54
3.1.1.	Introdução:	54
3.1.2.	Justices Black e Douglas: absolutistas radicais?	55
3.1.3.	Objeção empírica ao absolutismo radical:	59
3.1.4.	Os limites da linguagem ordinária e os contraexemplos irresistíveis: 63	
3.2.	O Absolutismo moderado (ou definicional).	66
3.2.1.	Introdução:	66
3.2.2.	Meiklejohn: a Primeira Emenda e o espírito republicano.	67
3.2.3.	Thomas Emerson: ação e expressão.	70
3.2.4.	Aplicações na Suprema Corte:	73
3.3.	Conclusão: forma e substância nas posições absolutistas.	77
4.	Balanceamento:	84

4.1.	Desenvolvimento do “raciocínio do balanceamento” na prática decisória da Primeira Emenda.	84
4.1.1.	As raízes do balanceamento: “clear and present danger” e “time, place and manner”.....	84
4.1.2.	O balanceamento “vem à tona”: a liberdade de discurso em tempos de “ameaça vermelha”.	88
4.1.3.	O Balanceamento Definicional de Laurent B. Frantz e Melville Nimmer.	104
4.2.	Conclusão: forma e substância no balanceamento decisório:	111
5.	Categorização:	121
5.1.	Evolução da técnica da categorização:.....	121
5.1.1.	Discursos invisíveis à Constituição: <i>Chaplinsky</i> e a Teoria dos Dois Níveis:	121
5.1.2.	Complexificação Definicional: discursos obscenos e combativos: ..	124
5.1.3.	Desenvolvimento no interior das categorias: Discursos difamatórios, comerciais e subversivos:	133
5.1.4.	Os últimos refúgios de <i>Chaplinsky</i> : pornografia infantil e “ameaças reais”:	141
5.2.	Forma e Substância na categorização: Frederick Schauer e a Categorização em três atos:.....	144
5.2.1.	Primeiro ato: delineamento da cobertura protetiva:	147
5.2.2.	Segundo ato: criação de subcategorias:	152
5.2.3.	Terceiro ato: criação e aplicação de regras, entre o previsível e o flexível:	157
6.	Crítérios Gerais e Complementares:	164
6.1.	Crítério Geral: Restrições de Conteúdo e Restrições Neutras.	164
6.1.1.	Introdução:	164
6.1.2.	Restrições de conteúdo:	167
6.1.3.	Restrições neutras:	172
6.2.	Bifurcação das restrições ao conteúdo: restrições de matérias e restrições de pontos de vista.....	178
6.2.1.	Introdução	178
6.2.2.	Restrições a matéria: neutralidade ou distorção?	180
6.3.	Crítérios Complementares.	188
6.3.1.	Introdução:	188
6.3.2.	Prior Restraints, overbreadth e vagueness.	190
6.3.3.	A doutrina do fórum público e outras circunstâncias especiais:.....	196
6.4.	Forma e substância nos critérios gerais e complementares:	203

7.	Conclusão:	214
8.	Bibliografia:	224

1. Introdução:

I. Pressupostos Teóricos:

Argumentar é a atividade de produzir argumentos a favor ou contra alguma coisa¹. Quando produzo argumentos estou na realidade apresentando *razões*, seja em defesa de conclusões *teóricas*, seja em defesa de conclusões *práticas*². No primeiro caso, as minhas proposições (conclusões) têm a função de *especular* sobre o mundo ao meu redor, *descrevendo* as coisas tal como elas foram no passado, são no presente ou serão no futuro³; no segundo caso, o que elas fazem é exercer uma pressão sobre o mundo, prescrevendo como as coisas *devem ser*, ontem, hoje ou amanhã⁴.

O raciocínio jurídico corresponde a uma espécie de *raciocínio prático* porque procura responder a questões concretas sobre o que os indivíduos devem ou não fazer⁵. Em linhas gerais, no âmbito do processo decisório da Primeira Emenda, o que os membros da Suprema Corte fazem é responder se determinados indivíduos devem ou não ser proibidos de se engajarem em certas atividades discursivas, ou então, se eles devem ou não ser punidos pelo fato de assim o terem feito. Para tanto, os tomadores de decisão podem recorrer a dois tipos de raciocínio: o *raciocínio prático substantivo* e o *raciocínio prático formal* (ou institucional).

“Argumentar institucionalmente”, revelam-nos Noel Struchiner e Fábio Shecaira, “é apelar para regras e procedimentos estabelecidos com o objetivo de justificar conclusões práticas *publicamente*”⁶. Assim, o raciocínio prático institucional é aquele que aduz *razões formais* (como leis e precedentes judiciais) para dizer como determinada questão jurídica deve ser solucionada⁷. Em contrapartida, a argumentação prática substantiva “apela livremente a razões de natureza moral, política, econômica, social

¹ MacCormick, Neil. *Argumentation and Interpretation in Law. Ratio Juris*, 6, 1993. P. 467.

² Shecaira, Fábio P. e Struchiner, Noel. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016. P.11. Conferir também: Peczenik, Aleksander, *On Law and Reason*, Springer: Law and Philosophy Library, Volume 8 (2008). P. 33. O autor salienta que proposições teóricas podem de duas naturezas, a depender da maneira como se avalia o seu *valor de verdade*: assim, a verdade ou falsidade de *proposições teóricas empíricas* dependem dos fatos da realidade concreta/empírica, ao passo que a verdade de *proposições teóricas analíticas* se encontra ligada somente aos próprios termos que as constituem.

³ Ibidem. P. 29.

⁴ Ibidem.

⁵ Cf. Alexy, Robert. *Theory of Legal Argumentation*. Oxford: Clarendon Press. 1989. P. 5-10, 212-20. MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 2ªed. 1994. P. 272-74.

⁶ Shecaira, Fábio P. e Struchiner, Noel (2016). *Op. Cit.* P. 41.

⁷ Ibidem. P. 50.

etc.”, isto é, a razões que “não fazem referência aos modos institucionais de existência do Direito”⁸.

Há uma série de vantagens sistêmicas atreladas à adoção de uma postura decisória mais formal, dentre elas: segurança jurídica e separação dos poderes; previsibilidade e estabilidade decisória; garantia de não arbitrariedade dos julgamentos e eficiência em termos de tempo e custos decisórios⁹. Contudo, ainda que se reconheça os benefícios ligados ao *caminho argumentativo institucional*, é preciso saber em que medida o seu uso é mesmo factível quando nos deparamos com textos (constitucionais) que - em função da vagueza de seus termos e de seu conteúdo moralmente carregado¹⁰ - parecem convidar magistrados a um “tipo mais aberto, mais livre, mais substantivo de interpretação”¹¹.

Em casos difíceis, como quando o texto normativo oferece pouca ou nenhuma resposta de como determinada disputa deve ser resolvida, H.L.A Hart sugere que o tomador de decisão nada possa fazer senão agir tal como se fosse um legislador¹², recorrendo, portanto, a uma vasta gama de *considerações substantivas* com o intuito de definir como indeterminações textuais podem se tornar mais precisas para o deslinde da disputa em questão¹³. Alternativamente, projetos metodológicos pós-positivistas - vide aqueles de Robert Alexy e Neil MacCormick -, descontentes talvez com a “resignação hartiana” perante casos difíceis, se esforçaram acima de tudo em desenvolver “critérios metodológicos gerais capazes de orientar o aplicador na tarefa de justificar racionalmente suas valorações”¹⁴. Assim, Alexy confia aos instrumentos metodológicos que compõem a estrutura de sua regra da proporcionalidade a missão de conformar a margens argumentativas estáveis (e intersubjetivamente controláveis) a fundamentação jurídica

⁸ Ávila, Humberto. *Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico*. 2001. P. 4.

⁹ Cf. Schauer, Frederick. *Playing by the Rules: a philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press. 1991. P. 135-166.

¹⁰ Schauer, Frederick. *An Essay on Constitutional Language*. Faculty Publications. Paper 877 (1982). P. 827: “(...) a term in the Constitution is theory-laden (...) when it send us outside the legal domain. ‘Freedom of speech’ and ‘equal protection of the law’ are different from ‘habeas corpus’ or ‘Congress’, because they send us outside of the legal domain and into the moral or the political”.

¹¹ Shecaira, Fábio P. e Struchiner, Noel (2016). *Op. Cit.* P.93.

¹² Cf. Capítulo VII: O formalismo e o ceticismo em relação às normas em: Hart, H.L.A. *O Conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

¹³ Schauer, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts; London, England. 2009. P. 159.

¹⁴ Leal, Fernando. *Decidindo com Normas Vagas: Estado de Direito, Coerência e Pragmatismo por uma teoria da decisão argumentativa e institucionalmente adequada*. Rio de Janeiro: 2006. P. 39.

em casos envolvendo colisão entre princípios jurídicos¹⁵. Entretanto, o projeto metodológico de Alexy de institucionalização da razão no direito, a despeito de “organizar e facilitar a compreensão das considerações substantivas a que inevitavelmente se recorre [em caso de conflito entre valores constitucionais]”¹⁶, parece levar a uma *particularização endêmica* de processos jurídicos de tomada de decisão e, portanto, a uma erosão da textualidade do direito¹⁷.

Mas então cabe a pergunta: se não pela adoção do projeto de Alexy, como então garantir a realização das vantagens atreladas a posturas decisórias formalistas em ambientes jurisdicionais complexos? Ou ainda: seria a “tese institucional” de Struchiner e Shecaira – tese segundo a qual “profissionais do direito argumentam de modo predominantemente institucional”¹⁸ – uma boa descrição do processo jurisdicional da Primeira Emenda? Acredito que o estudo do desenvolvimento metodológico da Suprema Corte dos Estados Unidos no âmbito da Primeira Emenda nos coloque num caminho promissor para a obtenção de respostas a tais questões. Portanto, nos capítulos que se seguem, busco atribuir sentido à jurisprudência da liberdade de discurso, de modo que alguma luz seja lançada sobre o papel que as razões formais e as razões substantivas têm na adjudicação constitucional da Primeira Emenda.

II. Problemas:

- É possível garantir a realização das vantagens atreladas ao raciocínio jurídico formal (e.g., segurança, certeza, previsibilidade) em situações em que as normas que orientam o processo decisório são vagas e moralmente carregadas? Se sim, como isso pode ser feito?
- Quais foram as estratégias adotadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos para que o processo jurisdicional da Primeira Emenda não caísse num particularismo decisório?
- Como o raciocínio jurídico formal e substantivo se relacionam na jurisprudência constitucional da liberdade de discurso?

¹⁵ Cf. Alexy, Robert (1989). Alexy, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v.253. Abril 2013. Alexy, Robert. On the Structure of Legal Principles. Ratio Juris. Vol. 13 Nº3. September 2000 (294-304).

¹⁶ Shecaira, Fábio P. e Struchiner, Noel (2016). Op. Cit. P.94

¹⁷ Cf. Schauer, Frederick. Balancing, Subsumption, and the constraining role of legal text. University of Virginia Law School: Public and Legal Theory Working Series. Paper 133. 2009

¹⁸ Shecaira, Fábio P. e Struchiner, Noel (2016). Op. Cit. P.37.

IV. Hipóteses:

- Preocupada com aspectos formais do direito, a Suprema Corte dos Estados vem ao longo das últimas décadas despendendo grandes esforços na suplementação da vagueza da Primeira Emenda por meio da adoção de rotinas, estratégias e padrões de comportamento relativamente estáveis.
- Por essa razão, houve aquilo que poderíamos chamar de uma “codificação da Primeira Emenda”: isto é, o desenvolvimento de um intrincado sistema de regras, subregras, standards, princípios gerais, testes e presunções; ou por outra, de um complexo conjunto de diretrizes normativas oriundo da própria prática decisória da Corte.
- Tais diretrizes normativas possuem graus de especificidade variados, de modo que algumas delas são formuladas a maneira de standards, ao passo que outras o são sob a forma de regras.
- É, portanto, em função dessa variação do grau de especificidade das diretrizes normativas da Primeira Emenda que o raciocínio jurídico formal e o raciocínio jurídico substantivo conseguem conviver no âmbito de uma mesma prática decisória.

V. Estrutura:

Para além de sua introdução, conclusão e bibliografia, este trabalho é organizado em seis capítulos. Cada capítulo surge como o local de apresentação de um ou mais “atores principais”, em geral membros da Suprema Corte dos Estados Unidos e/ou renomadas personalidades do pensamento jurídico norte-americano. Aqueles que marcam o ritmo do terceiro capítulo (3. Posições Absolutistas) são Thomas I. Emerson, Alexander Meiklejohn e Justices Black e Douglas; do quarto (4. Balanceamento) Laurent B. Frantz, Melville Nimmer, Jacobo Bomhoff e Justices Frankfurter e Harlan; do quinto (5. Categorização) Frederick Schauer e Daniel Farber; do sexto (6. Critérios Gerais e Complementares) Geoffrey R. Stone. Outros atores - estes coadjuvantes, por assim dizer – vão e vem livremente ao longo de todo o trabalho: Schauer aparece aqui e ali, do segundo ao último capítulo; Alexander Aleinikoff, William Van Alstyne, Kathleen Sullivan, John Hart Ely e Harry Kalven Jr, apesar de não terem subseções exclusivamente voltadas às suas teorias, contribuem imensamente para a melhor compreensão do que está realmente em jogo nas entrelinhas da trama metodológica da Primeira Emenda. O

segundo capítulo (2. Considerações Inicial), que faz as vezes de uma longa sinopse, é o momento em que Kent Greenawalt e a dupla Robert S. Summers e Patrick S. Atiyah têm algumas de suas ideias expostas, ideias estas que servem como firmamento teórico para o restante desta dissertação.

Gostaria que meu esforço neste trabalho fosse visto como um empreendimento predominantemente *descritivo*. O que faço ao longo das próximas páginas é descrever (e, portanto, interpretar) uma parcela das mais importantes decisões tomadas pela Suprema Corte no campo da liberdade de discurso no decorrer do último século, bem como alguns dos projetos teóricos-metodológicos que as acompanharam lado-a-lado. O que aqui existe de *normativo* é então apenas uma *descrição do normativo*. Isto é, uma *descrição* de como as personagens da nossa trama *desejavam* que fosse estruturado o ambiente decisório da Primeira Emenda: no caso dos protagonistas do terceiro capítulo, um local em que o recurso a razões substantivas se restringisse à etapa de circunscrição da cobertura da Primeira Emenda; quanto aos do quarto capítulo, um ambiente onde tomadores de decisão teriam escancarados os canais de acesso a *razões não-institucionais* para a resolução de casos concretos envolvendo a liberdade de discurso; já no que respeita às personagens do quinto e do sexto, o desejo pelo alcance de um ponto médio entre aqueles dois *lôcus decisórios extremos*, de modo a que as vantagens de uma abordagem formalista não fossem obtidas ao custo de uma *total* falta de flexibilidade decisória.

VI. Metodologia:

Nos rascunhos que fiz a este trabalho quis construir castelos no ar. Estudei com afincos importantes intelectuais da Primeira Emenda – acima de tudo Frederick Schauer – e, tão logo julguei tê-los compreendido, me dediquei a expor suas principais ideias, comparando-as e confrontando-as umas contra as outras. A despeito do valor residual daquelas minhas tentativas iniciais, os castelos teóricos desmoronavam insistentemente, um atrás do outro.

A tempo, pude perceber a razão dos meus primeiros tropeços: a prática decisória da Primeira Emenda, ou melhor, a atividade jurídica como um todo, é algo que se desenrola no mundo dos fatos, por pessoas de carne e osso, por juízes e ministros, legisladores e advogados, policiais e chefes do executivo; por isso, compreendi que a melhor (ou quiçá a única) maneira de fazer dar certo esta minha empreitada intelectual

seria descendo das nuvens e investigando em primeiro plano o que realmente acontecia dentro das quatro paredes da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Realizei então uma *pesquisa qualitativa* dos processos constitucionais em torno da Primeira Emenda no Supremo norte-americano, debruçando-me sobre aproximadamente 110 casos, que se estendem sobre o período de 1919 até 2017. Embora reconheça ser esta apenas uma pequena amostra da enorme jurisprudência produzida sobre o assunto no decorrer do último século, acredito que ela seja em certa medida representativa do conjunto mais extenso de casos.

Para selecionar tal amostra, me vali de alguns instrumentos: primeiro, voltei aos artigos que antes havia estudado, mas prestando agora especial atenção à jurisprudência mencionada nas notas de rodapé. É impressionante perceber como cada artigo escrito pelos “pesos pesados” do pensamento jurídico da Primeira Emenda nos Estados Unidos (e.g., Thomas I. Emerson, Meiklejohn, Schauer, Geoffrey R. Stone, Harry Kalven Jr, Daniel Farber) são em si mesmos riquíssimos inventários jurisprudenciais (ou *casebooks*, se preferir) sobre a liberdade de discurso. Conforme as citações iam surgindo, eu as anotava num caderno, organizando-as em categorias gerais como: “balanceamento”, “absolutismo”, “discurso obsceno”, “*content-based restrictions*”, etc. Em seguida, cada processo foi pesquisado (com base no seu código de citação) na ferramenta de busca do site da Biblioteca do Congresso (*Library of Congress*)¹⁹, sendo aqueles reputados como mais relevantes – geralmente em virtude de sua regular presença nos trabalhos daqueles que eu tinha como autoridades no assunto – lidos em sua inteireza, ao passo que os demais o foram apenas em seus respectivos sumários (*syllabus*), opiniões da Corte, e, em alguns casos, em seu votos dissidentes.

Outro instrumento por mim utilizado para delimitar o horizonte da minha pesquisa foi o site “*The First Amendment Encyclopedia*”²⁰, desenvolvido pelo *Free Speech Center* da *Middle Tennessee State University*. Na barra de pesquisa desse site é possível digitar um assunto geral, como por exemplo “obscenity”, e ser contemplado com uma vasta lista de casos sobre obscenidade na Suprema Corte. Cada item dessa lista é um *hiperlink* que encaminha o usuário para uma pequena descrição do julgamento em questão. Essa ferramenta, em conjunto com o site do *Oyez Project*²¹, desenvolvido pela *Cornell Law*

¹⁹ <https://www.loc.gov/>

²⁰ <https://www.mtsu.edu/first-amendment/>

²¹ <https://www.oyez.org/>

School e pela *Chicago-Kent College of Law*, me ajudaram bastante durante o meu processo de escrita, sobretudo por neles ter sido possível encontrar uma contextualização histórica do processo pesquisado, além de menções aos votos (dissidentes e concorrentes) que valiam a pena despendar uma leitura mais apurada.

O espelhamento bibliográfico, lógica que guiou o processo seletivo dos casos estudados, também norteou a escolha dos artigos sobre os quais me debrucei com maior afinco. Decerto, há escritos que são presenças constantes, “figurinhas carimbadas” nas notas de rodapé dos trabalhos que se produzem a respeito das metodologias decisórias da Primeira Emenda: para ficarmos com alguns exemplos, é o que ocorre com *Categories and the First Amendment*²², de Frederick Schauer; *Flag Desecration*²³, de John Hart Ely; e *Toward a General Theory of the First Amendment*, escrito por Thomas I. Emerson²⁴. Em companhia de outros mais, tais artigos formam todos eles o núcleo teórico desta dissertação; mas, além disso, eles também funcionaram como um chamariz de onde pude retirar o restante do material bibliográfico utilizado nas linhas que se seguem.

²² Schauer, Frederick. *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts. Faculty Publications. Paper 876* (1981).

²³ Ely, John Hart. *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in the First Amendment Analysis. Harvard Law Review*, Vol. 88 Nº7 (May 1975).

²⁴ Emerson, Thomas. *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 *YALE L.J.* 877 (1963).

2. Considerações Iniciais:

O presente capítulo sintetiza as principais discussões avançadas no decorrer de todo este trabalho. Em sua última subseção (Cf. 2.3.4. A instrumentalização do formalismo na Primeira Emenda), apresento os dois eixos fundamentais da minha dissertação, representados nas crenças de que (a) a principal diferença entre as mais relevantes teorias normativas de decisão adotadas pela Suprema Corte ao longo do último século consiste no modo pelo qual cada uma delas incorporou em suas próprias estruturas metodológicas preocupações com aspectos substantivos do direito; (b) o esforço da Suprema Corte na formulação de critérios estáveis (e intersubjetivamente controláveis) cumpre com a função (de segunda ordem) de fazer com que os valores substantivos associados à Primeira Emenda sejam, sob uma perspectiva global, mais eficazmente alcançados.

Antes de colocar as coisas nesses termos, contudo, vi-me compelido a esclarecer alguns pontos. Então, na seção 2.1., delinheiro brevemente as diferenças básicas entre o raciocínio jurídico orientado por razões substantivas e aquele guiado por razões formais. Na seção seguinte, em 2.2., a Primeira Emenda é descrita como um direito instrumental *vis-à-vis* suas justificativas subjacentes; tais justificativas, por sua vez, são classificadas em deontológicas ou teleológicas (a depender da justificativa, é claro). No mais, digo haver duas perspectivas distintas sobre o modo como se organizam as razões substantivas da Primeira Emenda, são elas: a que afirma haver tão somente um único valor (fundamental) subjacente à liberdade de discurso (teorias dedutivas); e outra para quem existe uma miríade de valores convivendo por detrás daquele direito (teorias ecléticas). A maneira como se dá a disposição entre as razões substantivas é importante na medida em que influencia o modo em que elas são acessadas num caso concreto.

Na seção 2.3.3, sem dúvida o cerne deste capítulo, defendo ser plenamente possível a convivência entre elementos formais e substancias no âmago de uma mesma estratégia decisória. A seção começa descrevendo o embate entre “balanceamento decisório” e “tradição definicional”, para, em seguida, concentrar suas atenções nos pontos médios entre aqueles dois extremos. Tais pontos médios correspondem justamente aos modelos decisórios (ou aos critérios gerais) adotados pela Suprema Corte com o intuito de conciliar os benefícios de posturas decisórias mais formalistas com aquelas posturas que se esforçam pela obtenção dos melhores resultados para o caso concreto.

2.1. Raciocínio jurídico formal e substantivo.

2.1.1. Introdução:

Antes de tudo, devo esclarecer aqui o que entendo por “raciocínio jurídico formal e substancial”. Muitas vezes a distinção entre forma e substância surge como uma maneira de identificar duas formulações teóricas alternativas sobre o *conceito de Estado de Direito* (*Rule of Law*)²⁵. Em termos bastante simplificados, uma concepção formal de Estado de Direito prioriza aspectos como: o procedimento pelo qual uma norma é promulgada (ou ainda, a discriminação das fontes legítimas para a criação do Direito); a clareza de sua formulação (isto é, se ela é clara o suficiente para guiar comportamentos); a dimensão temporal de sua formulação (ou seja, se ela é prospectiva, ou seja, se se orienta para o futuro). Pode-se ver, portanto, que as preocupações que estão no radar das concepções formais do direito não são aquelas que dizem respeito a qualidade (moral, econômica, social) das normas criadas num sistema jurídico, mas sim se estas estão de acordo com certos preceitos formais e procedimentais preestabelecidos²⁶. De outro lado, perspectivas substantivas, embora em sua maioria confirmem *algum grau* de importância à dimensão formal do direito, trazem para dentro do conceito de Estado de Direito considerações próprias às esferas da moral, da economia, da política, entre outras²⁷.

Sem dúvidas, a disputa em torno do conceito de Estado de Direito é um dos problemas centrais da filosofia do direito²⁸. Todavia, é para outra questão igualmente permanente na filosofia do direito²⁹ que eu volto aqui minhas atenções: qual seja, para o problema da *justificação de decisões judiciais*. No momento, pretendo apenas estabelecer

²⁵ E.g. Tamanaha, Brian Z. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge University Press (2009). P. 91: “(...) it is possible to lay out the alternative theoretical formulations of the rule of law in circulation today (...) know by theorists as ‘formal’ versions and ‘substantive’ versions”.

²⁶ Paul Craig. *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law*. Public Law 467, 467 (1997) *apud* Tamanaha, Brian Z. (2009). P. 91-92: “Formal conceptions of the rule of law do not however seek to pass judgment upon the actual content of the law itself. They are not concerned with whether the law was in that sense a good law or a bad law, provided that the formal precepts of the rule of law were themselves met”.

²⁷ Cf. Dworkin, Ronald. *Political Judges and the Rule of Law*. 64 *Proceedings of the British Academy* 259 (1978). P.262: “The rule of law on this conception [the ‘rights’ conception] is the ideal of rule an accurate public conception of individual rights. It does not distinguish, as the rule book conception does, between the rule of law and substantive justice; on the contrary it requires, as a part of the ideal of law, that the rules in the rule book capture and enforce moral rights”. (Os grifos são meus).

²⁸ Leal, Fernando. *Regulando a Incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação*. Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba, Vol. 3, n.3. (2016). P. 216.

²⁹ Devo evitar ao máximo entrar em discussões mais profundas sobre a relação (se necessária ou não) entre teorias sobre a natureza do direito e teorias normativas da decisão.

a distinção entre forma e substância, não mais como alternativas à noção de Estado de Direito, e sim como razões de natureza distintas para a tomada de decisão.

2.1.2. Dois tipos de razões substantivas:

Razões substantivas são aquelas que o direito compartilha com outros domínios, como com o da moral, da economia e da política³⁰; elas se subdividem em duas espécies, nomeadamente: razões substantivas voltadas para o alcance de um estado de coisas pretendido pelo direito (e.g., a promoção da segurança geral ou do bem-estar social; o fortalecimento da democracia, do espírito patriótico ou das relações familiares entre os membros da sociedade); ou, alternativamente, razões cuja *força justificatória* deriva do modo pelo qual a decisão adotada se harmoniza com uma norma moral de correção (*socio-moral norm of rightness*)³¹. As razões substantivas do primeiro tipo são teleológicas, ao passo que as do segundo são deontológicas³²³³.

As justificativas subjacentes à Primeira Emenda parecem ser o tipo de razão que o domínio do direito compartilha com outros domínios; por exemplo: “autorrealização individual” é um princípio capaz de justificar tanto a *prática jurídica decisória* de proteção da liberdade de discurso³⁴ como a *prática decisória moral* de um pai que acaba

³⁰ P.S. Atiyah and Summers, Robert, S. Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions. Clarendon Press; New York: Oxford University Press (1987). P 6: “In sum, substantive reasons are to be found both ‘in the law’ and ‘outside the law’, so to speak, although we do not think that a substantive reason can be ‘in the law’ without acquiring a minimal formal element (...)”. Conferir também: Kennedy, Duncan. Form and Substance in Private Law Adjudication. Harvard Law Review. Vol. 89, No. 8 (Jun., 1976). PP. 1685-1778. Shecaira, Fábio P. e Struchiner, Noel. Teoria da Argumentação Jurídica. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016. P.36.

³¹ Summers, Robert. S. Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification. 63, *Cornell L. Rev.* 707 (1978). P. 775: “A **goal reason** derives its force from the fact that, at the time it is given, the decision it supports can be predicted to serve a good social goal. A **rightness reason**, however, derives its force from the fact that the decision it supports accords with a sound rightness norm applicable to a party’s action or to the state of affairs resulting from that action”. (Os grifos são meus).

³² MacCormick, Neil. Argumentation and Interpretation in Law. *Ratio Juris*, 6, 1993. P. 468-69.

³³ A distinção entre “razões substantivas teleológicas” e “razões substantivas deontológicas” guarda relação com a distinção proposta por Philip Pettit entre *honrar/respeitar* um valor e *promover* um valor. Este é o exemplo com o qual Pettit colore a sua distinção: “(...) suppose I decide that what is of importance in life is nothing so abstract as intellectual understanding but rather the enjoyment of personal loyalties, whether the loyalties of Family or friendship. Here too there is a question about how I should respond to such a value. Should I honour the value in my own life, devoting myself to developing the bonds of kith and kin? Or should I only permit myself such devotion so far as that is part of the more general project of promoting the enjoyment of personal loyalties? Should I be prepared to use my time in the manner most effective for that project even if the cost of doing so – say, the cost of spending so much time on journalism and politics – is that my own personal loyalties are put under severe strain?” Pettit, Philip. Consequentialism. In SINGER, P (ed.). A Companion to Ethics. 2 a ed. Blackwell, 1993. P. 231.

³⁴ Cf. Baker. Scope of the First Amendment Freedom of Speech. 25 U.C. L.A. L. REV. 45 (1974). Richards. Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First Amendment. 123 U.Pa. L. REV. 45 (1974)

convencido pelos argumentos de sua filha de que permitir que ela viaje com as amigas é a decisão moralmente mais correta, porque colabora com o seu desenvolvimento individual. O ideal republicano no autogoverno dos cidadãos, por sua vez, funciona tanto como um princípio a guiar o processo decisório da Primeira Emenda³⁵, como um norte para decisões a serem tomadas na *esfera da política*.

Em consequência, quando diante de um caso envolvendo a Primeira Emenda, o tomador de decisão pode se orientar por razões substantivas de duas maneiras: primeiro, ele pode tentar predizer qual dentre as diversas alternativas decisórias disponíveis melhor contribui para o alcance daquele estado de coisas que ele julga ser o mais desejado (ou mesmo o exigido) pelo direito. Assim, se ele interpreta a Primeira Emenda como uma manifestação do princípio republicano de autogoverno, a alternativa decisória por ele preferida será aquela que ele calcula ser a mais apta a alcançar um estado de coisas onde os cidadãos de um Estado têm desimpedidos os canais de acesso à tomada de decisão pública e de controle dos atos de seus governantes políticos.

Sob outra perspectiva (deontológica), o tomador de decisão pode se valer de uma justificativa substantiva, agora não mais como critério normativo a hierarquizar os resultados associados a cada alternativa decisória³⁶, mas como parâmetro a avaliar se uma dada decisão está de acordo com uma *norma moral de correção* largamente aceita pela prática decisória³⁷. Portanto, um juiz que considera o valor “autonomia individual” como justificativa subjacente à liberdade de discurso vale-se de razões substantivas deontológicas sempre que recorre *diretamente* àquele valor com o intuito de avaliar a constitucionalidade de um ato normativo. Logo, se tal juiz decidir pela inconstitucionalidade de um ato normativo que restringe a circulação de literatura

³⁵ Cf. Meiklejohn, Alexander. The First Amendment is an Absolute. Sup. Ct. Ver. 245 (1961). Conferir também: *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976); *Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191 (1992); *Federal Communications Commission v. League of Women Voters of California*, 468 U.S. 364 (1984).

³⁶ Por “*critério normativo* a hierarquizar os resultados associados a cada alternativa decisória” quis me referir à segunda dimensão do raciocínio consequencialista. Em breve palavras, o raciocínio consequencialista possui uma *dimensão descritiva* – onde o tomador de decisão realiza prognoses sobre as consequências vinculadas a cada opção decisória à sua disposição – e uma *dimensão normativa* – no âmbito do qual a partir do critério de valoração eleito pelo responsável pela decisão, relações de preferências são estabelecidas entre os variados cursos de ação disponíveis. Cf. Leal, Fernando. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? In: *Direito e economia: diálogos*/ Coordenação: Armando Castelar Pinheiro, Antônio J. Maristrello Porto, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. – Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. (85-113). P.90-93.

³⁷ P.S. Atiyah and Summers, Robert, S. (1987): “A good rightness reason does not derive its distinctive justificatory force from such expected consequences as such, but from the way in which the decision (or rule) adopted accords with a socio-moral norm of rightness, as applied to a party’s past actions, or to a state of affairs resulting from those actions”.

pornográfica, construindo toda sua fundamentação sobre o princípio segundo o qual o Estado nunca deve agir de maneira paternalística (ou como um censor moral) para com seus cidadãos, ele *pode* ser visto como empregando razões substantivas do segundo tipo.

2.1.3. Razões Formais:

De outro modo, razões formais são *razões jurídicas autoritativas*³⁸ - no sentido de derivarem de uma norma jurídica válida (Constituição, leis, regulamentos, precedentes, contratos, e outros documentos normativos afins) – e *compulsórias (ou excludentes)*³⁹, pois geralmente excluem do horizonte do raciocínio decisório razões substantivas concorrentes. No que se refere ao seu caráter autoritativo, quanto mais o raciocínio jurídico é orientado por fontes do direito cuja validade é inequivocamente reconhecida, tanto mais formal ele será; *a contrario sensu*, o raciocínio decisório torna-se cada vez menos formal na medida em que o caráter autoritativo de normas jurídicas válidas é desconsiderado em benefício de considerações substantivas sobre o melhor resultado para cada caso particular⁴⁰.

Quanto à sua compulsoriedade, razões formais operam como verdadeiras barreiras a impedir (ou a dificultar) que considerações substantivas – as quais, na ausência de razões compulsórias, fariam todo trabalho normativo – determinem o resultado último do processo decisório. Uma questão, porém, ainda é motivo de discordância entre alguns autores: a questão de saber qual a *força* que uma razão deve ter para que possa realmente operar *qua* razão jurídica formal. Segundo Joseph Raz, uma regra jurídica é uma combinação entre *razões de primeira ordem* (razões para se agir ou deixar de agir de determinada maneira) e *razões excludentes* (razões negativas de segunda ordem que excluem do “cálculo decisório” considerações substantivas que conflitam com as razões

³⁸ Ibidem. P. 12: “(...) a formal reason may have what we will call high or low ‘**validity formality**’. (By ‘validity’ we mean roughly ‘**recognized as legally authoritative**’).” (Os grifos são meus).

³⁹ Ibidem. P. 2: “A formal reason is also ordinarily in some degree mandatory, that is, it normally prevails over any contrary substantive reasons in the application of law. (...) a formal reason usually operates as a sort of barrier which insulates the decision-making process from the reasons of substance not incorporated in the rule, either explicitly or implicitly”.

⁴⁰ Frederick Schauer coloca num dos extremos do contínuo o que ele chama de *particularismo puro*, isto é, a postura decisória que contorna os problemas associados à sobre e subinclusão da formulação linguística da regra *vis-à-vis* suas justificativas subjacentes mediante a aplicação direta das razões substantivas que amparam tais regras. Como antípoda do particularismo puro, o *formalismo forte* determina que o enunciado formal de regras nunca pode ser afastado, mesmo que eventuais erros oriundos de sua aplicação literal sejam absurdos. Cf. Schauer, Frederick. *Playing by the Rules: a philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press. 1991.

para se agir de acordo com a norma jurídica)⁴¹. Mais ainda, Raz acredita que a razão excludente de segunda ordem tem *força peremptória*, o que faz com ela *sempre* prevaleça em relação às demais razões (ou seja, se ela não prevalecer, a razão formal não estará exercendo *nenhuma* força normativa). Frederick Schauer e Robert Summers⁴² discordam de Raz no que diz respeito à última parte de seu argumento: na visão de Schauer, existe uma *dimensão de peso* nas regras jurídicas, o que permite que elas continuem operando *qua* razões formais mesmo quando ultrapassadas (*overridden*) por considerações substantivas⁴³.

A despeito da discordância no que toca à natureza categórica (conclusiva, determinística) das razões excludentes, há uma convergência entre os três autores acima mencionados quanto à importância da dimensão formal do direito para a garantia daqueles valores que costumamos associar com a noção de Estado de Direito, dentre eles: segurança jurídica e separação dos poderes; previsibilidade e estabilidade decisória; garantia de não arbitrariedade dos julgamentos e eficiência em termos de tempo e custos decisórios⁴⁴. Consequentemente, se o material jurídico disponível (isto é, se as razões formais incidentes num caso concreto) for incapaz de impor qualquer limite a juízos de valor potencialmente variáveis de tomadores de decisão (quer dizer, ao uso imediato de razões substantivas) poderíamos esperar uma deterioração do lado formal do direito e o consequente esfacelamento daqueles benefícios que a ele geralmente associamos⁴⁵. Ou ainda, nas palavras de Summers:

⁴¹ Raz, Joseph. *Practical Reason and Norms*. Oxford University Press. 3rd edition (1999) P. 58–9, 73–84.

⁴² P.S. Atiyah and Summers, Robert, S. (1987). *Op. Cit.* P. 17 e nota 16 acompanhando o texto: “Clearly, not all formal reasons are of maximal mandatory formality: in fact they distribute themselves at various points along a continuum”; “Here in particular we depart from Raz, Hart, and others who see mandatory formality as categorical or ‘on-off’ rather than as a matter of degree”.

⁴³ Schauer, Frederick (1991). *Op. Cit.* P. 89-90: “This [Raz’s] accounts of the peremptory force of exclusionary reasons is at odds with my account of the way in which rules can be overridden even within their uncanceled scope by recourse to the very kinds of facts the consideration of which the rule appears to exclude. (...) then Raz seems mistaken in failing to recognize the distinction between the idea of exclusion and the **weight of the exclusionary force**”. Conferir também os primeiros parágrafos da seção 5.2.1.

⁴⁴ Cf. Schauer, Frederick (1991). *Op. Cit.* P. 135-166.

⁴⁵ Cf. Schauer, Frederick. *Balancing, Subsumption, and the constraining role of legal text*. University of Virginia Law School: Public and Legal Theory Working Series. Paper 133. 2009. Schauer argumenta que o processo de subsunção, muito mais do que a ponderação, impõe limites rígidos à discricionariedade daqueles que decidem, porque, sendo necessariamente formal, sua operacionalização leva em conta que o significado autoritativo das palavras que compõem as regras exclui do conjunto de decisões possíveis uma série de decisões que seriam desejáveis sob um ponto de vista “não formal”. Se há de fato uma ligação intrínseca entre subsunção, formalidade de regras (e do direito) e aquilo que comumente denominamos de Estado de Direito, Schauer reclama que sejamos mais críticos em relação à dissolução da textualidade oriunda da particularização endêmica de processos jurídicos de tomada de decisão.

“A system whose laws were generally regarded merely as giving rise to prima-facie reasons no weightier than the substantive consideration underlying them simply could not be a viable legal system. It would not have law with sufficient authoritativeness or formal mandatoriness, and therefore could not be governed by the rule of law at all. Such a system could not, therefore, adequately serve values characteristically associated with the rule of law, such as uniformity, predictability, freedom from official arbitrariness in the administration of the law, and the like”⁴⁶.

Contudo, ainda que se reconheça as vantagens sistêmicas atreladas à adoção de uma postura decisória formalista, em alguns casos, sobretudo quando diante de normas formuladas sob a forma de princípios, parece que o tomador de decisão não tem outra opção senão recorrer a razões substantivas. Muitas vezes a formulação autoritativa de uma regra é condição suficiente para orientar eficazmente o comportamento de seus destinatários: regras simples do tipo: “É proibida a entrada de cachorros no estabelecimento” ou “Não ultrapasse 80 quilômetros por hora” providenciam um conteúdo semântico inteligível (ou aquilo que R. Summers chamou “conteúdo altamente formal”⁴⁷) em virtude do qual torna-se possível determinar com precisão quando ela é respeitada ou desrespeitada⁴⁸. Ao contrário, a linguagem da Primeira Emenda (ou ainda, a linguagem empregada em grande parte dos dispositivos da Constituição norte-americana) convida intérpretes constitucionais a uma complementação de seu significado, geralmente mediante o recurso a critérios que extrapolam o campo semântico de sua formulação normativa⁴⁹. E é com isso em mente que Schauer afirma que:

“(...) a term in the Constitution is theory-laden in the strong sense when it sends us outside the legal domain. ‘Freedom of speech’ and ‘equal protection of the law’ are different from ‘habeas corpus’ or ‘Congress’, because **they send us outside of the legal domain and into the moral or the political**”⁵⁰. (Os grifos são meus).

Todavia, se a vagueza na linguagem por meio do qual certos princípios são formulados surge como verdadeiro limite às pretensões de um *formalismo puro* (ao menos quando entendido como uma abordagem que toma o significado literal do documento

⁴⁶ P.S. Atiyah and Summers, Robert, S. (1987). Op. Cit. P. 24.

⁴⁷ Ibidem. P.13-14.

⁴⁸ Schauer, Frederick (1991). Op. Cit. P. 62-68.

⁴⁹ P.S. Atiyah and Summers, Robert, S. (1987). Op. Cit. P.75: “Many American constitutional provisions merely state broad substantive principles, and judges and other are thus not only permitted to take account of substantive reasons arising at the point of application, but may also go behind the authoritative wording of these rules into their substantive underpinnings, or otherwise read them in light of substantive reasons when interpreting and applying such rules”.

⁵⁰ Schauer, Frederick. An Essay on Constitutional Language. Faculty Publications. Paper 877 (1982). P. 827.

normativo como fator autoritativo determinante da prática decisória), disto não se segue necessariamente que nenhuma estratégia possa ser adotada com o objetivo de ao menos *domesticar* a maneira pela qual razões substantivas atuam no procedimento adjudicatório⁵¹. O objetivo das seções seguintes (e mais ainda, o objetivo deste trabalho como um todo) consiste em reconstruir racionalmente a prática decisória da Suprema Corte no que diz respeito à Primeira Emenda, dando especial ênfase ao seu permanente esforço no estabelecimento de parâmetros decisórios (regras, testes e categorias) relativamente estáveis. Acredito que sejam justamente tais parâmetros que tornam possível conferir um mínimo de previsibilidade e estabilidade à operacionalização de princípios constitucionais vagos pela Suprema Corte.

2.2. As justificativas subjacentes à Primeira Emenda:

2.2.1. Introdução:

Habitualmente, os interesses que motivam a produção de documentos normativos com vistas a regular ou limitar um discurso são bastante razoáveis⁵². A Suprema Corte dos Estados Unidos, quando julga pela inconstitucionalidade de uma lei que viola a Primeira Emenda, *nunca* (ou quase nunca) põe em xeque o valor dos interesses governamentais na regulação do ato discursivo; em vez disso, as razões oferecidas nos votos dos Justices costumam enfatizar coisas como: o respeito à *literalidade do texto* constitucional⁵³, a ilegitimidade do *modo pelo qual o discurso foi constrangido*⁵⁴, ou o

⁵¹ Nesse mesmo espírito, os projetos metodológicos de Robert Alexy e Neil MacCormick também podem ser lidos como uma busca por maneiras de se *domar as incertezas* associadas a tomada de decisão em ambientes decisórios complexos. Cf. Alexy, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. Landy editora. 2ªed. (2001); MacCormick, Neil. Retórica e o estado de direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

⁵² Parece ser incontestável, contudo, que muitas vezes aqueles interessados na supressão do discurso defendem restrições à Primeira Emenda anunciando interesses públicos completamente diferentes de suas *reais motivações* para limitar a comunicação de ideias. Esse fenômeno é conhecido na literatura norte-americana como *pretext effect*. Cf. Elena Kagan. Private Speech, Public Purpose: The Role Motive in First Amendment Doctrine. 63 U.Chi. L. Rev. (1996). Ainda assim, o meu ponto aqui é que, sinceros ou não, os interesses governamentais que se contrapõem à liberdade de discurso são quase sempre convincentes, e que prevaleceriam se o teste que vigorasse no âmbito da Primeira Emenda fosse o da “razoabilidade das pretensões estatais”.

⁵³ Justice Black, ao escrever seu voto dissidente em *Beauharnais v. Illinois* [343 U.S. 250 (1952)], seguramente não via nos interesses antissegregacionistas do estado de Illinois algo criticável *per se*. Aliás, é bem provável que ele compartilhasse em igual medida do sentimento de repugnância em relação às atitudes racistas do grupo de extremistas brancos do qual Joseph Beauharnais fazia parte. Ainda assim, Black se opôs à maioria da Corte, ressaltando que “(...) *the First Amendment, with the Fourteenth, ‘absolutely’ forbids such laws without any ‘ifs’ or ‘buts’ or ‘whereases’*” [343 U.S. 250, 257 (1952)].

⁵⁴ Em *R.A.V. v. City of St. Paul* [505 U.S. 377 (1992)] Justice Scalia não contestou a racionalidade dos interesses que suscitaram a criação de regulamento municipal proibindo a exibição de símbolos capazes de gerar ódio e rancor, como a queima de cruzeiros em quintais de famílias afrodescendentes. O que Justice Scalia tinha como inaceitável, porém, era que os objetivos governamentais fossem atingidos mediante

maior valor do livre discurso em comparação aos interesses estatais⁵⁵. Em outros termos, a Primeira Emenda não invalida restrições ao discurso com base em sua irracionalidade; o que ela faz, ao invés, é invalidá-las *a despeito de suas racionalidades*⁵⁶.

Implicitamente, a Primeira Emenda traz consigo a ideia de que existem dois *standards de justificação*, independentes entre si, a serem superados pelo poder governamental para que suas pretensões restritivas possam prosperar: há, de um lado, um *standard geral* de justificação à ação governamental; mas há também, de outro lado, um *standard mais exigente* para os casos em que o objeto da regulação é uma atividade discursiva⁵⁷. Por isso, caso excluíssemos do escopo de proteção da Primeira Emenda, por exemplo, a categoria “discursos combativos” (*fighting words*) - como o discurso racista proferido *Beauharnais*, ou o discurso simbólico (e igualmente racista) expresso em *R.A.V.* -, estaríamos dispensando o poder coercitivo estatal da exigência de superação de um ônus argumentativo consideravelmente mais rigoroso.

Uma vez admitido que o direito ao livre discurso exige das pretensões restritivas governamentais algo mais do que a simples satisfação de um *teste de razoabilidade*⁵⁸, devemos então buscar conhecer as razões que nos levam a tratar toda uma classe de ações governamentais (isto é, aquelas que têm no ato discursivo o principal alvo de sua restrição) com maior rigor. Devemos, portanto, nos pôr a investigar as razões que em última instância *justificam* a existência de toda uma área do direito constitucional norte-americano no âmbito da qual às pretensões governamentais são erguidas sólidas

regulamento que tratasse com graus de rigor distintos os pontos de vistas disponíveis no mercado de ideias (*viewpoint discrimination*).

⁵⁵ Vide a opinião de Justice Owen J. Roberts em *Cantwell v. Connecticut* [310 U.S. 296 (1940)]: Decerto o Justice via a legislação de Connecticut - nos termos da qual Newton Cantwell, uma testemunha de joavá, havia sido condenado por importunação e “quebra da paz” pública - como sendo em alguma medida razoável. Por isso, o que motivou a absolvição do infrator pela Corte não foi a irracionalidade da lei em questão, mas sim o fato de os seus direitos discursivos em “bater de porta em porta” em busca de novos adeptos para a sua seita superava o aborrecimento oriundo do seu proselitismo.

⁵⁶ Schauer, Frederick. *The Second-Best First Amendment*. 31 Wm. & Mary L. Rev. 1 (1989). P. 3.

⁵⁷ Schauer, Frederick. *Speech and Speech - Obscenity and Obscenity: An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language*. *Faculty Publications*. 883 (1979). P. 902.

⁵⁸ Schauer, Frederick (1989). Op. Cit. P. 2: “Under the *rational basis baseline* for assessing the constitutional permissibility of government regulation, including prohibitory regulation of individual behavior, virtually any nonlaughable (and occasional laughable) justification for governmental regulation is constitutionally sufficient”.

barreiras⁵⁹; ou ainda, buscar possíveis soluções à questão assim formulada por Kent Greenawalt:

“What sorts of reasons justify acceptance of a principle that protects speech even when speech seems to carry a potential for harm that would warrant prohibition if all that were at stake were the minimal principle of liberty and ordinary canons of prudent legislation?”⁶⁰

2.2.2. As razões (ou justificativas) substantivas da Primeira Emenda:

Talvez nenhum outro direito tenha sido tão intensamente defendido quanto a liberdade de discurso. Foram vários os autores que dedicaram suas obras, ou ao menos parte delas, à elaboração de argumentos em favor do livre fluxo de crenças e ideias. A grande maioria deles percebeu a Primeira Emenda como um *instrumento* para a consecução de valores ainda mais fundamentais, como, por exemplo, para o controle do poder governamental⁶¹ ou para o reconhecimento da autonomia dos cidadãos^{62,63}. Poucos, ou quase nenhum, viu na liberdade de discurso um *valor fundacional* ou um fim em si mesmo^{64,65}.

Contudo, defender que a Primeira Emenda é um veículo para a consecução de valores mais profundos certamente não é o mesmo que dizer que tais valores são eles próprios fundacionais. Dentre as muitas formas pelas quais as razões substantivas da

⁵⁹ Ibidem. P. 3: “(...) we need only find some background reason for having the freedom of speech and, consequently, the first amendment”. Cf. Greenawalt, Kent. *Free Speech Justifications*. Columbia Law Review. Vol. 89, No. 1 (1989).

⁶⁰ Greenawalt, Kent. *Free Speech Justifications*. Columbia Law Review. Vol. 89, No. 1 (1989). P. 125.

⁶¹ Cf. Blasi, Vincent. *The Checking Value in First Amendment Theory*. Am. B. Found. Res. J. 521 (1977).

⁶² Cf. Scanlon, Thomas. *A Theory of Freedom of Expression*. 1 Phil. & Pub. Aff. 216 (1972).

⁶³ Importante notar que, sem exceção, as justificativas subjacentes à liberdade de discurso (e.g., busca pela verdade; controle do poder governamental; incremento do sentimento de tolerância na sociedade; autorrealização intelectual) não são definidas elas próprias a partir de termos como “discurso” ou “comunicação”; caso contrário, a defesa do livre discurso padeceria de circularidade. Cf. Schauer, Frederick (1989). *Op. Cit.* P. 5.

⁶⁴ Cf. Schauer, Frederick (1989). *Op. Cit.* P. 3. Nota de rodapé nº12: “Under this account [foundational account], an account whose implausibility is indicated albeit not prove **by the empty set of its proponents** (...).” (Os grifos são meus).

⁶⁵ O que não quer dizer, e isto deve ficar bem claro, que o que deve ser aplicado em casos concretos sejam as justificativas subjacentes à liberdade de discurso (i.e., aquilo para o qual a liberdade de discurso serviria de instrumento) e não o direito “liberdade de discurso”, tal como ele se acha formulado na constituição. As abordagens instrumentais e fundacionais, ao menos da maneira como eu as percebo, buscam dar uma explicação à estrutura do direito da liberdade de discurso, o que por si só não as vincula *necessariamente* à nenhuma teoria normativa da decisão. Uma perspectiva instrumental da Primeira Emenda, por exemplo, não está de antemão comprometida, seja com uma espécie de particularismo decisório, seja com o formalismo jurídico; em última instância, ela serve tanto às pretensões do formalista – sempre que este defende que o respeito à dimensão formal é a melhor maneira de fomentar as razões subjacentes à liberdade de discurso –, como ao particularista, que vê nas justificativas subjacentes à norma as razões últimas para a tomada de decisão.

liberdade de discurso podem ser classificadas, a distinção entre *razões consequencialistas* e *razões não-consequencialistas* nos é útil porque retoma a ideia de “dois tipos de razões substantivas”, esboçada na seção 2.1.2.

Sob o prisma do *raciocínio jurídico substantivo-teleológico*, uma prática só tem valor na medida em que contribui de alguma maneira para a promoção do estado de coisas desejado pelo direito⁶⁶. Portanto, sob tal ponto de vista, o valor da liberdade de discurso encontra-se vinculado à sua capacidade de promover, dentre outras coisas, a *autorrealização* dos cidadãos numa dada sociedade⁶⁷, o *descobrimento da verdade* no domínio de um *livre mercado de ideais*⁶⁸ e/ou a *participação popular* em tomadas de decisão numa democracia⁶⁹.

Em contrapartida, o *raciocínio jurídico substantivo-deontológico* assevera que a correção de uma prática independe de suas consequências⁷⁰. Por isso, a força do argumento em defesa do livre discurso passa a não mais depender da conexão entre a prática discursiva e seus resultados esperados, mas da adequação daquela prática a certos juízos de valor deontológicos. Por exemplo: é provável que aquele para quem a liberdade de discurso possua como finalidade última a garantia da igualdade entre os cidadãos⁷¹ julgue como inconstitucional toda norma que se baseie numa *discriminação entre pontos de vista (viewpoint discrimination)* para restringir o discurso⁷². E ainda mais importante: fundando-se sob uma premissa fundacional (a igualdade entre os cidadãos), o seu julgamento *pode* ser tido como alheio às consequências (positivas ou negativas) atreladas ao livre exercício daquela prática discursiva⁷³.

⁶⁶ Greenawalt, Kent (1989) Op. Cit. P. 128.

⁶⁷ Cf. Redish, M.H. Self-Realization, Democracy, and Freedom of Expression: A Reply to Professor Baker, 130 U.Pa. L. Ver. 678 (1982).

⁶⁸ Cf. Mill, John Stuart. On Liberty. In: Selected Writings of John Stuart Mill 121. (134-71) (M. Cowling ed. 1968).

⁶⁹ Cf. Meiklejohn, Alexander. The First Amendment Is an Absolute (1961). Sup. Ct. Ver. 245.

⁷⁰ Greenawalt, Kent (1989). Op. Cit. P. 128.

⁷¹ Cf. Kenneth L. Karst. Equality as a Central Principle in the First Amendment, 43 U. CHI. L. REV. 20 (1975).

⁷² Cf. *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 413 (1989): “If there is a bedrock principle underlying the First Amendment, it is that the government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable”. *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 U.S. 205, 209 (1975): “(...) when the government, acting as censor, undertakes selectively to shield the public from some kinds of speech on the ground that they are more offensive than others, the First Amendment strictly limits its power”.

⁷³ Coloco “pode” em itálico pois, como vimos na nota de rodapé nº 33, um valor substantivo como “igualdade” também pode ser compreendido de maneira teleológica. Ao fim e ao cabo, tudo vai depender de como o tomador de decisão fará uso dessa razão substantiva em seu raciocínio decisório. Se o magistrado estiver preocupado em escolher a opção decisória que melhor *promova* (a longo prazo) a igualdade na

Para além da distribuição das justificativas subjacentes à liberdade de discurso entre os conjuntos “deontológico” e “teleológico”, há uma outra maneira segundo a qual razões substantivas podem ser organizadas. Esta pergunta é o ponto de partida para a nova distinção: se a liberdade de discurso não é um fim em si mesmo, o que afinal lhe confere suporte? E as respostas a essa questão podem ser classificadas em dois conjuntos distintos: de um lado, existem teorias que se esforçam em identificar uma, e apenas uma, justificativa à Primeira Emenda; do outro lado, há teorias segundo as quais uma miríade de justificativas convivem por detrás do direito ao livre discurso.

As teorias do primeiro grupo são geralmente conhecidas como teorias gerais ou dedutivas. Elas costumam se distinguir das teorias do segundo grupo em dois aspectos relevantes: inicialmente, elas elegem um valor fundamental (isto é, “O Fundamento primeiro da liberdade de discurso”) a partir do qual são *deduzidas* as respostas aos casos concretos envolvendo a Primeira Emenda; depois, cada uma delas atribui a não mais do que um único valor o título de “A Razão mais profunda”⁷⁴. Como alternativa às teorias gerais destacam-se as teorias ecléticas. As teorias ecléticas aproximam-se entre si pelo fato de todas exaltarem mais de um valor como conferindo o suporte teórico necessário à Primeira Emenda; contudo, elas também podem ser diferenciadas uma das outras tanto em razão da forma como se estabelece a relação entre os múltiplos valores, como pelo modo como cada uma exerce influência no resultado do processo decisório. Abordo com mais detalhes as duas abordagens na seção a seguir.

2.2.3. Organização das razões substantivas:

O maior peso conferido ao direito ao livre discurso só é justificado se as *razões* para a sua proteção superarem as (ou se forem além das) razões para a proteção de um “*princípio mínimo (geral) de liberdade*”⁷⁵. Segundo o princípio geral de liberdade, para que uma ação governamental que interfira em liberdades individuais seja justificada basta tão somente a demonstração de que daquelas liberdades espera-se *razoavelmente* a

comunidade em que ele está inserido, tal razão substantiva estará sendo usada de modo teleológico. Por outro lado, se o magistrado julgar que uma das maneiras de se *honrar* o princípio substantivo da igualdade é pela derrubada de regulações que foram motivadas pela discriminação a um dos pontos de vista em disputa no debate público de ideias, a razão substantiva em causa estará sendo utilizada deontologicamente.

⁷⁴ Cass, Ronald A. The Perils of Positive Thinking: Constitutional Interpretation and Negative First Amendment Theory. UCLA Law Review 34, no. Issues 5 & 6 (1987). P. 1412-14.

⁷⁵ Cf. Schauer, Frederick. Free Speech: A Philosophical Enquiry. Cambridge University Press (1982b).

superveniência de algum dano⁷⁶. Desse modo, o que fundamenta o estabelecimento de um limite de velocidade numa via expressa da cidade é a crença (em geral estatisticamente embasada) de que a direção que extrapola aquele limite é mais propensa a causar acidentes. Em relação à liberdade de discurso, porém, a demonstração da simples correlação entre ação e dano parece não ser suficiente; mas por quê?

As teorias gerais confiam em apenas uma única justificativa para responder a tal questionamento. Alexander Meiklejohn, por exemplo, encontrou no ideal republicano de participação popular no governo o fim último da Primeira Emenda⁷⁷(Cf. Seção 3.2.2.); Thomas Scanlon, por seu turno, via no reconhecimento da autonomia e na racionalidade dos indivíduos o verdadeiro cerne da liberdade de discurso⁷⁸; Martin Redish, por fim, defendia que a autorrealização é o valor último subjacente ao livre discurso⁷⁹. Sob tais perspectivas, o que explica a dissonância protetiva entre “liberdades discursivas” e “liberdades gerais” é que as primeiras são indispensáveis, seja para a democracia, para a autonomia, ou para a autorrealização (a depender da teoria, é claro).

Contudo, acredito que devemos apreciar tais projetos com uma certa dose de ceticismo. Digo isto porque eles enfrentam consideráveis dificuldades, tanto na dimensão puramente teórica, como na dimensão prática/operacional. Começo com o aspecto puramente teórico. Cada teoria dedutiva assume que a Primeira Emenda é construída sobre um único valor; contudo, nenhuma delas é realmente capaz de nos oferecer boas razões para acreditar que o valor por elas eleito, e não outro qualquer, seja de fato a pedra de toque da liberdade de discurso. Adicionalmente, há um problema prático derivado do fato de que, ao recorrer a um princípio excessivamente vago e geral, teorias dedutivas perdem sua capacidade de fornecer respostas precisas a problemas concretos; e, quando

⁷⁶ Greenawalt, Kent (1989). *Op. Cit.* P. 121: “According to a minimal principle of liberty, the government should not prohibit people from acting as they wish unless it has a positive reason to do so. The ordinary reason for prohibiting action is that the action is deemed harmful or potentially harmful in some respect”.

⁷⁷ Cf. Meiklejohn, Alexander. What does the First Amendment Mean? 20 U. Chi. L. Rev. 461 (1953). Meiklejohn, Alexander. The First Amendment is an Absolute. The Supreme Court Review, Vol. 1961 (1961).

⁷⁸ Scanlon, Thomas. A Theory of Freedom of Expression. 1 Phil. & Pub. Aff. 216 (1972): “An autonomous person cannot accept without independent consideration the judgment of others as to what he should believe or what he should do”.

⁷⁹ Cf. Redish, Martin. The Value of Free Speech, 130 U. PA. L. REV. 591 (1982). Redish, M.H. Self-Realization, Democracy, and Freedom of Expression: A Reply to Professor Baker, 130 U.Pa. L. Ver. 678 (1982).

se trata de teorias cujo objetivo precípua é justamente o de auxiliar o processo decisório do judiciário, talvez essa falha seja mesmo imperdoável⁸⁰.

As teorias ecléticas, por sua vez, acreditam que a Primeira Emenda pode ser justificada sem necessidade de recurso a um *princípio fundacional*. Para que se mostrem superiores às teorias gerais, todavia, elas devem ser capazes de vencer aqueles obstáculos (de natureza teórica e prática) diante dos quais as teorias anteriores sucumbiram. No que diz respeito ao desafio teórico, uma perspectiva eclética costuma defender que os valores relacionados à liberdade de discurso encontram-se todos num mesmo nível, justificando-se reciprocamente numa espécie de *rede de valores*. Em outros termos, os valores substantivos associados à liberdade de discurso não são dispostos numa ordem hierárquica, mas, em vez disso, reforçam-se mutuamente numa interação horizontalizada⁸¹. Esse modo de perceber a interação entre as razões substantivas da liberdade de discurso pode ser assim sintetizado:

“(...) we don’t have a tower of values, with free speech somewhere toward the middle, and more basic values underneath. Instead, we have a **web of values**, collectively comprising our understanding of how people should live. Foundationalism errs in seeking to reduce the complex relationships among our values to a linear arrangement in which a few values have privileged status as fundamental”⁸². (Os grifos são meus).

Há, porém, uma segunda versão do ecletismo de valores que compreende a liberdade de discurso como uma espécie de guarda-chuva sob o qual convivem valores *independentes entre si*, cada um deles relacionando-se a apenas um grupo específico de problemas que costumam surgir em processos envolvendo a Primeira Emenda⁸³. Segundo tal perspectiva existem múltiplas Primeira (s) Emenda (s): no que se refere ao problema do governo calando seus críticos, por exemplo, a justificativa subjacente à liberdade de

⁸⁰ As críticas teóricas e operacionais às teorias gerais são expostas mais detalhadamente na seção 3.3: Conclusão: forma e substância nas posições absolutistas.

⁸¹ Farber, Daniel A.; Frickey, Philip P. Practical Reason and the First Amendment. 34 UCLA L.Rev.1615 (1986). P.1640: “We propose an alternative view of the first amendment’s normative status. Rather than thinking of free speech as one level in a hierarchy of values, it may be better to think of it as part of a web of mutually reinforcing values”.

⁸² Ibidem. P.1641.

⁸³ Schauer, Frederick. Must Speech Be Special? *Faculty Publications*. Paper 878. (1983). P. 1303. Ver também: Schauer, Frederick. Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts (1981). Faculty Publication. Paper 876. P.277: “Freedom of speech need not have any one essential feature. It is much more likely a bundle of interrelated principles sharing no common set of necessary and sufficient defining characteristics. (...) The standard jurisprudential and linguistic metaphor of the core and the fringe is useful in its place, but it is harmful if it leads us to search for only one core when **there may be in fact several, or many**”. (Os grifos são meus).

discurso é o argumento democrático; em compensação, quando o governo silencia manifestações artísticas e culturais, as razões levantadas pelos defensores do discurso têm mais a ver com os valores da autorrealização (artística) ou dos benefícios de um livre mercado de ideias.

Enriquecendo e alargando a base teórica da Primeira Emenda, ambas versões do ecletismo parecem conseguir libertar a liberdade de discurso da condição de refém a ela imposta pelas teorias dedutivas. Digo “refém” porque o dedutivismo condiciona a importância da liberdade de expressão à capacidade de um valor fundacional justificá-la com exclusividade. Nas palavras de Farber e Frickey: “Free speech is a powerful idea precisely because it appeals to so many diverse values. To demonstrate that commitment to free speech logically entails adherence to some single value would actually weaken it”⁸⁴. Logo, o ecletismo é em alguma medida imune ao tipo de desafio colocado às perspectivas gerais, vez que não precisa se desdobrar na impossível missão de encontrar um suporte teórico feito à medida para a liberdade de discurso.

No entanto, se na dimensão teórica o ecletismo apresenta significativas vantagens sobre as teorias gerais, ainda resta avaliar de que modo o reconhecimento de um conjunto de valores associados à liberdade de discurso é de fato capaz de orientar eficazmente o processo decisório da Primeira Emenda. O *balanceamento ad hoc* oferece-nos uma opção: de acordo com essa metodologia decisória, cada prato da balança é preenchido com o valor (ou com o interesse) substantivo que o tomador de decisão julga como sendo o mais apropriado com base nas características particulares da disputa constitucional sob análise; por isso, o “menu de razões substantivas” à disposição do balanceador ad hoc é tão rico quanto a profusão dos tipos de problemas que podemos imaginar como surgindo no ambiente adjudicatório da liberdade de discurso. A despeito disso, há maneiras mais ordenadas de se acessar razões substantivas: vide, por exemplo, a versão definicional do balanceamento proposta por Laurent Frantz e Melville Nimmer. Em breve palavras, o caráter distintivo do chamado “*balanceamento definicional*” está em sua capacidade de conformar o recurso à “lógica do balanceamento” à etapa da circunscrição do suporte fático (ou do escopo protetivo) da Primeira Emenda; como resultado do sopesamento dos interesses concorrentes, Frantz e Nimmer creem ser possível a criação de uma regra a ser *deduzida* em casos análogos, sem que se faça necessário novas incursões ao domínio das

⁸⁴ Farber, Daniel A.; Frickey, Philip P. (1986). Op.Cit. P.1643.

razões substantivas. De qualquer modo, o balanceamento não detém o “monopólio do acesso a razões substantivas”; empreendimentos normativos mais formais, como aquele perfilhado por Frederick Schauer, também recorrem a princípios substantivos, se bem que assim o faça apenas *indiretamente*. Como teremos a oportunidade de ver com maiores detalhes na seção 5.2, o projeto de Schauer consiste numa busca em conformar as *inevitáveis* excursões a “domínios externos ao direito” a categorias decisórias preestabelecidas (e.g., testes compostos por diversas etapas e camadas analíticas; o estabelecimento de uma série de presunções e ônus de argumentação; o desenvolvimento de diretrizes normativas sob a forma de regras e standards).

Conclui-se, tão logo, que o papel que as razões substantivas da liberdade de discurso devem ter na adjudicação constitucional varia de acordo com a relevância conferida aos aspectos formais e procedimentais do direito. Sendo assim, razões substantivas são mais direta e francamente acessadas por modelos como o balanceamento, que tem os valores formais do direito (como os da estabilidade, da previsibilidade e da consistência decisória) para lá da periferia do seu perímetro de preocupações; em contrapartida, a formulação de critérios gerais e complementares pela Corte, como as diretrizes normativas que expressam uma proibição a censura prévia (*prior restraint*), ou daquelas que propugnam a inconstitucionalidade “de plano” (*on its face*) de atos normativos excessivamente abrangentes (*overbreadth*) e vagos (*vagueness*), embora no limite tenham sido engendradas para melhor satisfação dos propósitos substantivos do livre discurso, funcionam à maneira regras autoritativas⁸⁵.

Este é o cerne da próxima seção: a classificação de modelos normativos decisórios consoante o modo como cada qual internaliza em sua própria metodologia razões substantivas, ou ainda, como compatibilizam as dimensões formal e substantiva da Primeira Emenda.

2.3. Relação entre forma e substância na prática decisória da Primeira Emenda:

2.3.1. Introdução:

No último parágrafo da subseção 2.1.3 quis colocar em evidência uma *perspectiva realista* da adjudicação constitucional segundo a qual é inconcebível esperar que normas jurídicas formuladas sob a forma de princípios sejam capazes de criar parâmetros

⁸⁵ Cf. Seção 6.4. Forma e substância nos critérios gerais e complementares.

normativos a conformar a atuação de tomadores de decisão a margens estáveis. De fato, o processo de desencantamento com os modelos decisórios formalistas e a consequente descrença com o método dedutivo de aplicação de normas jurídicas a casos concretos não é algo recente no pensamento jurídico norte americano, nem exclusivo à jurisdição constitucional ou ao domínio das formulações linguísticas pouco precisas. Na verdade, a influência do realismo e do pragmatismo jurídico no modo como se passou a interpretar o funcionamento do judiciário norte-americano foi tamanha que alguns autores chegaram mesmo a dizer que grande parte da originalidade daquilo que foi produzido em teoria do direito nos Estados Unidos foi resultado justamente da incessante busca por descrições mais fidedignas do processo de tomada de decisão no direito⁸⁶.

Porém, naquele mesmo parágrafo pretendi destacar também que de uma perspectiva realista da adjudicação constitucional não se seguiu necessariamente uma resignação a um modelo particularista de decisão. Por conseguinte, se por um lado o pragmatismo, o realismo e a sociologia jurídica por algum tempo dominaram a cultura jurídica norte-americana⁸⁷, sugerindo uma leitura mais convincente sobre o que juízes e ministros *realmente faziam* quando chamados a decidir, por outro lado isso não impediu que em meados do século passado surgisse uma forte concepção a respeito daquilo que os magistrados *deveriam fazer* ao julgar casos concretos. A década de 1950 foi testemunha do esforço de alguns dos maiores nomes do pensamento jurídico norte-americano no desenvolvimento de critérios decisórios mais claros, precisos e capazes de garantir a legitimidade da Suprema Corte como órgão de revisão constitucional⁸⁸.

Dentre esses nomes, talvez o maior proponente da restauração da ordem no âmbito decisório mediante a formulação de *padrões estáveis de justificação* a serem adotados pelos Justices da Suprema Corte tenha sido Herbert Wechsler⁸⁹. Wechsler acreditava que o caráter *ad hoc* dos julgamentos no âmbito da Suprema Corte poderia ser evitado se as

⁸⁶ Summers, Robert S. Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought-a Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use. 66 Cornell L. Rev. 861 (1981). P. 862: “Philosophical pragmatism, sociological jurisprudence, and certain tenets of legal realism coalesced to form **America's only indigenous theory of law**”. (Os grifos são meus).

⁸⁷ Ibidem. P. 862: “During the middle decades of this century, this body of ideas [philosophical pragmatism, sociological jurisprudence, and certain tenets of legal realism] was our most influential theory of law in jurisprudential circles, in the faculties of major law schools, and in important realms of bench and bar. Many of its tenets continue to prevail today

⁸⁸ Bomhoff, Jacob. Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse. Cambridge University Press. (2013). P. 165.

⁸⁹ Ibidem. P. 166.

razões sobre as quais se fundavam suas decisões fossem neutras, gerais, e transcendessem a situação decisória imediata⁹⁰. A noção de *principled adjudication* formulada inicialmente por Wechsler influenciou (e ainda influencia) muito do debate produzido sobre estratégias decisórias envolvendo a Primeira Emenda. Vê-se um exemplo disso na ideia de *articulate consistency*, desenvolvida por Frederick Schauer num espírito similar àquele que motivou Wechsler.

“The constraint of articulate consistency suggests that when we justify a decision by reference to a principle (or a reason, rule, standard, justification, or theory) we must be willing to apply the principle, as articulate in the first decision, to all cases coming within the verbal description of that principle. When a court provides, without qualification, a reason for its decision, it must be willing to apply that reason in future cases, absent particularly strong reasons to the contrary. (...). If a court sticks to what it says, if it is willing to take seriously its own statements, then it has satisfied the requirements of articulate consistency”⁹¹.

Porém, antes mesmo de Wechsler ter surgido com a ideia de *principled decisions*, as mais diversas reações contra à “perigosa doutrina do balanceamento”⁹² (para alguns a doutrina então dominante na Suprema Corte⁹³), que emergiram tanto na doutrina como na jurisprudência da Primeira Emenda, já exemplificavam o anseio em tornar os julgamentos envolvendo a liberdade de discurso algo menos contextual, particularista e *ad hoc*. Assim, em meados do século passado foi criada uma série de estratégias decisórias, unidas sob o rótulo de “*tradição definicional*”, expressando todas elas o ideal do formalismo jurídico no pensamento jurídico norte-americano, bem como a preocupação com a garantia das vantagens sistêmicas decorrentes do respeito aos aspectos formais do direito⁹⁴.

⁹⁰ Cf. Wechsler, Herbert. Toward Neutral Principles in Constitutional Law. Harvard Law Review, Vol. 73, No. 1 (1959). P. 15. “Whether you are tolerant, perhaps more tolerant than I, of the ad hoc in politics, with principle reduced to a manipulative tool, are you not also ready to agree that something else is called for from the courts? I put it to you that **the main constituent of the judicial process is precisely that it must be genuinely principled**, resting with respect to every step that is involved in reaching judgment on analysis and **reasons quite transcending the immediate result that is achieved**” (Os grifos são meus).

⁹¹ Schauer, Frederick. Must Speech Be Special? *Faculty Publications*. Paper 878. (1983). P. 1296.

⁹² Justice Black chamou o balanceamento de “perigosa doutrina” na década seguinte à *Doubs e Dennis*, por ocasião do julgamento de *Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Board*, 367 U.S. 1 (1961).

⁹³ Laurent B. Frantz. The First Amendment in the Balance. 71 Yale L.J. (1962). P.1432: “balancing has become the central first amendment issue”.

⁹⁴ Bomhoff, Jacobo (2013) Op. Cit. P.124: “The search for appropriate standards for the justification of judicial decisions was in many ways a struggle over the virtues of, and appropriate role for, legal formality. (...) the definitional tradition in the first amendment jurisprudence is a preeminent, distinctive expression of ideals of legal formality in American legal thought”.

Servindo-me da inteligente metáfora que Kathleen M. Sullivan se valeu para diferenciar a técnica do balanceamento do modelo da categorização, poderia expandi-la, sem qualquer risco de distorcê-la, com o propósito de melhor ilustrar a distinção mais geral entre “raciocínio do balanceamento” e “raciocínio definicional”. Escreveu Sullivan que:

“Categorization and balancing each employ quite different rhetoric. Categorization is the taxonomist's style - a job of classification and labeling. When categorical formulas operate, all the important work in litigation is done at the outset. Once the relevant right and mode of infringement have been described, the outcome follows, without any explicit judicial balancing of the claimed right against the government's justification for the infringement. Balancing is more like grocer's work (or Justice's) - the judge's job is to place competing rights and interests on a scale and weigh them against each other. Here the outcome is not determined at the outset, but depends on the relative strength of a multitude of factors. These two styles have competed endlessly in contemporary constitutional law; neither has ever entirely eclipsed the other”⁹⁵.

O que distingue o raciocínio definicional do raciocínio orientado pelo balanceamento, ou na metáfora de Sullivan a atividade de um taxonomista do trabalho numa mercearia, é que o primeiro é eminentemente formal ao passo que o segundo recorre constantemente a avaliações substantivas. Por isso, no domínio da Primeira Emenda, o conflito entre “definição” e “balanceamento” é uma instância particular do conflito mais geral entre forma e substância no pensamento jurídico norte-americano. Como veremos com maiores detalhes adiante, se nenhum dos dois estilos adjudicatórios acima expostos jamais foi capaz de “eclipsar” o seu concorrente, isso se deu sobretudo em virtude da percepção de que modelos decisórios geralmente combinam em suas próprias estruturas metodológicas elementos substantivos com elementos formais⁹⁶. Comentários introdutórios da maneira como a prática decisória da Suprema Corte logrou conciliar forma e substância da Primeira Emenda serão expostos em breve, na seção 2.3.3. Antes disso, porém, apresento brevemente a tradição definicional como antípoda do balanceamento.

⁹⁵ Kathleen M. Sullivan, *Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing*, 63 U. Colo. L. Rev. 293 (1992). P. 293-94.

⁹⁶ Ely, John Hart. *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in the First Amendment Analysis*. *Harvard Law Review*, Vol. 88 N°7 (May 1975). P. 1501: “What the decisions of the late Warren era began to recognize is that categorization and balancing need not be regarded as competing theories of the first amendment, but are more helpfully employed in tandem, each with its own legitimate and indispensable role in protecting expression”.

2.3.2. Balanceamento v. Definição:

Durante as décadas de 1950 e 1960, a jurisdição constitucional sobre a Primeira Emenda foi marcada pela intensa disputa entre os “absolutistas” (Justice Black e Justice Douglas) e os “balanceadores” (Justices Frankfurter e Harlan). De certo, a oposição entre tais posições decisórias não se limitou ao âmbito da Suprema Corte: na academia, por exemplo, Laurent B. Frantz e Wallace Mendelson se engajaram num dos mais famosos embates sobre as vantagens e desvantagens do balanceamento de interesses como raciocínio decisório da liberdade de discurso.⁹⁷

Uma abordagem mais detalhada sobre tais embates, contudo, terá que esperar até o quarto capítulo, momento em que me dedicarei à (a) apresentação do conjunto de casos responsáveis pela completa redefinição da “linguagem do balanceamento” na jurisdição constitucional norte-americana⁹⁸, e (b) à exposição de algumas das mais enérgicas críticas já produzidas à técnica do balanceamento. Por isso, nesta seção introdutória tenho como único objetivo o breve cotejamento entre a estrutura do raciocínio definicional e a estrutura do raciocínio do sopesamento.

Estruturalmente, a oposição entre a técnica do balanceamento e os modelos decisórios definicionais é similar (se não idêntica) às duas distintas maneiras de se conceber a *natureza dos limites aos direitos fundamentais*, quais sejam: como internos (ou imanes) ou como externos⁹⁹. A principal diferença entre as duas perspectivas reside na extensão conferida ao *suporte fático* de cada direito fundamental¹⁰⁰ (isto é, à extensão conferida ao conjunto de situações nas quais a força protetiva de um direito é acionada). Segundo a *teoria dos limites externos*, o suporte fático de um direito fundamental é sempre o mais amplo possível¹⁰¹: ou seja, qualquer atividade que possa de

⁹⁷ Cf. Laurent B. Frantz. The First Amendment in the Balance. 71 Yale L.J. (1962) ; Wallace Mendelson. On the Meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance, 50 CALIF. L. REV. (1962); Laurent B. Frantz. Is the First Amendment Law? A reply to professor Mendelson. *California Law Review*. Vol 51, No. 4 (1963).

⁹⁸ São eles: *American Communications Association v. Douds*, 339 U.S. 382 (1950). *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951). *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959). *Konigsberg v. State Bar*, 366 U.S. 36 (1961).

⁹⁹ Para mais detalhes sobre a distinção entre limites internos e externos: Cf. Sarlet, Ingo Wolfgang, A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, Livraria do advogado, 12ªed. (2015). P.402-478.

¹⁰⁰ Cf. Afonso da Silva, Virgílio. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva (org.), Interpretação Constitucional. São Paulo, Malheiros (2005).

¹⁰¹ Afonso da Silva, Virgílio. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado* 4 (2006). P. 37.

alguma forma ser reconduzida ao “âmbito temático” de uma norma constitucional deve necessariamente ser considerada como pertencente ao domínio protetivo daquele direito¹⁰². Por outro lado, os proponentes da *teoria dos limites internos* sustentam que um direito fundamental carrega em sua própria natureza, o que é dizer, imanentemente, as fronteiras de sua cobertura protetivo.

As diferenças entre tais perspectivas refletem-se naquilo que cada uma delas exige do intérprete constitucional: ao conceber o suporte fático de um direito fundamental como ilimitado num primeiro estágio, a teoria dos limites externos requer o desenvolvimento de uma metodologia decisória capaz de solucionar conflitos entre princípios no momento de suas aplicações a situações concretas. Em vez disso, a teoria dos limites imanentes exige que a *subsunção* de uma norma a um determinado caso seja precedida por uma “ádua análise e delimitação do [seu] âmbito”¹⁰³ pelo tomador de decisão. Por tudo isso, compreender a liberdade de discurso como externamente limitada corresponde a um pressuposto teórico indispensável ao balanceamento, ao passo que a natureza interna dos limites impostos a certas atividades discursivas é algo pressuposto por qualquer modelo definicional.

O raciocínio do balanceamento consiste num raciocínio essencialmente substantivo, uma vez que soluções para tensões entre direitos fundamentais perpassam necessariamente por um conjunto de *avaliações empíricas e contextuais* pelo tomador de decisão. Antes de mais nada, ele deve estabelecer o que de fato encontra-se em conflito, o que naturalmente demanda uma série de escolhas particulares: o embate se dá entre interesses ou entre valores? Quais exatamente são os interesses ou valores ligados ao discurso? E quais são os interesses/valores que se contrapõem ao discurso?¹⁰⁴ Quando, enfim, o tomador de decisão tiver realizado tais escolhas iniciais, o restante do “caminho decisório” é igualmente margeado por considerações substantivas, sobretudo por aquelas de natureza teleológica, como as do tipo: em que medida cada uma das alternativas

¹⁰² Ibidem. P. 34: “ (...) toda ação, estado ou posição jurídica que possua alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do ‘âmbito temático’ de um determinado direito fundamental, deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis”.

¹⁰³ Afonso da Silva, Virgílio (2005). Op. Cit. P. 137.

¹⁰⁴ Como teremos oportunidade de ver nas seções 4.1.2 e 4.2, o balanceamento muitas vezes foi acusado pelos seus críticos de “inflar” ou “hipertrofiar” os interesses regulatórios governamentais e de, ao mesmo tempo, “atrofiar” os interesses discursivos dispostos no lado oposto da balança. Essa foi, aliás, uma das principais críticas de Justice Black ao balanceamento levado a cabo pela maioria em *Barenblatt e Konigsberg*.

decisórias disponíveis promove (ou impede) a consecução daqueles valores/interesses anteriormente estipulados?

Em resumo, o balanceamento é, desde de as suas origens, um raciocínio decisório antiformalista¹⁰⁵. No domínio da Primeira Emenda, os predecessores do balanceamento, nomeadamente, o famoso *clear-and-present test*, desenvolvido pela primeira vez por Justice Holmes em *Schenck v. United States*¹⁰⁶, assim como a abordagem que a Suprema Corte costumava adotar em casos referentes à *restrição indireta ao discurso* (“*time, place and manner*” *restrictions*¹⁰⁷), já exigiam que os Justices se valessem de suas habilidades preditivas com o fim de avaliar relações do tipo “meio e fim”, de elencar as alternativas decisórias menos restritivas ao discurso, e de sopesar interesses conflitantes.¹⁰⁸

Em oposição, estratégias decisórias definicionais são eminentemente formais. Quando limites são impostos aprioristicamente, o suporte fático de um direito fundamental expressa um *dever definitivo* (representando uma verdadeira regra). A premissa maior do modelo de subsunção corresponde então à regra jurídica aplicável, ou por outra, ao direito fundamental já devidamente circunscrito. À guisa de exemplo, o dedutivismo de Meiklejohn teria como premissa maior os termos: “Primeira Emenda = proteção absoluta a discursos ligados à liberdade política e religiosa do cidadão americano”; já a premissa menor é composta pelos fatos do caso em questão: “atividade discursiva X = (ou ≠) a discursos ligados à liberdade política e religiosa do cidadão

¹⁰⁵ Aleinikoff, T. Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. 96 YALE L.J (1987). P. 949: (...) balancing was a major break with the past, responding to the collapse of nineteenth century conceptualism and formalism. (...) balancing represented one attempt by the judiciary to demonstrate that it could reject mechanical jurisprudence without rejecting the notion of law”.

¹⁰⁶ 249 U.S. 47 (1919): “The character of every act **depends on the circumstances** in which it is done. The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theater and causing a panic. (...) The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree. (Os grifos são meus).

¹⁰⁷ Cf. *Schneider v. State*, 308 US 147, 61 (1939): “The courts should be astute to examine the effects of the challenged legislation. (...) the delicate and difficult task falls upon the courts to **weigh the circumstances** and to appraise the substantiality of the reasons advanced in support of the regulation of the free enjoyment of the rights”. (Os grifos são meus).

¹⁰⁸ Bomhoff, Jacco (2013) Op. Cit. P.124-30: “The **clear-and-present-danger formula**, by its terms, asks courts to make a prediction. **Their task is empirical rather than value-based**. Finally, it is important to note Justice Holmes’ emphasis on the idea that constitutional protection for expression should be a question of degree, **to be answered for individual cases on the basis of their specific circumstances**”. “(...) concerning indirect ‘**time, place and manner**’ **restrictions** on speech (...) the Court in fact often adopted some version of a ‘**means/ends relation**’ test or ‘**least restrictive alternative**’ test to assess the constitutionality of these general regulatory statutes”. (Os grifos são meus).

americano”; e, como conclusão do silogismo, tem-se a *subsunção do fato à norma*: “atividade discursiva X é (ou não é) absolutamente protegida”.

O que diferencia os modelos decisórios pertencentes à tradição definicional? Esta é, sem dúvidas, uma questão central para o presente trabalho: ao que me parece, o que os diferencia é o procedimento argumentativo avançado por cada um deles para *justificar externamente* a premissa maior do silogismo. Acontece, porém, que o procedimento de construção da premissa maior não pode ser justificado senão mediante o recurso a alguma razão substantiva. Como vimos no parágrafo acima, Meiklejohn atribui a concepção geral de autogoverno pelo povo (princípio republicano) a função de auxiliar o processo de delimitação do suporte fático (ou construção da premissa maior) da Primeira Emenda (Cf. seção 3.2.2); Justice Black Thomas I. Emerson, no que lhes diz respeito, confiaram à distinção entre “ação” e “expressão” o papel de guiar a construção das fronteiras do livre discurso (Cf. seções 3.2.3 e 3.2.4.).

Como já mencionado, teorias absolutistas/dedutivas surgiram como alternativas ao balanceamento decisório; ou mais especificamente, surgiram como alternativas a uma estratégia decisória que se valia de razões substantivas indiscriminada e contextualmente. Em última instância, o que Meiklejohn, Thomas I. Emerson e Hugo Black propuseram é que o recurso a considerações substantivas deveria restringir-se ao estágio inicial de *definição* daquilo que realmente contava como discurso para os fins da Primeira Emenda. Uma vez traçadas as fronteiras da liberdade de discurso, ou ainda, uma vez que a definição de “discurso” estivesse sido devidamente estabilizada, o tomador de decisão ver-se-ia obrigado a tratar todas as atividades que caíssem no domínio de seu suporte fático como absolutamente protegidas, sem qualquer possibilidade de novos recursos a considerações substantivas¹⁰⁹.

Aliás, esta mesma lógica estava contida no procedimento decisório da categorização: proteção absoluta de um conjunto de atividades discursivas previamente delimitado a partir do recurso a razões substantivas deontológicas. A categorização, entretanto, calcava-se sobre a crença de que por detrás da Primeira Emenda conviviam harmonicamente um bom número de princípios mais profundos (perspectiva eclética).

¹⁰⁹ No mais, se o balanceamento decisório confia em razões substantivas teleológicas, voltando suas atenções para o futuro a fim de aquilatar “o melhor estado de coisas possível de ser alcançado”, as razões substantivas acessadas por estratégias definicionais são geralmente deontológicas e têm como objetivo servir de *critério estável* para a avaliação da constitucionalidade de atos discursivos.

Por exemplo: em *Chaplinsky*¹¹⁰, *Beauharnais*¹¹¹ e *Roth*¹¹², discursos de natureza profana, obscena, combativa e/ou difamatória foram todos excluídos do escopo protetivo da Primeira Emenda, em virtude do fato de eles não se conformarem a *nenhuma das razões* (e não à Razão Fundamental) pelas quais julgamos ser importante a proteção do discurso na sociedade¹¹³. A categorização nos moldes de *Chaplinsky* (ou nos moldes daquilo Harry Kalven Jr cunhou de “dois níveis do discurso”¹¹⁴) será exposta com maiores detalhes no capítulo 5. As posições absolutistas serão apresentadas em breve, no próximo capítulo. Antes disso, na seção abaixo, apresento algumas das alternativas criadas à dicotomia definição/balanceamento ou forma/substância.

2.3.3. Convivência entre forma e substância em estratégias decisórias da Primeira Emenda.

De tudo o que foi dito na seção anterior, talvez o que mereça maior destaque seja a relativização da dita natureza estanque da distinção entre forma e substância no raciocínio decisório da Primeira Emenda. Ressaltei que posições absolutistas devem sua plausibilidade (mínima que seja) ao auxílio oferecido por princípios substantivos no *inevitável procedimento de delimitação*¹¹⁵ do escopo protetivo da Primeira Emenda. Ficou por dizer que o raciocínio do balanceamento se vê igualmente obrigado a *definir* de antemão (mesmo que rudemente) os limites daquilo que é abarcado pelo âmbito de proteção da liberdade de discurso (isto é, definir quais atividades discursivas estão incluídas no “âmbito temático” da Primeira Emenda)¹¹⁶. Justamente por isto, Frederick

¹¹⁰ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

¹¹¹ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

¹¹² *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

¹¹³ 315 U.S. 568, 572 (1942): “There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or ‘fighting’ words (...). It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality”.

¹¹⁴ Harry Kalven, Jr. *The Metaphysics of the Law of Obscenity*. 1960 Supreme Court Review 1 (1960). P. 11: “At one level there are communications which, even though odious to the majority opinion of the day, even though expressive of the thought we hate, are entitled to be measured against the clear-and-present danger criterion. At another level are communications apparently so worthless as not to require any extensive judicial effort to determine whether they can be prohibited”.

¹¹⁵ Cf. Seção 3.2: Absolutismo Moderado (ou definicional).

¹¹⁶ Discordo, portanto, de Virgílio da Silva, para quem os elementos definicionais da teoria interna e os elementos de sopesamento da teoria externa são totalmente incompatíveis entre si [Cf. Afonso da Silva, Virgílio (2005)]. Ao que me parece, a suposição de que há apenas dois modos (estranques) de conceber os limites dos direitos fundamentais mascara a importante distinção entre **cobertura do direito** (*i.e., seu suporte fático*) e a **força protetiva conferida no interior dessa cobertura** [Cf. Seção: 5.2.1. Delineamento da cobertura protetiva]. Por exemplo: na jurisprudência constitucional norte-americana algumas atividades discursivas, tais como o perjúrio e a extorsão, são completamente invisíveis à Primeira Emenda, ou seja,

Schauer diz que: “although it is common to think of defining and balancing as opposing techniques of first amendment analysis, this is an oversimplification. Definers balance, albeit at different level of particularity, and balancers define”¹¹⁷.

Independentemente do quão mais suave tornemos a distinção entre a tradição definicional e o balanceamento - ressaltando haver entre elas tão somente um desacordo no modo pelo qual razões substantivas são incorporadas em cada procedimento decisório -, a verdade é que não podemos deixar de admitir que elas ocupam extremos de um mesmo contínuo. Em todo caso, nos últimos anos da década de 1960, quando o conflito entre balanceamento e absolutismo havia perdido muito do seu vigor, os esforços despendidos no desenvolvimento de novas abordagens decisórias passaram a se concentrar nos pontos médios entre aqueles dois extremos. Desde então, tornou-se comum a tentativa de combinar as virtudes do balanceamento com aquelas de modelos mais formais, mediante a articulação de elementos formais e substanciais no âmago de uma mesma metodologia adjudicatória.

Como verdadeiro precursor desse movimento, Melville B. Nimmer tinha no *balanceamento definicional* uma alternativa viável à então desgastada dicotomia entre balanceamento e absolutismo. Por um lado, ele rejeitava o absolutismo (ou a versão do absolutismo que na seção 3.1 chamarei de absolutismo radical) por acreditar existir um

são realmente afastadas, peremptória e categoricamente, da cobertura da liberdade de discurso. Em situações como essas a teoria dos limites imanentes de fato parece descrever corretamente a prática decisória da Suprema Corte. Todavia, disso não se segue que todas as atividades sob o domínio do suporte fático da Primeira Emenda sejam protegidas de maneira absoluta, isto é, sem que seja feita qualquer consideração a interesses conflitantes ao discurso. No fim das contas, dizer que uma atividade se encontra dentro do escopo protetivo de um direito pode significar apenas que a pretensão restritiva estatal exige-se uma força persuasiva considerável, mas atingível. [Cf. Schauer, Frederick. *Can Rights be Abused?* Oxford University Press. *The Philosophical Quarterly*. Vol. 31, No.124 (Jul. 1981). P. 229]. Em contrapartida, democracias constitucionais que se valem do balanceamento ou da proporcionalidade para a resolução de casos envolvendo a liberdade de discurso (e.g., Canadá, África do Sul e Alemanha) acreditam que, num primeiro momento, *todas* as atividades discursivas acham-se no domínio do suporte fático do direito ao livre discurso. Sob tal perspectiva, toda carga investigativa incide numa só etapa, ocasião em que é verificada se a regulação é: [para a regra da proporcionalidade] (a) *razoável*, (b) *necessária* numa sociedade democrática e (c) *proporcional* em sentido estrito; ou [para o balanceamento]: se os interesses regulatórios superam os interesses na proteção do discurso. Contudo, é ilusório imaginar que tais metodologias decisórias – que têm a teoria dos limites externo como pressuposto teórico - não operam, ainda que subrepticiamente, uma separação prévia entre reivindicações discursivas que, apesar de impopulares, guardam um mínimo de relação com as razões substantivas da liberdade de discurso (e.g., discursos pornográfico, racista e difamatório) e aquelas reivindicações discursivas que são indiscutivelmente alheias a qualquer propósito associado à liberdade de discurso (e.g., suborno e extorsão) [Cf. Schauer, Frederick, *The Exceptional First Amendment* (February 2005). KSG Working Paper No. RWP05-021. P. 32-36]. Em suma, quando a atividade discursiva envolvida no ato de pedir suborno é punida, isto não acontece porque interesses numa administração pública honesta, por exemplo, superam os interesses ligados ao livre discurso; nesse caso, a liberdade de comunicação não é sequer acionada.

¹¹⁷ Schauer, Frederick (1979). Op. Cit. P.904.

conjunto de atividades discursivas (e.g., o uso/troca de informações privilegiadas no mercado financeiro, ou aquelas atividades cobertas pela lei de direitos autorais) que indiscutivelmente achavam-se fora do escopo protetivo da Primeira Emenda¹¹⁸. Por outro lado, Nimmer também via com maus olhos o balanceamento ad hoc, por ele ser, dentre outras coisas, completamente incapaz de produzir orientações (regras) a guiar casos futuros; e, como resultado da incerteza gerada pelo balanceamento ad hoc, o autor pensava que as pessoas seriam dissuadidas de participar do “mercado de ideias” (*chilling effect*)¹¹⁹. Alternativamente, a adoção do *balanceamento definicional* criaria um aumento nos níveis de estabilidade e previsibilidade no processo decisório em torno da Primeira Emenda, uma vez que esperava-se de tal metodologia a formulação de uma regra “which can be employed in future cases without the occasion for further weighing of interests”¹²⁰.

A proposta de Melville B. Nimmer se aproxima da tradição definicional (do absolutismo definicional [cf. seção 3.2] e da categorização [cf. seção 5.1.1]) na medida em que prescreve que a *força protetiva* a ser aplicada a um conjunto limitado de atividades discursivas deva ser absoluta. Entretanto, quanto ao método escolhido para delimitar o conjunto de atividades irrestritamente protegidas (o que é dizer, quanto ao modo de acesso às razões substantivas), ao sugerir o recurso à lógica do balanceamento Nimmer afasta-se das demais abordagens definicionais¹²¹.

Explicitamente, o balanceamento definicional nunca foi adotado pela Suprema Corte. Alexander T. Aleinikoff chegou mesmo a contestar que seu uso (implícito) tenha sido feito no próprio julgamento a partir do qual Nimmer desenvolvera sua proposta (*New*

¹¹⁸ Nimmer, Melville B. The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy. 56 CALIF. L. REV. 935 (1968). P. 937: “(...) no one can responsibly hold the position that the first amendment is an absolute in the sense that it literally protects all speech”

¹¹⁹ Ibidem. P.939: “(...) if there is no rule at all then there is no certainty at all. The absence of certainty in the law is always unfortunate, but it is particularly pernicious where speech is concerned because it tends to deter all but the most courageous (not necessarily the most rational) from entering the market place of ideas”.

¹²⁰ Ibidem. P.945.

¹²¹ Uma das características distintivas do balanceamento definicional é que tanto os interesses discursivos quanto os interesses a eles contrapostos num caso concreto são avaliados holisticamente, isto é, num nível de abstração mais elevado [ibidem. P. 944]. Isto quer dizer que o que é posto em cada lado da balança não são os interesses específicos associados a cada parte do processo, e sim as razões substantivas mais amplas que justificam os interesses imediatos em jogo [e.g., controle do poder estatal pelo discurso v. reputação dos funcionários públicos; cf. *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)]. Do resultado do equilíbrio entre os valores em conflito, formula-se uma regra particular (e.g., “discursos difamatórios contra funcionários públicos são protegidos pela Primeira Emenda, a menos que se prove que eles tenham sido pronunciados maliciosamente [“(...) with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not” [376 U.S. 254, 279 (1964)]] a ser *subsumida* a todas situações cujas propriedades mais relevantes sejam similares àquelas do caso-paradigma que deu origem à regra.

York Times v. Sullivan)¹²². De qualquer maneira, indiscutível é que a convivência entre elementos formais e substanciais ganhou força na adjudicação constitucional da Primeira Emenda, e que isso se deu a partir de dois movimentos, nomeadamente: (a) o *movimento de complexificação* daquelas categorias discursivas que décadas antes haviam sido criadas em *Chaplinsky* (Cf. Seções 5.1.2 e 5.1.3); categorias estas que passaram, cada uma delas, a deter uma *estrutura altamente analítica*, organizada com base numa série de testes, etapas, camadas e presunções; e, (b) no domínio dos discursos de “alto valor social”, um *movimento de codificação da Primeira Emenda* por intermédio de diretivas normativas com graus distintos de especificidade, desde aquelas mais próximas ao extremo das “regras” (e.g., proibição quase absoluta à censura prévia), até as que foram formuladas sob a forma de standards (e.g., diretrizes que regem a revisão de constitucionalidade de *content-neutral restrictions*) (cf. capítulo 6).

1º Movimento: complexificação das categorias discursivas:

Segundo a lógica decisória contida em *Chaplinsky*, como já vimos, algumas categorias discursivas (discursos profanos, obscenos, difamatórios e combativos) eram consideradas como simplesmente invisíveis à Constituição. Em 1960, quando Harry Kalven Jr. apontou existir apenas “duas camadas/níveis de discurso”¹²³ ele quis chamar a atenção para a lógica binária (dentro ou fora; tudo ou nada; protegido ou não-protegido) que governava casos como *Chaplinsky* e *Beauharnais*.¹²⁴ Em outras palavras, a inclusão de uma determinada atividade discursiva numa daquelas categorias tidas como de “pouco ou nenhum valor social” significava a sua total desconsideração como “discurso” para fins de proteção da Primeira Emenda. Porém, quatro anos depois, em 1964, comentando sobre *New York Times v. Sullivan*, Kalven Jr. comemorou o fato de que “no matter how speech is classified, there must still be First Amendment consideration and review. No category of speech is any longer beneath the protection of the First Amendment.”¹²⁵ (Os grifos são meus).

¹²² Cf. Aleinikoff, T. Alexander (1987). Op. Cit. P. 1001: “While some [Melville B. Nimmer] have characterized *Sullivan* as a balancing case, it clearly is not. (...). Speech based on ‘knowledge falsehood’ and its close cousin ‘reckless disregard’ are not protected by the decision because they are not types of speech that further First Amendments goals”.

¹²³ Cf. Harry Kalven, Jr (1960). Op. Cit.

¹²⁴ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, 257 (1952).

¹²⁵ Harry Kalven, Jr. The New York Times Case: A Note on “The Central Meaning of the First Amendment,” 1964 Sup. Ct. Rev. 191. P.217-218.

A mudança que Kalven Jr. corretamente reconheceu haver transcorrido na categoria de discursos difamatórios espalhou-se gradativamente para quase todas¹²⁶ as outras categorias discursivas então marginalizadas. Aos poucos, testes, princípios gerais, regras e presunções foram sendo desenvolvidos no seio daquelas categorias discursivas, com vistas a conformar o interesse restritivo estatal à satisfação de certos *parâmetros argumentativos pré-determinados*. Discursos anteriormente invisíveis à Primeira Emenda foram sendo acolhidos no âmbito protetivo do direito ao livre discurso¹²⁷.

Na verdade, devo aqui adiantar uma importante distinção¹²⁸: relativamente a algumas categorias - como as dos discursos obscenos e combativos -, a Corte continuou percebendo-as como indignas de qualquer proteção¹²⁹. Quanto à categoria da obscenidade, por exemplo, a diferença entre *Chaplinsky*¹³⁰, *Roth*¹³¹ e *Miller*¹³² se situou no considerável aumento da complexidade (ou da analiticidade) dos critérios que passaram a ser exigidos (em *Roth* e em *Miller*) para *definir* o que exatamente contava como “atividade obscena”¹³³. Em outras palavras, o acesso a razões substantivas, bem como sucedia com as estratégias definicionais acima descritas, seguiu restrito àquela fase da delimitação da cobertura protetiva do direito.¹³⁴ A Corte percebeu, entretanto, que a

¹²⁶ As exceções são a categoria “pornografia infantil” [Cf. *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982)] e “ameaças reais” [Cf. *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003)].

¹²⁷ Cf. Farber, Daniel A. The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law. *Indiana Law Journal*: Vol. 84: Iss. 3, Article 7 (2009).

¹²⁸ Essa distinção é representada nas subseções 5.1.2 [Complexificação definicional: discursos obscenos e combativos] e 5.1.3 [Desenvolvimento no interior das categorias: discursos difamatórios, comerciais e subversivos].

¹²⁹ Cf. *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 484 (1957): “All ideas having even the slightest redeeming social importance - unorthodox ideas, controversial ideas, even ideas hateful to the prevailing climate of opinion - have the full protection of the guaranties, unless excludable because they encroach upon the limited area of more important interests. **But implicit in the history of the First Amendment is the rejection of obscenity as utterly without redeeming social importance**”. (Os grifos são meus).

¹³⁰ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

¹³¹ *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

¹³² *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

¹³³ Compare o teste formulado em *Roth*, segundo o qual um ato é obsceno “whether to the average person, applying contemporary community standards, the dominant theme of the material taken as a whole appeals to prurient interest” com o consideravelmente mais sofisticado teste tripartite criado em *Miller*: “The basic guideline for the trier of fact must be (a) whether ‘the average person, applying contemporary community standards’ would find that the work, taken as a whole, appears to the prurient interest; (b) whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; (c) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value”.

¹³⁴ Quanto aos discursos combativos, *Cohen v. California* [403 U.S. 15 (1971)] é um excelente exemplo do fato de que o ônus argumentativo imposto à pretensão restritiva continuou a incidir predominantemente na etapa de delimitação do escopo protetivo do direito [i.e., da *definição* dos termos “obscenidade” e “combativo”]: “This Court has also held that the States are free to ban simple use, **without a demonstration of additional justifying circumstances**, of so-called ‘fighting words’, those personally abusive epithets which, when addressed to the ordinary citizen [i.e. ‘**directed to the person of the hearer**’] are, as a matter of common knowledge, **inherently likely to provoke violent reaction**”. (Os grifos são meus).

simples *rotulação* de um discurso como obsceno ou combativo, sendo uma operação demasiada grosseira, colocava em perigo relevantes valores substantivos potencialmente associados àqueles discursos. A solução à rudimentar técnica de rotulação foi tornar a “lâmina definicional” mais afiada, filtrando o acesso a razões substantivas, ou melhor, organizando o acesso a elas pelo estabelecimento de testes com várias etapas, a exemplo do *Miller’s Test*¹³⁵.

Quanto às categorias discursivas de outras espécies, como as dos discursos difamatórios, subversivos ou comerciais, a ruptura com a lógica binária contida em *Chaplinsky* foi ainda maior. Relativamente a tais discursos, a *categorização* ganhou novas feições, o que certamente explica o êxtase de Harry Kalven Jr. em seus comentários sobre *Sullivan*. O caráter distintivo dessa nova versão da categorização é que, mesmo naquelas situações em ninguém seria capaz de contestar a classificação de um discurso como “difamatório”, “subversivo” ou “comercial”, à pretensão restritiva estatal ainda se exigia a superação de um robusto ônus argumentativo: em *Sullivan*, a comprovação de que a enunciação do discurso difamatório foi realizada maliciosamente (“*actual malice*” test) ; em *Brandenburg*¹³⁶ a demonstração que o discurso subversivo foi enunciado para incitar ações ilegais, e que era provável que por causa dele tais ações viessem de fato a acontecer (*Brandenburg’s Test*).

Pensemos por um mais instante nas atividades discursivas que nas décadas que se seguiram à *Chaplinsky* foram aos poucos sendo recepcionadas no âmbito da Primeira Emenda, como é caso da difamação e do discurso comercial¹³⁷, bem como naquelas outras que passaram gradativamente a receber contornos descritivos mais precisos, a exemplo do que se deu com os discursos obscenos. Em *Sullivan*, o bilhete de entrada da difamação no conjunto de discursos constitucionalmente protegidos foi emitido com base na percepção dos Justices de que mesmo declarações falsas sobre a atuação de autoridades

¹³⁵ Ver duas notas acima.

¹³⁶ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

¹³⁷ Quando voltamos nossas atenções à evolução deflagrada no domínio do discurso comercial, torna-se ainda mais evidente que o recurso a razões substantivas deixou de ser apenas uma ferramenta a definir os exatos contornos daquele conjunto discursivo (ou seja, uma ferramenta estritamente definicional), passando a servir também como instrumento para calibrar a *força protetiva* disposta no interior da categoria. Os parâmetros estabelecidos para a avaliação da constitucionalidade de normas restritivas a discursos comerciais só foram estabilizados em *Central Hudson Gas & Electric Corp v. Public Service Commission* [447 U.S. 557 (1980)]. Em *Central Hudson* formulou-se um rebuscado teste cuja primeira de suas quatro etapas cumpria a função de definir os contornos do discurso comercial, ao passo que as três etapas seguintes procediam um *escrutínio estrito* nos interesses governamentais contrapostos ao discurso.

públicas (contanto que não maliciosas) possibilitam a consecução de um estado de coisas mais próximo daquele idealizado pelo princípio republicano de controle do poder estatal pelo povo. Já em *Miller*, o que motivou a Corte a tornar mais precisos os critérios usados no exercício de qualificação de um discurso como obsceno foi a tomada de consciência de que muitas das coisas as quais *ordinariamente* tem-se por obscenas são, em virtude de seu valor político, artístico ou científico, interpretadas pela Constituição como discursos não-obscenos. Finalmente, em *Virginia State Board*¹³⁸ admitiu-se que informações comerciais que não fossem falsas nem enganosas seriam dignas de proteção constitucional, uma vez que corroboravam para o livre fluxo de ideias.

Em cada uma dessas oportunidades as razões substantivas da Primeira Emenda de alguma maneira fizeram parte do cálculo decisório da Suprema Corte; em nenhuma delas, porém, o acesso a elas foi feito de maneira desregulada e casuística. Houve por parte da Corte uma preocupação na criação de testes e parâmetros capazes de conformar julgamentos futuros às conclusões alcançadas naquele momento; isto é, a formulação de roteiros argumentativos estáveis e intersubjetivamente controláveis. Presunções contra interesses regulatórios foram criadas; os ônus de prova passaram a recair sobre o poder governamental, que se viu então diante da árdua missão de provar que discursos difamatórios eram também maliciosos; que discursos obscenos eram também destituídos de qualquer valor social; e que propagandas comerciais eram também falsas ou enganosas.

2º Movimento: criação de critérios gerais e complementares (codificação da Primeira Emenda).

Do outro lado da lógica binária (dentro/fora) estabelecida em *Chaplinsky* situavam-se aquelas categorias discursivas as quais ninguém ousaria questionar seu *alto valor* (e.g., discursos políticos, simbólicos, científico e artísticos). O segundo movimento a partir do qual elementos formais e substanciais foram compatibilizados no processo decisório da Primeira Emenda impactou principalmente esse conjunto de discursos cuja proteção efetiva era até então tida como incontestável.

Ao longo de sua extensa experiência decisória no domínio da Primeira Emenda, a Suprema Corte criou uma série de diretivas normativas para regulamentar minimamente a

¹³⁸ *Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976).

enunciação de discursos “de maior valor social”. Algumas dessas diretivas foram formuladas sob a forma de regras, enquanto outras o foram sob a forma de standards. Se colocássemos num contínuo, mais próximo ao extremo “regras” ficaria a proibição à censura prévia. A doutrina do *prior restraint* funciona como uma verdadeira regra porque exclui do conjunto de decisões disponíveis ao magistrado uma série de opções decisórias que seriam desejáveis sob um ponto de vista “não formal”. Dessa forma, pesa sobre normas que buscam censurar previamente atividades discursivas uma *presunção de inconstitucionalidade quase absoluta*¹³⁹. Um pouco menos próximas ao extremo “regras” acharíamos aquelas doutrinas que permitem que atos normativos sejam invalidados de plano (*on its face*, o que é dizer, dispensando o exame dos interesses estatais na restrição), tanto em virtude de sua abrangência excessiva (*overbreadth*), como em função da vagueza de sua formulação (*vagueness*). Também pendendo para o lado das regras estariam a proibição quase absoluta a práticas discursivas em fóruns não-públicos, isto é, em propriedades tradicionalmente reputadas como fechadas ao livre discurso (como complexos prisionais e bases militares), bem como a *forte presunção de inconstitucionalidade* que recai sobre pretensões regulatórias não neutras em relação ao conteúdo discursivo (*content-based restrictions*).

No outro extremo, estariam as regulações neutras (*content-neutral restrictions*): em relação a elas, o tomador de decisão não apenas é pouco constrangido pela força autoritativa de regras categóricas, como também, e para ser capaz de dar uma resposta ao caso que se lhe apresenta, nada pode fazer senão recorrer ao exame das vicissitudes da situação concreta. Como veremos com maior riqueza de detalhe na seção 6.1.3, em situações nas quais o juiz se vê diante de uma “regulação neutra” (e.g., regulações motivadas por questões envolvendo o tempo, modo ou lugar do proferimento do discurso), pouquíssimas coisas parecem ter sido decididas de antemão, restando-lhe por determinar um bom número de questões, dentre as quais: a existência ou não de meios alternativos através dos quais a mesma mensagem pode ser transmitida, e a força dos interesses regulatórios estatais (ou seja, se são eles razoáveis, relevantes ou imperiosos).

Retornado a metáfora criada por Kathleen M. Sullivan, o trabalho do taxinomista (isto é, o trabalho do juiz que se vê diante de diretivas normativas como aquelas do *prior*

¹³⁹ Há exceções, ou melhor, há situações em que a forte presunção de inconstitucionalidade é superada: Cf. *Snepp v. United States*, 444 U.S. 507 (1980), caso em que a Suprema Corte aceitou injunções contra a publicação de certos livros que infringiam o dever de sigilo contratual.

restraint, overbreadth e *vagueness*) tem reduzido drasticamente os canais de acesso às particularidades da situação concreto. Ou seja, quanto mais categórica for a formulação de uma norma jurídica, o que é dizer, quanto maior for a extensão em que uma regra predetermina o resultado que decorre de fatos determinados, tanto menor será a discricionariedade decisória à disposição do tomador de decisão¹⁴⁰. Ao contrário, quanto menos categórica for a formulação da regra (como é o que acontece nas revisões de constitucionalidade de regulações neutras), mais o tomador de decisão tende a trabalhar tal como se estivesse numa mercearia.

Há vantagens atreladas à cada uma dessas estratégias. De um lado, quanto mais sensíveis às singularidades do caso concreto forem os modelos decisórios, tanto mais aptos serão eles em evitar que do surgimento de uma situação imprevista (ou imprevisível) no momento da formulação da regra decorra um resultado anômalo (ou seja, um resultado completamente estranho aos propósitos da Primeira Emenda). Por outro lado, a outorga de altos níveis de flexibilidade e de discricionariedade para que tomadores de decisão ajustem casuisticamente seus parâmetros decisórios em função das vicissitudes da situação mais imediata não é possível a não que se pague o devido preço. Esse preço, nada menos do que um velho conhecido de todos aqueles que se dedicam ao estudo das vantagens do formalismo no direito, pode ser dividido em: (a) *decréscimo no nível da previsibilidade* do procedimento decisório: algo que no que diz respeito à liberdade de discurso pode ser especialmente preocupante devido ao alto risco de autocensura (*chilling*) que decorre da insegurança jurídica¹⁴¹; e (b) a questão empírica de saber se, em última instância, juízes menos constrangidos pela autoridade de regras categóricas não estariam mais propensos a produzir, em número e magnitude, resultados errôneos¹⁴².

De todo modo, entre a aplicação mecânica de regras categóricas e a discricionariedade judicial irrestrita despontam alternativas das mais variadas nuances; e é justamente nos pontos médios entre os extremos da “categorização taxionomista” e do “balanceamento *ad hoc* da mercearia” que a Suprema Corte vem desenvolvendo critérios capazes de combinar a qualidade “aptidão para guiar casos futuros” (*guidance*) com as

¹⁴⁰ Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P.300.

¹⁴¹ Cf. Schauer, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the “Chilling Effect”. 58 B.U.L. Rev. 685 (1978).

¹⁴² Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P. 299. Conferir também: Sunstein, Cass R. Must Formalism Be Defended Empirically? John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 70, (1999).

vantagens em se guardar um mínimo de flexibilidade para que possamos nos prevenir contra eventuais resultados anômalos. Esse é o tema dos capítulos 5 e 6.

2.3.4. A instrumentalização do formalismo na Primeira Emenda:

Se fizéssemos um breve inventário das personagens mais emblemáticas que solicitaram junto à Corte proteção aos seus direitos discursivos ao longo do século passado, acabaríamos com uma lista repleta de figuras nada simpáticas: racistas que queimam cruzeiros em quintais de negros no sul dos Estados Unidos¹⁴³; nazistas que se rejubilam em ostentar seus símbolos numa cidade desproporcionalmente ocupada por judeus¹⁴⁴; comerciantes de pornografia infantil¹⁴⁵; testemunhas de jeová que batem de porta em porta em busca de adeptos para a sua seita¹⁴⁶; antipatriotas que queimam a bandeira nacional em público¹⁴⁷; membros da Ku Klux Klan que se opõem com veemência à adoção de políticas antissegregacionistas¹⁴⁸, entre muitos e muitos outros indivíduos os quais poucos de nós gostaríamos de ter à nossa volta. Por isto, em situações envolvendo perfis repugnantes como a de um nazista ou a de um racista confesso, “a supressão de [suas repulsivas] opiniões parece ser um curso de ação inteiramente plausível”¹⁴⁹.

De outra parte, poucas pessoas haveriam de negar que do respeito à liberdade de discurso decorre uma série de benefícios, tanto à sociedade como um todo, quanto aos seus cidadãos individualmente tomados. Estes benefícios, compilados aqui sob o rótulo de “razões substantivas”, abarcam desde o ideal republicano no controle dos governantes pelo povo, até a aspiração libertária na formação de cidadãos autônomos, guardados contra resoluções de um governo paternalista. Seja como for, falar de ideais republicanos e libertários, ou mesmo das outras tantas vantagens associadas ao livre discurso é, posto que belo, algo sempre um tanto quanto impalpável. Em outras palavras, os valores dos

¹⁴³ *R.A.V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992); *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

¹⁴⁴ *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 434 U.S. 43 (1977).

¹⁴⁵ *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).

¹⁴⁶ *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).

¹⁴⁷ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989); *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990).

¹⁴⁸ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

¹⁴⁹ Emerson, Thomas. *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 YALE L.J. 877 (1963). P. 888.

quais acreditamos que usufruam sociedades que guardam em alta conta a liberdade de discurso costumam ser “valores de longo prazo”¹⁵⁰.

O balanceamento decisório, ao se apresentar como uma metodologia que abnega o que em sua visão não passa de “constrangimentos formais” ao alcance dos melhores resultados para o caso concreto, promete tornar mais flexível e subjetivamente mais justo o processo decisório da Primeira Emenda. Essa crença no balanceamento como uma metodologia *normativamente mais desejável* do que os seus concorrentes definicionais despontou em toda sua clareza nos votos que Justices Frankfurter e Harlan proferiram em *Dennis*¹⁵¹: enquanto aquele fez questão de enfatizar as vantagens de um “informado sopesamento entre interesses concorrentes” comparativamente aos “dogmas por demais inflexíveis para lidar com problemas não euclidianos”¹⁵²; este se engajou em extirpar do “*clear and present danger*” test qualquer vestígio formal que nele pudesse existir, como se depreende de sua recusa em interpretá-lo como uma “camisa de força semântica” ou, o que dá no mesmo, como uma “regra rígida a ser aplicada inflexivelmente, sem levar em conta as circunstâncias de cada caso”¹⁵³.

Mas, cabe aqui perguntar: em relação ao que exatamente o balanceamento seria normativamente preferível a posturas decisórias mais formais? Do ponto de vista exclusivo da Primeira Emenda, a disputa metodológica entre balanceamento e definição se resume à questão de saber qual estratégia mostra-se mais apta a corroborar para o alcance daquilo que em última instância justifica a existência do direito ao livre discurso. E se há algum acerto no que foi dito nos dois primeiros parágrafos desta subseção - isto é, que não é incomum que interesses regulatórios sejam pintados com as cores de “prementes questões de ordem pública”, ao passo que os “benefícios a longo prazo” atrelados a interesses discursivos sejam simplesmente ignorados -, existem então excelentes razões para que sejamos céticos em relação à habilidade de certas metodologias decisórias – sobretudo em relação àquelas que autorizam ilimitadas

¹⁵⁰ Schauer, Frederick. Codifying the First Amendment: New York v. Ferber. *Faculty Publications*. 884 (1982). P. 286-87.

¹⁵¹ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

¹⁵² 341 U.S. 494, 524-25 (1951).

¹⁵³ 341 U.S. 494, 508 (1951).

avaliações casuísticas por parte dos operadores do direito constitucional – em contribuir para consumação do estado de coisas almejado pela Primeira Emenda¹⁵⁴.

Quando as coisas são colocadas nesses termos, isto é, como uma disputa entre metodologias decisórias que reclamam cada uma a si própria o título de “O melhor promotor das razões substantivas que suportam a liberdade de discurso”, o formalismo, que na visão de seus críticos nada mais seria que não um mero fetiche da “forma pela forma”, surge então como um *instrumento*, como uma estratégia de segunda ordem para a consecução dos valores discursivos albergados pela Constituição. De forma mais simples, o formalismo aqui passa a ser compreendido como uma dentre muitas “estratégias interpretativas” à disposição do “designer do ambiente decisório”, como colocaria Sunstein¹⁵⁵, ou por outra, como fazendo parte de uma “estratégia pragmática”, nos termos com os quais o introduziria Richard Posner¹⁵⁶. “Uma vez que o formalismo jurídico é uma questão de escolha, e uma vez que as razões para tal escolha são vistas como simples razões de políticas públicas (*policy*), ideológicas e política [ou seja, de razões substantivas]” Jacco Bomhoff conclui que “essa posição [metodológica] se traduz em nada menos do que numa *instrumentalização do formalismo jurídico*”¹⁵⁷.

O meu objetivo com este trabalho é descrever a evolução da prática decisória da Primeira Emenda como produto da tomada de consciência por parte dos membros Corte de que o desenvolvimento de mecanismos formais (como testes¹⁵⁸, presunções¹⁵⁹ e critérios analíticos gerais e complementares¹⁶⁰) numa área do direito regulada por dispositivos vagos, ou por formulações normativas que pouco ou nada orientam o processo decisório, pode ser *substantivamente* bastante vantajoso. Portanto, nos capítulos que se seguem, o desenvolvimento dos modelos decisórios da Primeira Emenda no âmbito da jurisdição constitucional norte-americana será descrito como “influenciado pela disposição [da Corte] em proteger [atividades discursivas que], por si próprias, nada exigiriam senão condenação”¹⁶¹. E isso explica o porquê de sua tolerância, não poucas

¹⁵⁴ Schauer, Frederick (1989). Op. Cit. P.2: “Not only the first amendment, but also the very idea of a principle of freedom of speech, is an embodiment of a risk-averse distrust of decisionmakers”.

¹⁵⁵ Sunstein, Cass R. (1999). Op. Cit. P. 638.

¹⁵⁶ Posner, Richard A. Law, Pragmatism and Democracy. Harvard University Press: Cambridge Massachusetts; London England (2003). P. 59-60.

¹⁵⁷ Bomhoff, Jacco (2013). Op. Cit. P.214-15. Os grifos são meus.

¹⁵⁸ E.g., Miller’s, O’Brien’s, Brandenburg’s Tests.

¹⁵⁹ E.g., Strict, intermediate, and deferential standards of review.

¹⁶⁰ E.g., content based v. content neutral restrictions, overbreadth, prior restraint, vagueness.

¹⁶¹ Schauer, Frederick (1982). Op. Cit. P. 286.

vezes criticada como irracional ou contraintuitiva, com muitas daquelas figuras que mencionei no início desta subseção, como com os nazistas em *Village of Skokie*¹⁶² ou com os racistas em *Brandenburg*¹⁶³ e em *R.A.V*¹⁶⁴

Como é do seu costume, Schauer toca no íntimo da questão quando diz que:

“People such as this have prevailed under the First Amendment not because what they in particular had to say furnishes the *raison d’être* for free speech, but because they have been the fortunate beneficiaries of a desire to preserve long-run First Amendment values by looking not at isolated instances of speech but at broad categories. They have benefited as well from a great reluctance, even in the face of extreme cases, to permit First Amendment protection to turn on the determination by any official body, even a court, of the comparative worth of particular utterances”¹⁶⁵.

Ainda assim, interpretar a trajetória metodológica da Suprema Corte ao longo do último século em termos de uma progressiva codificação (ou densificação) da Primeira Emenda não equivale a acreditar numa vitória do absolutismo ou da categorização sobre o balanceamento. Isto é, a percepção do “balanceamento” e da “definição” como duas técnicas necessariamente incompatíveis entre si parece ter ficado nas décadas de 1950 e 1960; o que as décadas seguintes presenciaram foi uma incansável busca pela conciliação entre os aspectos formais e substanciais da liberdade de discurso por intermédio justamente de uma conciliação entre a lógica do balanceamento e a lógica da definição no âmago de uma mesma abordagem adjudicatória (aliás, não é à toa que esta dissertação tem como subtítulo “Um Estudo sobre a Relação entre Forma e Substância na Jurisdição Constitucional da Primeira Emenda”).

Os dois capítulos a seguir (Capítulos 3 e 4), bem como a primeira seção do capítulo 5 (Seção 5.1), tratam, respectivamente, do absolutismo decisório, do balanceamento e da categorização nos moldes da *teoria dos dois níveis*. Percebam então que uma parcela significativa deste trabalho é dedicada aos extremos, à controvérsia que influenciou (e que ainda influencia) muito do que se produziu sobre modelos decisórios da Primeira Emenda. O restante desta dissertação (demais seções do capítulo 5 e todo o extenso capítulo 6) cuida da procura por alternativas à dicotomia que até então dominava

¹⁶² *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 434 U.S. 1327 (1977).

¹⁶³ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

¹⁶⁴ *R.A.V v. St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

¹⁶⁵ Schauer, Frederick (1982). Op. Cit. P. 287.

a jurisdição constitucional da Primeira Emenda, seja mediante a complexificação do interior do seu âmbito protetivo (isto é, mediante a criação de subcategorias dotadas cada qual com testes, presunções e abordagens analíticas próprias), seja através do desenvolvimento de regras e critérios gerais, como aquelas do *prior restraint*, *overbreadth*, *vagueness*, ou as que derivam da distinção entre regulações neutras e regulações de conteúdo.

3. Posições absolutistas:

3.1. O Absolutismo radical:

3.1.1. Introdução:

Comparativamente às demais emendas à Constituição norte-americana, a linguagem da Primeira Emenda é clara e inequívoca. Segundo ela: “Congress shall make no law (...) abridging the freedom of speech”. Outras restrições ao poder governamental são consideravelmente mais ambíguas: a Décima Quarta Emenda, por exemplo, protege “the right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects” contra “*unreasonable* searches and seizures”. À primeira vista, definir o que conta como “razoável” para os fins da Décima Quarta Emenda soa como uma tarefa árdua quando comparada à proibição (literalmente) categórica proclamada pela Primeira Emenda. O

mesmo poderia ser dito em relação à Quinta¹⁶⁶ e à Oitava Emenda¹⁶⁷: ambas carecem da assertividade exibida pela formulação da Primeira Emenda.

Termos como “unreasonable”, “due process”, “excessive”, “cruel”, “unusual” colocam em evidência o fato de que os direitos garantidos pelos dispositivos constitucionais dos quais fazem parte são em alguma medida limitados; ou ainda, que eles impõem, mesmo que de modo pouco preciso, critérios mínimos de justificação para o exercício do poder coercitivo por parte do Estado. À vista disso, a Quinta Emenda não proíbe por completo qualquer ato que atente contra a liberdade, vida e propriedade dos cidadãos norte-americanos, mas apenas aqueles atos que não respeitam o *devido processo legal*; do mesmo modo, buscas e apreensões baseadas em *justificativas razoáveis* são permitidas pela Décima Quarta Emenda. Em relação à Primeira o mesmo não acontece: em seus próprios termos, ela é evidente e absoluta¹⁶⁸. Contudo, resta ainda saber se admitir o caráter absoluto dos termos pelos quais a Primeira Emenda é formulada implica necessariamente defender que a liberdade de discurso deva *sempre* prevalecer, custe o que custar. E é sobre esta última questão que as seções abaixo se detêm.

3.1.2. Justices Black e Douglas: absolutistas radicais?

Em diversas ocasiões, sobretudo entre as décadas de 1950 e 1960, alguns membros da Suprema Corte dos Estados Unidos disseram em seus votos que a Primeira Emenda deveria ser interpretada em sua absoluta literalidade. Justice Black, geralmente apontado como o maior expoente da posição absolutista na Suprema Corte, expressou desta forma seu ponto de vista sobre a interpretação devida à Primeira Emenda:

“I do not agree that the Constitution leaves freedom of petition, assembly, speech, press or worship at the mercy of a case-by-case, day-by-day majority of this Court. I had supposed that our people could rely for their freedom on the Constitution's commands, rather than on the grace of this Court on an individual case basis (...) *I think the First Amendment, with the Fourteenth, ‘absolutely’ forbids such laws without any ‘ifs’ or ‘buts’ or ‘whereases’*”.¹⁶⁹(Os grifos são meus).

¹⁶⁶ “No person shall be (...) compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without *due process of law*”.

¹⁶⁷ “*Excessive* bail shall not be required, nor *excessive* fine imposed, nor *cruel and unusual* punishments inflicted”.

¹⁶⁸ Van Alstyne, William., A Graphic Review of the Free Speech Clause (1982). *Faculty Publications*. Paper 731. P.111.

¹⁶⁹ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, 257 (1952).

Essas palavras foram proferidas em *Beauharnais v. Illinois*. Naquela ocasião, Justice Black, acompanhado por Justice Douglas, voltou-se contra a opinião majoritária da Corte que confirmava o poder de Illinois em promulgar lei tornando crime, dentre outras coisas, a distribuição de materiais que expusessem cidadãos de qualquer raça, cor ou credo ao escárnio ou ao desprezo, ou que fossem capazes de colocar em risco a paz pública¹⁷⁰. Ao comparar a linguagem da Primeira Emenda com os demais dispositivos da Constituição, Justice Douglas ecoou a ideia com a qual iniciei a seção anterior:

“The First Amendment is couched in absolute terms - freedom of speech shall not be abridged. Speech has therefore a preferred position as contrasted to some other civil rights. For example, privacy, equally sacred to some, is protected by the Fourth Amendment only against unreasonable searches and seizures. There is room for regulation of the ways and means of invading privacy. No such leeway is granted the invasion of the right of free speech guaranteed by the First Amendment”¹⁷¹. (Os grifos são meus).

Em breves palavras, *Beauharnais* poderia ser assim descrito: Joseph Beauharnais era presidente de uma organização de extremistas brancos (White Circle League) que se opunham à miscigenação entre raças em Illinois. O grupo de Beauharnais decidiu pressionar as autoridades públicas de Chicago para que fossem aprovadas políticas segregacionistas naquele estado. Para tanto, voluntários foram convocados às ruas para distribuir panfletos com informações sobre o grupo, suas crenças e seus planos; além disso, membros do grupo solicitaram assinaturas para uma petição a ser enviada às autoridades municipais. O material distribuído continha ataques manifestos contra a população negra.¹⁷² Por violação à norma que proibia o escárnio e a quebra da paz pública, Beauharnais foi condenado pela Corte Municipal de Illinois. Depois de a decisão ser confirmada pela Suprema Corte de Illinois, a Suprema Corte dos Estados Unidos foi chamada a decidir sobre a constitucionalidade daquela norma, tendo, para tanto, que avaliar se ela violava a liberdade de discurso, ou mesmo se era nula em razão de sua suposta vagueza.

¹⁷⁰A norma completa está contida no seguinte dispositivo: Ill.Rev.Stat., 1949, c. 38, § 471. "It shall be unlawful for any person, firm or corporation to manufacture, sell, or offer for sale, advertise or publish, present or exhibit in any public place in this state any lithograph, moving picture, play; drama or sketch, which publication or exhibition portrays depravity, criminality, unchastity, or lack of virtue of a class of citizens, of any race, color, creed or religion which said publication or exhibition exposes the citizens of any race, color, creed or religion to contempt, derision, or obloquy or which is productive of breach of the peace or -riots. . . ."

¹⁷¹ 343 U.S. 250, 285 (1952)

¹⁷² Como, por exemplo: "If persuasion and the need to prevent the white race from becoming mongrelized by the negro will not unite us, then the aggressions (...) rapes, robberies, knives, guns and marijuana of the negro, surely will." *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, 252 (1952).

Nos termos do voto vencedor escrito por Justice Frankfurter, afirmações difamatórias, mesmo quando dirigidas não a um indivíduo determinado e sim a todo um grupo de pessoas (*group libel*), *encontravam-se completamente fora do âmbito de proteção da liberdade de discurso*¹⁷³. A decisão da Corte em *Beauharnais* seguiu então a lógica estabelecida uma década antes em *Chaplinsky*¹⁷⁴, qual seja, a de que algumas categorias discursivas (como as dos discursos combativos, obscenos, profanos e difamatórios) eram simplesmente invisíveis à Primeira Emenda. Em *Chaplinsky*, diga-se de passagem, Justices Douglas e Black subscreveram o voto majoritário escrito por Justice Murphy: concordância esta que, por sinal, já é um forte indício de que os Justices não defendiam realmente uma versão radical (intransigente) do absolutismo. Mas em *Beauharnais* Justice Black qualificou sua posição anterior, dizendo que discursos combativos (*fighting words*) só poderiam ser *categoricamente* excluídos do escopo da Primeira Emenda sob a condição de (a) serem eles pronunciados “face a face” e (b) quando não fossem “parte essencial da exposição de uma ideia”. Em consequência dessa sua qualificação, o raciocínio que o guiou em *Chaplinsky* não foi estendido à *Beauharnais*¹⁷⁵.

De qualquer modo, *Chaplinsky* surgiu como o primeiro sinal de que as posições de Justices Black e Douglas eram mais moderadas do que a leitura de seus votos à primeira vista poderia nos fazer crer. Existia, é claro, uma *dimensão retórica* em suas aparentes defesas de um absolutismo radical. E para entender melhor o que motivou o uso dessa “retórica da intransigência protetiva” é preciso ter em mente que nas vésperas de *Beauharnais*, em *Douds*¹⁷⁶ e em *Dennis*¹⁷⁷, a Corte havia se valido da “perigosa doutrina do balanceamento”¹⁷⁸ para limitar discursos associados à “ameaça vermelha”.

¹⁷³ 343 U.S. 250, 266 (1952): “Libelous utterances not being within the area of constitutionally protected speech, it is unnecessary, either for us or for the States courts, to consider the issues behind the phrase ‘clear and present danger’. Certainly no one would contend that obscene speech, for example, may be punished only upon a showing of such circumstances. Libel, as we have seen, is in the same class”.

¹⁷⁴ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

¹⁷⁵ 343 U.S. 250, 272-73 (1952): “The Court’s reliance on *Chaplinsky* (...) is also misplaced. (...). *Chaplinsky* had violated that law by calling a man vile names ‘face-to-face’. We pointed out in that context that the use of such ‘fighting’ words was not an essential part of exposition of ideas. Whether the words used in their context here are ‘fighting’ words in the same sense is doubtful, but whether so or not they are not addressed to or about *individuals*. (...). The *Chaplinsky* case makes no such broad inroads on First Amendment freedoms. Nothing Mr. Justice Murphy wrote for the Court in that case or in any other case justifies any such inference”.

¹⁷⁶ *American Communication Association v. Douds*, 339 U.S. 382 (1950).

¹⁷⁷ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

¹⁷⁸ Justice Black chamou o balanceamento de “perigosa doutrina” na década seguinte à *Douds* e *Dennis*, por ocasião do julgamento de *Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Board*, 367 U.S. 1 (1961).

Douds e *Dennis* deram início ao embate que dominaria a jurisdição constitucional da Primeira Emenda durante as décadas de 50 e 60: isto é, a disputa entre os “absolutistas” (Justices Black e Douglas) e os “balanceadores” (Justices Frankfurter e Harlan)¹⁷⁹. Por conseguinte, *Beauharnais* foi julgado num momento em que ambas as partes iam se tornando mais engajadas na defesa de suas respectivas metodologias, ou por outra, num momento em que seus respectivos discursos ficavam cada vez mais incisivos. E foi justamente pensando em retrospectiva sobre esse crescente antagonismo que John Hart Ely observou que “*a case can be made (...) that even though a Justice must know deep down that no one can really mean there can be no restrictions on free speech, there is value in his putting it that way nonetheless*”¹⁸⁰.

Então, em função do que acima expus, é correto dizer que, apesar do vigor com que expressaram suas opiniões tanto em *Beauharnais* como numa série de outras oportunidades, nenhum dos dois Justices, nem Douglas nem Black, estaria verdadeiramente disposto a aceitar os resultados absurdos decorrentes de literalismo interpretativo da Primeira Emenda¹⁸¹. Seja como for, a função retórica do absolutismo radical manteve-se nos votos dos Justices que se opunham ao balanceamento decisório, como se verifica da insistência de Justice Black em reafirmar que a liberdade de discurso correspondia a um direito absoluto¹⁸².

A seguir apresento dois argumentos com o intuito de reforçar a ideia que a postura absolutista radical, aqui compreendida como uma *metodologia decisória que tem a liberdade de discurso como um direito ilimitado tanto em escopo como em força protetiva*, é insustentável. Ou melhor: um deles, o que tem a ver com aquilo que William

¹⁷⁹ Laurent B. Frantz. The First Amendment in the Balance. 71 Yale L.J. (1962). P.1432: “balancing has become the central first amendment issue”.

¹⁸⁰ Ely, John Hart. Democracy and Distrust. Cambridge, MA: Harvard University Press (1980). P. 109.

¹⁸¹ Reparem nesta passagem onde Justice Black reconhece que direitos constitucionais, apesar de intransigentes em sua *força protetiva*, não podem ser tidos como ilimitados em suas respectivas *coberturas protetivas*: Black, Hugo. The Bill of Rights. 35 N.Y.U.L. Rev. 865 (1960). P. 867: “It is my belief that there are ‘absolutes’ in our Bill of Rights (...). In this talk I will state some of the reasons why I hold this view. In doing so, however, I shall not attempt to discuss the wholly different and complex problem of the marginal scope of each individual amendment as applied to the particular facts of particular cases. For example, there is a question as to whether the First Amendment was intended to protect speech that courts find ‘obscene’. (...) I am primarily discussing here whether liberties *admittedly covered by the Bill of Rights* can nevertheless be abridged on the ground that a superior public interest justifies the abridgment.

¹⁸² Cf. Smith v. California, 361 U.S. 147, 157 (1959) (concurring opinion) (“I read ‘no law...abridging’ to mean *no law abridging*); Braden v. United States, 365 U.S. 431, 445 (1961) (dissenting opinion) (“The Founders of this Nation were not then willing to trust the definition of the First Amendment freedoms to Congress or this Court, nor I am now”).

Van Alstyne chamou de *contraexemplos irresistíveis*¹⁸³, de fato sustenta que o absolutismo radical representa uma postura decisória impossível de ser adotada; o outro argumento, consideravelmente mais modesto, se satisfaz em apontar para o dado empírico de que ninguém alguma vez sinceramente o perfilhou. Começo por este.

3.1.3. Objeção empírica ao absolutismo radical:

A primeira objeção à posição absolutista radical parte da verificação empírica de que mesmo os defensores mais ferrenhos da liberdade de discurso na Suprema Corte dos Estados Unidos, como é o caso de Hugo Black e William O. Douglas, admitiam que o direito garantido pela Primeira Emenda estava sujeito a certos tipos de qualificações. Retomando a discussão iniciada na subseção anterior, a concordância de Justice Black com o resultado alcançado pela Corte em *Chaplinsky* indicava a sua crença de que, ao menos em algumas circunstâncias, o discurso poderia ser limitado. É verdade que sua opinião em *Beauharnais* de certo modo retificou sua posição inicial, revelando assim os limites de sua concordância com as razões expostas no voto de Justice Murphy; ainda mais relevante do que isso, porém, é o fato de que em *Beauharnais*, ao deixar transparecer em maiores detalhes sua compreensão sobre os limites da liberdade de discurso, Justice Black acabou por divulgar aquilo que dentro em pouco veremos (subseção 3.2.4.) ser para ele o princípio norteador da delimitação do escopo protetivo da liberdade de discurso: o princípio resultante da distinção entre “elementos expressivos” e “elementos de ação” presentes na conduta discursiva¹⁸⁴.

Alguém poderia então querer nos convencer que o absolutismo de Justice Black foi gradativamente se tornando mais inflexível e implacável, isto é, que a “versão Hugo Black” em *Chaplinsky*, *Douglas* e *Dennis* era muito menos intransigente quando comparada à sua versão em *Barenblatt*¹⁸⁵ e *Konigsberg*¹⁸⁶. E há nisto uma certa razão: afinal, foram nesses julgamentos que a retórica de Justice Black contra o balanceamento certamente

¹⁸³ Van Alstyne, William (1982). Op. Cit. P.113.

¹⁸⁴ Tinsley E. Yarbrough. Mr. Justice Black and His Critics. Duke University Press; Durham and London (1988). P. 165: “Shortly before his death, however, he [Mr. Black] said that he had not fully formulated his First Amendment views when *Chaplinsky* was decided and that, in any event, he had joined the decision because **he saw the case as one in which the speech in question was merely part of a course of conduct**”. (Os grifos são meus).

¹⁸⁵ *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959).

¹⁸⁶ *Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36 (1961).

alcançou seu ápice¹⁸⁷. Mas, ainda que frases como: “the Bill of Rights *means what it says* and that the Court must enforce that meaning”¹⁸⁸ realmente constassem em sua opinião em *Barenblatt*, não poderíamos ignorar que outras do tipo: “There are, of course, cases suggesting that a law which *primarily regulates conduct* but which might also indirectly affect speech can be upheld if the effect on speech is minor in relation to the need for control of the conduct. With these cases I agree.”¹⁸⁹ também lá se faziam presentes.

Justice Black, malgrado a caricatura que seus oponentes dele fizeram (caricatura esta que ele decerto ajudou a construir), nunca viu na liberdade de discurso um direito intransponível. A alegação de que houve, ao longo de seus mandatos, um endurecimento progressivo de seu absolutismo sucumbe de imediato frente à esta observação: em seu último mandato, no ano de 1971, Justice Black seguiu o voto dissidente proferido por Justice Blackmun em *Cohen v. California*¹⁹⁰, voto este que começava com a seguinte sentença: “Cohen’s absurd and immature antic, in my view, *was mainly conduct and little speech*”¹⁹¹. Isso quer dizer que mesmo a suposta “versão madura de Black” julgava alguns discursos como passíveis de serem restringidos.

Em casos anteriores, como em *Brown v. Louisiana*¹⁹² e em *Adderley v. Florida*¹⁹³, Justice Black concentrou seus esforços argumentativos na defesa da legitimidade do exercício do poder governamental no controle sobre suas próprias propriedades. No primeiro desses casos, um grupo de negros havia sido preso após terem se recusado a deixar uma biblioteca itinerante. O grupo de Brown não sofrera nenhum tipo de discriminação racial naquela biblioteca específica; o discurso simbólico por eles perpetrado (*sit-in demonstration*), porém, tinha como objetivo protestar contra a segregação racial nas bibliotecas itinerantes em geral (de fato, havia ônibus destinados exclusivamente a brancos, e outros de uso exclusivo de negros). A maioria da Corte (5-4) viu na prisão do grupo um ato de desrespeito à liberdade de discurso; Justice Black, ao

¹⁸⁷ Bomhoff, Jacob. *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*. Cambridge University Press. (2013). P.137: “For all their heated rhetoric, *Douglas* and *Dennis*, were mere preliminary skirmishes compared to the conflict over balancing that was to erupt between Justice Black and Justice Harlan in the cases of *Barenblatt* and *Konigsberg*”.

¹⁸⁸ 360 U.S. 109, 138 (1959).

¹⁸⁹ 360 U.S. 109, 141 (1959).

¹⁹⁰ 403 U.S. 15 (1971): Tratava-se de um caso em que uma maioria apertada (5-4) reverteu a condenação de um jovem rapaz que envergava uma jaqueta com dizeres ofensivos contra o alistamento militar no Tribunal de Justiça de Los Angeles.

¹⁹¹ 403 U.S. 15, 27 (1971).

¹⁹² 383 U.S. 15 (1966).

¹⁹³ 385 U.S. 39 (1966).

contrário, escreveu um longo (para os seus padrões habituais) voto dissidente, cuja síntese pode ser encontrada nas seguintes palavras:

“The First Amendment, I think, protects speech, writings, and expression of views in any manner in which they can be legitimately and validly communicated. *But I have never believed that it gives any person or group of persons the constitutional right to go wherever they want, whenever they please, without regard to the rights of private or public property or to state law.* (...) Though the First Amendment guarantees the right of assembly and the right of petition along with the rights of speech, press, and religion, it does not guarantee to any person the right to use someone else's property, even that owned by government and dedicated to other purposes, as a stage to express dissident ideas”¹⁹⁴. (Os grifos são meus).

Brown e *Adderley* são instâncias de um conjunto de casos no âmbito dos quais argumentos a favor de regulações sobre o momento, local e modo (time, place and manner) de proferimento do discurso foram formulados. Justice Black compartilhava da visão de que o discurso muitas vezes poderia ser *incidentalmente limitado*.¹⁹⁵ Em *Adderley v. Florida*¹⁹⁶, por exemplo, um caso envolvendo uma manifestação estudantil pacífica em uma propriedade prisional do Condado da Flórida, Black confirmou a prisão dos manifestantes, enfatizando que o direito constitucional ao protesto encontrava limites em considerações referentes ao modo, tempo e local da manifestação.

“The State, no less than a private owner of property, has power to preserve the property under its control for the use to which it is lawfully dedicated. For this reason there is no merit to the petitioners' argument that they had a constitutional right to stay on the property, over the jail custodian's objections, because this ‘area chosen for the peaceful civil rights demonstration was not only ‘reasonable’ but also particularly appropriate...’ *Such an argument has as its major unarticulated premise the assumption that people who want to propagandize protests or views have a constitutional right to do so whenever and however and wherever they please.* (Os grifos são meus).

Quanto à Justice Douglas, o mesmo pode ser dito: ele não julgava que o direito à expressão era ilimitado em cobertura *e* em força protetiva. Fiquemos com apenas dois exemplos, um antes e o outro após *Beauharnais*: em *Adderley*, posto que escrevesse voto

¹⁹⁴ 385 U.S. 309, 166 (1966).

¹⁹⁵ Melville B. Nimmer. The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy. 56 CALIF. L. VER. 985 (1968). P.936: “Even the holders of an absolutist view read the first amendment guarantee of free speech as subject to the qualification that speech may be abridged if time, place, or manner of its expression makes an abridgement reasonable”.

¹⁹⁶ 385 U.S. 39 (1966).

dissidente (ou seja, a favor dos manifestantes), Justice Douglas reconheceu a validade dos argumentos a favor das restrições de modo, tempo e local do proferimento do discurso:

“There may be some instances in which assemblies and petitions for redress of grievances are not consistent with other necessary purposes of public property. (...). No one, for example, would suggest that the Senate gallery is the proper place for a vociferous protest rally. And in other cases it may be necessary to adjust the right to petition for redress of grievances to the other interests inhering in the uses to which the public property is normally put”¹⁹⁷.

Já em *Dennis*¹⁹⁸, julgado no ano anterior à *Beauharnais*, Justice Douglas colocou acima de todas as dúvidas o fato de a sua postura absolutista encontrar limites, quanto mais não seja, em situações nas quais o respeito à literalidade do dispositivo constitucional levasse a Corte a resultados completamente absurdos. O primeiro parágrafo de seu voto dissidente elencou as situações que em seu entender estariam para lá do domínio protetivo da Primeira Emenda:

“If this were a case where those who claimed protection under the First Amendment were teaching the techniques of sabotage, the assassination of the President, the filching of documents from public files, the planting of bombs, the art of street warfare, and the like, I would have no doubts. *The freedom to speak is not absolute*; the teaching of methods of terror and other seditious conduct should be beyond the pale along with obscenity and immorality”. (Os Grifos são meus).

A partir da leitura dos exemplos que citei nesta subseção, depreende-se que a postura decisória de Justices Black e Douglas não correspondia a um balanceamento radical, isto é, à uma abordagem decisória segundo a qual a Primeira Emenda seria ilimitada em seu escopo protetivo e absoluta em sua força de proteção. Contudo, não devemos esperar mais do argumento empírico do que aquilo que ele pode por certo nos oferecer. O que ele demonstra é que aqueles a quem historicamente se atribuiu maior adesão ao absolutismo do tipo radical não eram verdadeiramente seus partidários. Mas entre esse argumento empírico e a afirmação de que “*no one can responsibly hold the position that the first amendment is an absolute in the sense that it literally protects all speech*”¹⁹⁹ há uma distância considerável; distância esta que espero preencher no capítulo seguinte. E, para tanto, devo abandonar por ora as reflexões empíricas sobre as quais tenho até o momento me detido e centrar meus esforços em enfatizar a absurdidade dos

¹⁹⁷ 385 U.S. 39, 54 (1966).

¹⁹⁸ 341 U.S. 494 (1951).

¹⁹⁹ Melville B. Nimmer (1968). Op. Cit. P.935.36.

resultados aos quais os supostos defensores do absolutismo radical estariam obrigados a aceitar. O meu argumento pressupõe duas coisas: (a) de início, que a distinção entre as noções de “cobertura” e “proteção” dos direitos realmente faça sentido, e depois (b) que o procedimento de delimitação da cobertura da Primeira Emenda, ou de qualquer outro direito, corresponde a uma tarefa inevitável, a despeito do modelo decisório que venha a ser escolhido²⁰⁰.

3.1.4. Os limites da linguagem ordinária e os contraexemplos irresistíveis:

A Primeira Emenda não consiste numa proibição completa a toda e qualquer ação governamental²⁰¹. Até mesmo o mais radical dos absolutistas – isto é, o tipo ideal de uma posição forjada a servir de saco de pancadas aos defensores do balanceamento – ficaria no mínimo surpreso se, num processo criminal qualquer, um réu apresentasse defesa às acusações de assassinato, estupro ou latrocínio que sobre ele pesassem, invocando para tanto o seu direito garantido pela Primeira Emenda²⁰². E a surpresa do nosso absolutista hipotético é justificada na medida em que, no que respeita a tais crimes, o levantamento de considerações sobre a liberdade de discurso não faz o menor sentido. Ou seja, o homicídio ordinário e o estupro, o latrocínio e o perjúrio, o furto e as apostas ilegais, passam, todos eles, indiscutivelmente muito ao largo do escopo protetivo do direito ao livre discurso²⁰³.

Ao sermos instigados a responder o porquê de os crimes acima mencionados não serem abarcados pelo rol de atividades protegidas pela Primeira Emenda, poderíamos simplesmente responder – “bem, elas não são protegidas pelo simples motivo de elas não serem ‘discurso’”. E até este momento tudo estaria muito acertado. Porém, o próximo passo do nosso interlocutor imaginário não poderia ser mais previsível: “mas afinal”, nos perguntaria ele, “o que exatamente conta como ‘discurso’”? Agora ver-nos-íamos diante de um desafio consideravelmente maior: o de estabelecer, com certo grau de precisão, os

²⁰⁰ Schauer, Frederick. “Speech and Speech – Obscenity and Obscenity: An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language”. *Faculty Publications*. 883 (1979). P. 903: “(...) some definition of the word ‘speech’ is required under any approach to first amendment methodology simply to delimit the scope of the constitutional protection”.

²⁰¹ Schauer, Frederick (1979). Op. Cit. P. 902.

²⁰² Ibidem. P. 903: “Even the staunchest literalist or absolutist would laugh if a defendant in a prosecution for a murder, rape, speeding, or littering raised the first amendment as a defense. These activities are not covered by the first amendment because they are not speech. They are outside the range of activities to which the first amendment applies”.

²⁰³ Cf. Greenawalt, Kent. *Speech, Crime, and the Uses of Language*. New York: Oxford University Press, 1989b.

limites da cobertura do direito ao livre discurso. Dentro em pouco veremos algumas soluções que foram oferecidas a tal desafio (seção 3.2.), como aquelas sugeridas, por exemplo, por Alexander Meiklejohn, que percebeu nos ideais de liberdade política e de soberania popular verdadeiras bússolas a guiar delimitação do escopo da liberdade de discurso²⁰⁴; ou por Thomas Irwin Emerson, que confiou que a distinção entre “elementos expressivos” e “elementos de ação” pudesse de fato separar o joio do trigo, o proscrito do protegido²⁰⁵; ou então por Frederick Schauer, que durante algum tempo creditou às justificativas subjacentes à liberdade de discurso a função de governar a atividade de demarcação do escopo protetivo da Primeira Emenda²⁰⁶.

Todavia, julgo não ser ainda o momento mais apropriado para avaliar as vantagens e desvantagens de cada uma dessas soluções. Por ora, gostaria apenas de chamar atenção para a provável resposta que um absolutista radical daria à pergunta mencionada no parágrafo anterior. Vale lembrar, antes de mais nada, que o absolutismo radical atende também pelo nome de *literalismo interpretativo*, sendo que “interpretar literalmente os termos da Primeira Emenda” nada mais significa senão a eles conferir os mesmos significados que possuem na linguagem ordinária. Assim, a questão “o que exatamente conta como ‘discurso’?” tem um quê de trivial para o nosso absolutista radical, pois, ao que lhe parece, as fronteiras da Primeira Emenda são facilmente traçadas tão logo recorremos àquilo que nossas intuições linguísticas mais primárias apontariam como sendo “discurso”. O principal problema com tal postura interpretativa, porém, é que ela gera resultados absurdos, ou, nos termos de William Van Alstyne, que ela sucumbe frente as pressões dos *contraexemplos irresistíveis*²⁰⁷.

Os contraexemplos irresistíveis são formados por atividades que claramente caem dentro do domínio do significado literal de “discurso”, mas que, ainda assim, ninguém estaria disposto a conferir o mínimo grau proteção²⁰⁸. Alguns usos que podem ser feitos das palavras e do discurso (como, por exemplo, as apostas, ameaças e fraudes verbais; o perjúrio e as conspirações), embora sejam “discursos” no sentido ordinário da palavra,

²⁰⁴ Cf. Meiklejohn, Alexander. What does the First Amendment Mean? 20 U. Chi. L. Rev. 461 (1953). Meiklejohn, Alexander. The First Amendment is an Absolute. The Supreme Court Review, Vol. 1961 (1961).

²⁰⁵ Emerson, Thomas I. Toward a General Theory of the First Amendment. Faculty Scholarship Series. 2796 (1963). Emerson, Thomas I. Freedom of Association and Freedom of Expression. Faculty Scholarship Series. 2797 (1964).

²⁰⁶ Cf. Seção 5.2. Forma e substância na categorização: Frederick Schauer e a categorização em três atos.

²⁰⁷ Van Alstyne, William (1982). Op. Cit. P.113.

²⁰⁸ Ibidem.

claramente não o são para os fins da Primeira Emenda²⁰⁹. A objeção baseada nos contraexemplos irresistíveis deixa à mostra o caráter absurdo dos resultados aos quais a posição literalista estaria certamente vinculada. Nada obstante, eles só dão atenção a um dos lados de uma mesma moeda; porque, se por um lado a leitura literal da palavra “discurso” certamente inclui mais atividades do que as nossas intuições sobre a Primeira Emenda permitiria, por outro lado ela fecha os olhos à uma vasta gama de atividades que, conquanto não façam uso de palavras, são realmente dignas de proteção constitucional (e.g., discursos simbólicos). Disto tudo Schauer conclui que:

“The ordinary meaning of the word ‘speech’ is thus constitutionally overinclusive. It should not come as a surprise that the term ‘speech’ as commonly used is underinclusive’ as well’ (...). This dual phenomenon of overinclusiveness and underinclusiveness gives ‘speech’ a vastly different meaning in the first amendment context that it possesses in ordinary usage. Accordingly, even if a consensus as to the ordinary meaning of the word ‘speech’ existed, the coverage of the first amendment could not be determined simply by reference to that meaning”²¹⁰.

A análise do significado a ser conferido à palavra “discurso” no “contexto da Primeira Emenda” ocupa lugar central nos escritos de Schauer sobre a liberdade de discurso; contudo, ainda é muito cedo para entrarmos de cabeça em sua sofisticada teoria²¹¹. Para os propósitos da presente seção, é mais do que suficiente se estes dois pontos tiverem sido esclarecidos: (a) a liberdade de discurso não pode ser tida como ilimitada, concomitantemente, em cobertura e em força protetiva. Defender tal postura equivaleria a aceitar toda e qualquer regulação governamental como objeto da proibição da Primeira Emenda; (b) a utilização da linguagem ordinária como parâmetro para a delimitação da cobertura do direito ao livre discurso traz consigo a aceitação de resultados absurdos ligados à sobre e subinclusão do significado ordinário da palavra “discurso” relativamente às nossas intuições mais básicas a respeito da Primeira Emenda. Por conseguinte, para que o absolutismo possa ser levado a sério como uma postura decisória minimamente plausível, é preciso que ele nos ofereça critérios mais sofisticados para a delimitação da cobertura da Primeira Emenda.

²⁰⁹ Schauer, Frederick (1979). Op. Cit. P. 906.

²¹⁰ Schauer, Frederick (1979). Op. Cit. P. 906-07.

²¹¹ Cf. Cf. Seção 5.2. Forma e substância na categorização: Frederick Schauer e a categorização em três atos.

3.2. O Absolutismo moderado (ou definicional).

3.2.1. Introdução:

Como vimos nas duas seções anteriores, o absolutismo radical conduziria seus defensores – e o verbo “conduzir”, se o argumento empírico acima exposto estiver correto, permanece sempre no modo condicional – a resultados absurdos. Sustentei também que tais resultados nada mais são senão o produto de uma *negligência analítica* para com o procedimento de delimitação do escopo da Primeira Emenda. Isto posto, a plausibilidade da postura absolutista parece estar sujeita à uma espécie concessão por parte de seus proponentes (imaginários): isto é, sua posição só se torna viável se, e somente se, eles desistirem de tudo (ou quase tudo) querer abarcar num primeiro momento (isto é, na etapa de demarcação dos limites da *cobertura do direito*), e reservar o caráter absoluto de sua postura exclusivamente à dimensão da *proteção efetiva*. Melhor dizendo, a viabilidade do projeto absolutista reclama a correção daquele desmazelo analítico para com delimitação do escopo da Primeira Emenda²¹². A seguir, ilustro um pouco melhor o que quis dizer.

Vejamos o que Justice Harlan declarou em *Konigsberg*:

“At the outset we reject the view that freedom of speech and association (...), as protected by the First and Fourteenth Amendments are “absolutes”, not only in [1] the undoubted sense that *where the constitutional protection exists it must prevail*, but also in the [2] sense that *the scope of that protection must be gathered solely from a literal reading of the First Amendment*”²¹³. (Os grifos e a numeração são de meus).

Nesta passagem fica claro que para Justice Harlan existem dois modos distintos de se compreender o absolutismo. Ao se referir à postura para a qual “o *escopo* de proteção deve ser obtido unicamente da leitura literal da Primeira Emenda”, ele tem em mente aquilo que venho chamando de *absolutismo radical*. De outro modo, quando ele menciona a posição segundo a qual “onde [quer que] exista proteção constitucional, ela deve prevalecer”, o que é referido é uma das *versões moderadas do absolutismo*. Reparem que o absolutismo moderado pressupõe que a “proteção constitucional” nem sempre se faça presente; o que é dizer, pressupõe que algumas atividades, conquanto “discursivas”

²¹² No mesmo sentido: Cf. Geoffrey. R. Stone. Free Speech in the Twenty-First Century. 36 Pepp. L. Rev. 2 (2009). P. 275: “To make this approach credible [absolutism] (...) its advocates had to define rather narrowly ‘the freedom of speech’ that could *never* be abridged. **Otherwise, absolute protection would require all sorts of implausible outcomes**”. (Os grifos em negrito são meus; em itálico são originais).

²¹³ *Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36, 49-50 (1961).

nos termos da linguagem ordinária, não figuram no interior do escopo da Primeira Emenda.

Schauer, emprestando sua habitual clareza e elegância ao assunto ora em análise, reconhece que “[n]o right can be *unlimited in coverage*, but it is at least plausible to imagine a right that is *unlimited in protection* (absolute) within the scope of coverage”²¹⁴. Ou seja, o absolutismo só é plausível quando confinado num *enclave* cujas fronteiras tenham sido bem desenhadas de antemão. E em meados do século passado, alguns dos mais conceituados intelectuais da Primeira Emenda fizeram-se verdadeiros cartógrafos, tomando a si próprios o desafio de desenvolver princípios e coordenadas a orientar a definição dos limites do escopo da liberdade de discurso. Dois deles foram Alexander Meiklejohn e Thomas Emerson, este um professor de Yale, aquele um filósofo de renome. As propostas de Meiklejohn e Emerson, que serão apresentadas nas subseções seguintes, se aproximam tanto em suas estruturas analíticas (apesar de se fundarem sobre princípios substantivos distintos), como na recusa que ambas demonstraram à qualquer recurso que pudesse ser feito ao tipo de raciocínio voltando para o balanceamento²¹⁵. E, quanto a este último ponto, elas se afastam da proposta de Melville Nimmer, para a qual voltaremos nossas atenções na subseção 4.1.3.

3.2.2. Meiklejohn: a Primeira Emenda e o espírito republicano.

Começo pelo filósofo. Alexander Meiklejohn reputava a Primeira Emenda como a declaração política mais significava da história dos Estados Unidos da América²¹⁶. A maneira como ela foi linguisticamente formulada, porém, fez pouquíssimo jus à sua importância política: isso porque, na visão do autor, sua formulação seria sobre e subinclusiva *vis-à-vis* suas reais intenções: “*Many activities of belief and communication, whose freedom the amendment protects, are not ‘forms of speech’*. And, on the other

²¹⁴ Schauer, Frederick. Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts. *Faculty Publications*. Paper 876 (1981). P. 276.

²¹⁵ Meiklejohn e Emerson, porém, não veriam qualquer problema em concordar com a ideia de que os idealizadores da Constituição americana (e das Emendas constitucionais) orientaram suas decisões por uma espécie de [meta] balanceamento. No entanto, eles acrescentariam que o resultado deste “balanceamento fundacional” foi no sentido da proteção absoluta à Primeira Emenda, ou mais especificamente, da proteção absoluta ao previamente delimitado conjunto de discursos abarcados pela Emenda. Cf. Emerson, Thomas I. (1964). Op. Cit. P.21: “The balance of interests was made when the first amendment was put into the Constitution”.

²¹⁶ Meiklejohn, Alexander (1953). Op. Cit. P.461.

hand, there are many 'forms of speech' for whose freedom the amendment has no concern”²¹⁷.

No que consistiria então “a declaração política mais significativa da história dos Estados Unidos”? Ou ainda, quais seriam as verdadeiras intenções da Primeira Emenda? Para Meiklejohn, a Primeira Emenda não tem como objetivo primeiro a proteção irrestrita do discurso; em vez disso, o que ela protege de forma absoluta são as liberdades política e religiosa²¹⁸, liberdades estas que guiaram o ideal revolucionário norte-americano em direção a um experimento político de plena independência e autogoverno²¹⁹. O Preâmbulo da Constituição norte-americana entoa “*We, the people of the United States (...) do ordain and establish this Constitution*”; a Décima Emenda²²⁰ estabelece inequivocamente que alguns poderes são intransferíveis, isto é, que o povo os retém para si; finalmente, o Artigo I, Seção 2 da Constituição determina que o povo americano tem o poder de escolher seus representantes políticos e, com isso, de fazer valer sua autoridade em governar a si mesmo²²¹²²². A Primeira Emenda, compartilhando o espírito republicano dos mencionados dispositivos constitucionais, expressa ela própria esses ideais de liberdade política e de soberania popular.

Consequentemente, o princípio substantivo que orienta a delimitação do escopo da Primeira Emenda, segundo Meiklejohn, se funda na concepção geral de autogoverno pelo povo. Nas palavras do autor: “*Congress may, in ways carefully limited, 'regulate' the activities by which the citizens govern the nation. But no regulation may abridge the freedom of those governing activities*”²²³. O governo não se vê completamente engessado, inerte frente a todos os discursos pronunciados no âmbito social. Longe disso, há muitas formas de comunicação que, não sendo elas atividades ligadas ao poder de governar, encontram-se totalmente fora do escopo protetivo da Primeira Emenda²²⁴. O discurso difamatório, por exemplo, quando pronunciado em âmbito privado, nada tem a ver com a dimensão política do autogoverno dos cidadãos. Por isso, nestas situações, a liberdade

²¹⁷ Ibidem. P. 461-63.

²¹⁸ Ibidem. P.471: “(...) the First Amendment, as already noted, does not protect speech. It protects political freedom, in speech or wherever else it may be threatened”.

²¹⁹ Ibidem. P.461-63.

²²⁰ “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people”.

²²¹ “The House of Representatives shall be composed of Members chosen (...) by the People of the several States (...)”.

²²² Meiklejohn, Alexander (1961). Op. Cit. P. 264.

²²³ Ibidem. P.257.

²²⁴ Ibidem. P. 258.

de discurso não viria ao auxílio daquele que o profere. Entretanto, a história é outra quando o discurso difamatório guarda em si alguma relação com a esfera política: se o ataque verbal se der contra candidato à posição política, a Primeira Emenda surge, absoluta e intransigente, para proteger o difamador²²⁵.

Para além dos exemplos mais imediatos de proteção efetiva pela Primeira Emenda, há situações em que a ligação entre discurso e soberania popular se dá de forma indireta. Para Meiklejohn, “*governing activities*” tem um significado estendido, abrangendo não somente atividades associadas ao exercício imediato do poder (e.g., críticas aos membros do governo), como também atividades que indiretamente condicionam (ou ainda, que conferem os instrumentos necessários para) o exercício do poder consciente pelo povo. Em outras palavras, o ideal de liberdade política se espalha para aquelas atividades discursivas que fazem do cidadão um ser crítico e politicamente ativo (e.g., discursos educacionais, culturais e científicos).

“In my view ‘the people need free speech’ because they have decided, in adopting, maintaining and interpreting their Constitution, to govern themselves rather than to be governed by others. And, *in order that it may become as wise as efficient as its responsibilities require, the judgment-making of the people must be self-educated in the way of freedom*”²²⁶. (Os grifos são meus).

A transcrição acima sintetiza bem o estreito elo que existe entre o livre acesso ao fluxo informacional e a capacidade crítica de cidadãos politicamente engajados. Ainda assim, Meiklejohn foi capaz de sintetizar melhor ainda seu ponto de vista a respeito dessa questão: à Harry Kalven Jr., que teria dito que “the people do not need novels or dramas or paintings or poems because they will be called upon to vote”²²⁷, Meiklejohn brilhantemente respondeu:

“I believe, as a teacher, that the people do need novels and dramas and paintings and poems ‘because they will be called upon to vote’. The primary social fact which blocks and hinders the success of our experiment in self-government is that our citizens are not educated for self-government”²²⁸.

A análise de Meiklejohn também dá conta da distinção entre restrições do discurso fundamentadas puramente em seu conteúdo comunicacional (content-based discrimination) e regulações que, limitando *indiretamente* o discurso, assim só o fazem

²²⁵ Ibidem. P. 259.

²²⁶ Meiklejohn, Alexander (1961). Op. Cit. P.263.

²²⁷ Kalven Jr. Harry. Metaphysics of the Law of Obscenity. Sup. Ct. Rev. 1. (1960). P.15-16.

²²⁸ Meiklejohn, Alexander (1961). Op. Cit. P.262.

em virtude de especificidades relacionadas ao local, momento, circunstâncias ou modo em que se dá o seu proferimento²²⁹; contudo, o desenvolvimento dessa importante distinção deve aguardar até o Capítulo 6. Agora, o mais importante é ressaltar que defender uma posição absolutista em relação à Primeira Emenda não é o mesmo que sustentar que qualquer uso da linguagem deve ser por ela protegida. Em sua versão moderada, o absolutismo diz apenas que “*where the constitutional protection exists it must prevail*”²³⁰. E, segundo Meiklejohn, a proteção constitucional existe sempre que o uso da linguagem estiver, direta ou indiretamente, ligada à liberdade política do cidadão americano²³¹.

3.2.3. Thomas Emerson: ação e expressão.

Em diversos contextos, como descrevo brevemente na seção 3.2.4, a Suprema Corte dos Estados Unidos se valeu da distinção entre “ação” e “expressão” para definir se determinada atividade correspondia a um *discurso* merecedor de proteção ou, ao invés disso, a uma *ação* completamente desprotegida²³². No universo acadêmico, ficou a cargo de Thomas I Emerson emprestar a tal diferenciação contornos teoricamente mais robustos; com efeito, a discriminação entre o que para o autor consistia em duas formas antagônicas de condutas localizava-se no centro mesmo de seus esforços intelectuais, traduzindo-se na pedra de toque de sua “teoria geral da Primeira Emenda”.

“(...) the essence of a system of freedom of expression lies in the distinction between expression and action. The whole theory rests upon the general proposition that *expression must be free and unrestrained*, that the state may not seek to achieve other social objectives through control of expression, and that *the attainment of such objectives can and must be secured through regulation of action*”²³³ (Os grifos são meus).

²²⁹ Ibidem. P. 261: “(...) if such ordinances are based upon official disapproval of the ideas to be presented at the meeting, they clearly violate the First Amendment. But if no such abridgment of freedom is expressed or implied, regulation or prohibition on other grounds may be enacted and enforced. (...) meetings must conform to the necessities of the community, with respect to time, place, circumstances or manner of speech. And, unless those considerations are dishonestly used as a cover for unconstitutional discrimination against this idea or that, there is no First Amendment complaint against the ordinances which express them. The Amendment, I repeat, does not establish an ‘unlimited right to talk’”.

²³⁰ 366 U.S. 36, 49-50 (1961).

²³¹ Meiklejohn, Alexander (1953). Op. Cit. P.474: “(...) the First Amendment does not talk about ‘all uses of language’. Its purpose is much narrower – as well as wider – than that. It provides a guaranty for the political freedom of the sovereign people of the United States. And to that guaranty the evidence offered by the opinion has shown no ‘exceptions’.

²³² Greenawalt, Kent (1989b). Op. Cit. P.228.

²³³ Emerson, Thomas I. Toward a General Theory of the First Amendment. Faculty Scholarship Series. 2796 (1963). P.955.

No entender de Thomas Emerson, a “abordagem expressão-ação” convertia a qualquer coisa de desnecessário fórmulas mais abertas a considerações substantivas, a exemplo do “clear and present danger” test²³⁴²³⁵. Às condutas classificadas como “expressão” deveriam ser outorgadas proteção total e irrestrita por parte da Primeira Emenda, ao passo que condutas reconhecidas como sendo meras “ações” ficariam sujeitas a regulações governamentais, sob a condição de que estas fossem “razoáveis” e baseadas em objetivos sociais legítimos²³⁶.

As dificuldades (teóricas e práticas) atreladas à distinção “expressão-ação” não eram pequenas; nada obstante, Emerson não as varreu, ao menos não elas todas, para debaixo do tapete. A mais óbvia delas tem a ver com o fato de o “discurso” ser em si mesmo, e inescapavelmente, uma forma de ação²³⁷ (ou como já então defendia John L. Austin, ao fato de que “falar” às vezes é “fazer”²³⁸). Assim sendo, separar “condutas expressivas” de “ações” pode não ser uma tarefa tão fácil como separar as maçãs das laranjas em uma cesta de frutas: há, é claro, condutas indiscutivelmente expressivas, como é o “caso-padrão” do indivíduo politicamente engajado discursando contra o governo sobre um caixote de madeira numa esquina movimentada da cidade; do outro lado da mesma moeda, há condutas nas quais o “elemento-ação” desponta de modo mais protuberante: pensem, por exemplo, num “ato discursivo” que faça parte de um “projeto não-expressivo”, como acontece quando um criminoso “dá instruções [aos seus comparsas] sobre como roubar um banco”²³⁹. Emerson concede então que a classificação de uma conduta como uma “ação” ou “expressão” não é realizada senão ao longo de um contínuo ou, em outras palavras, que a linha divisória entre essas duas categorias é às vezes um tanto quanto nebulosa, principalmente em situações nas quais o “elemento expressivo” e o “elemento da ação” acham-se emaranhados numa mesma conduta.

Qual é então a saída proposta pelo autor? Pensemos, à guisa de ilustração, na categoria “protestos simbólicos”, como no uso de braçadeiras negras por estudantes de escolas públicas como forma de protesto contra a guerra do Vietnam²⁴⁰. Muito embora não conte *literalmente* como “discurso”, é inegável que a forma de protesto empreendida

²³⁴ Cf. Seção. 4.1.1. As raízes do balanceamento: “clear and present danger” e “time, place and manner”.

²³⁵ Greenawalt, Kent (1989b). Op. Cit. P. 228.

²³⁶ Emerson, Thomas I. (1964). Op. CP. 21.

²³⁷ Greenawalt, Kent (1989b). Op. Cit. 228.

²³⁸ Cf. Austin, John L. How to Do Things with Words. Clarendon Press, 1962.

²³⁹ Greenawalt, Kent (1989b). Op. Cit. P. 228.

²⁴⁰ Cf. *Tinker v. Des Moines Ind. Comm. School Dist*, 393 U.S. 503 (1969).

pelos alunos das escolas públicas de Des Moines (Iowa) faz parte daquilo que geralmente reputamos como “expressão”. Mas a pergunta-chave é: como chegamos a essa conclusão? Na perspectiva do autor, a ela chegamos com base num critério *funcional* (e, portanto, “não-semântico”).

Em termos mais gerais Emerson justifica o seu critério como sendo “funcional” em virtude de ele se enraizar “*in the fundamental character of a system of free expression and in the factors necessary to maintain its effective operation*”²⁴¹; agora, em termos mais concretos, o seu critério funda-se na noção de “dano” e na pressuposição de que ele (o dano) se liga de forma mais íntima à categoria “ação” do que à categoria “expressão”²⁴². Então, a lógica que percorre o critério proposto por Emerson para identificar as “maças podres” é o seguinte: se o dano proveniente de uma conduta for (a) instantâneo (imediatos) (b) irremediável e (c) inconsistente com as premissas que sustentam o sistema da liberdade de expressão, devemos então interpretá-la como instanciando as qualidades centrais da categoria “ação”²⁴³. É o caso, por exemplo, das condutas perpetradas por grupos como do Ku Klux Klan, condutas estas que, do ponto de vista do autor, poderiam ser objeto de restrição governamental²⁴⁴. Pelo contrário, a conduta que deu origem à *O’Brien*²⁴⁵, a queima do cartão de identificação do alistamento militar nas escadarias do Tribunal de Justiça de Boston, embora evidentemente guardasse em si mesma elementos “comunicacionais” (oposição ao *draft*) e elementos “físicos” (destruição do cartão), foi apresentada por Emerson como sendo *predominantemente* uma conduta expressiva²⁴⁶.

De todo modo, seria função e responsabilidade da Corte, no processo de aplicação da Primeira Emenda, “definir os termos-chaves dessa provisão – ‘liberdade de discurso’ ‘restringindo’ e ‘lei’” valendo-se, para tanto, de um critério funcional “derivado de considerações subjacentes ao sistema da liberdade de expressão”²⁴⁷. Porém, se a principal motivação de Thomas I. Emerson no desenvolvimento de seu projeto teórico foi o de estabilizar o processo decisório da Suprema Corte, ou por outra, o de abastecer a Corte com critérios analíticos menos dependentes do recurso a considerações subjetivas (e substantivas) por parte dos tomadores de decisão, é no mínimo dubitável que o seu projeto

²⁴¹ Emerson, Thomas I. (1964). Op. Cit. P. 25.

²⁴² Emerson, Thomas I. (1964). Op. Cit. P. 21.

²⁴³ Emerson, Thomas I. (1963). Op. Cit. P.917.

²⁴⁴ Emerson, Thomas I. (1964). Op. Cit. P. 25-26.

²⁴⁵ *United States v. O’Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

²⁴⁶ Emerson, Thomas I. The System of Freedom of Expression (1970). P.80.

²⁴⁷ Ibidem. P. 21-22

tenha de fato logrado êxito. Algumas das críticas produzidas contra os projetos definicionais de Emerson e Meiklejohn serão em breve esboçadas (seção 3.3); antes disto, entretanto, descrevo as posturas decisórias de Justices Black e Douglas na década que precedeu os escritos de Emerson, e que, por também se fundarem na distinção entre “expressão” e “ação”, serviram de “modelos vivos” ao projeto “descritivo-normativo” do professor de Yale.

3.2.4. Aplicações na Suprema Corte:

Uma das coisas mais interessantes no estudo da Primeira Emenda é perceber o modo pelo qual sua dimensão prática, isto é, sua jurisprudência, relaciona-se estreitamente com sua dimensão teórica, quer dizer, com as teorias sobre ela produzidas. Em cada projeto teórico, como naqueles produzidos por Alexander Meiklejohn e Thomas I. Emerson, há um bom punhado de *normatividade*. A preocupação compartilhada entre Emerson e Meiklejohn quanto aos *aspectos definicionais* da Primeira Emenda revela-nos ao menos duas coisas: primeiro, o imenso desconforto que eles sentiam sempre que amplas margens de discricionariedade eram conferidas ao magistrado para a definição do que constava dentro ou fora da cobertura do direito²⁴⁸; depois, e a isto intimamente relacionado, a crença de ambos em relação às virtudes do *formalismo jurídico*²⁴⁹. Assim, é na oposição ferrenha ao balanceamento e no elogio aos aspectos formais e definicionais do procedimento decisório envolvendo a liberdade de discurso que verificamos os *componentes prescritivos* de seus empreendimentos. Contudo, não podemos perder de vista que algumas das teorias normativas desenvolvidas ostentavam também certas *pretensões descritivas*; pretensões estas que muitas das vezes foram expostas na forma de uma *reinterpretação racional da prática decisória* da Suprema Corte.

Esse amálgama entre norma e fato é igualmente verificado numa série de outras teses, vide o balanceamento definicional de Melville Nimmer e o pragmatismo decisório de Daniel A. Farber e Philip P. Frickey. Nimmer supunha que o balanceamento definicional, antes de ganhar a sistematicidade teórica com a qual ele próprio o dotaria, já germinava de modo algo confuso, tanto em alguns trechos da opinião vencedora em *Sullivan*²⁵⁰, como em processos posteriores que também envolviam discursos

²⁴⁸ Schauer, Frederick (1981). P. 275: “The development of definitional-absolutist theories was encouraged largely by the desire to narrow the area of judicial discretion”.

²⁴⁹ Bomhoff, Jacco (2013). Op. Cit. P.184.

²⁵⁰ *New York Times Company v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

difamatórios²⁵¹. Já no que respeita à dupla Farber e Frickey, à apologia que eles fizeram ao pragmatismo decisório em “*Practical Reason and the First Amendment*”²⁵² fazia-se acompanhar de uma descrição específica da opinião de Justice Brennan em *Sullivan*, descrição esta que atribuiu ao Justice o status de precursor do uso da razão prática no âmbito da Primeira Emenda²⁵³.

No que diz respeito à tese de Thomas I. Emerson, devemos lembrar que a distinção entre “ação” e “expressão” já frequentava com certa habitualidade as fundamentações e opiniões da Corte. Vejamos brevemente como os Justices Douglas e Black, com uma década de antecedência em relação aos escritos de Emerson, diferenciavam as “condutas expressivas” das “condutas de ação”. Em *Dennis v. United States*, Justice Douglas começou seu voto admitindo que a Primeira Emenda não é absoluta, no sentido óbvio de a sua *cobertura* não abarcar *ilimitadamente* todo e qualquer discurso. Para ele, condutas que incitavam a sedição contra o governo (Eugene Dennis estava sendo acusado de advogar pela derrubada violenta do governo), a exemplo do que ele chamou de “técnicas de terror”, estariam, de todo em todo, fora do âmbito de proteção da Primeira Emenda. E por “técnica de terror” Justice Douglas quis dizer condutas como: o ensino de técnicas de sabotagem; planos para assassinar o presidente e o roubo de documentos do arquivo público.

Douglas, porém, enxergava que entre o ato discursivo articulado por Dennis e o conjunto de discursos que ele reputava como totalmente excluído do escopo do direito ao livre discurso existia uma longa distância: afinal, Eugene Dennis e seus companheiros haviam tão somente congregado um grupo de pessoas para o ensino conjunto da doutrina marxista-leninista²⁵⁴. A sua analogia com a evolução do extinto crime de “traição contra a coroa” (*constructive treason*) ilustrou bem a lógica contida em seu voto: disse Douglas

²⁵¹ Melville B. Nimmer (1968). Op. Cit. P. 949: “Since the *Times* decision was not explicitly based a balancing of interests, the Court’s opinion is not very helpful in articulating the precise basis for the balance reached. But from portions of the opinion in *Times*, as well as the opinions in later cases applying the doctrine, enough can be gleaned to permit an extrapolation of the Court’s rationale. Such a rationale does, I submit, justify the definitional balance adopted by the Court.

²⁵² Farber, Daniel A.; Frickey, Philip P. *Practical Reason and the First Amendment*. 34 UCLA L.Rev.1615 (1986)

²⁵³ Ibidem. P.1635-36: “*New York Times v. Sullivan* evokes Karl Llewellyn’s description of the Grand Manner in American Law. (...). Llewellyn identifies a number of traits of these early American judges that seem applicable to Brennan in this opinion. (...). *New York Times v. Sullivan* fits squarely within the Grand Manner.

²⁵⁴ 341 U.S. 494, 582 (1951): “It may well be that indoctrination in the techniques of terror to destroy the Government would be indictable under either statute. But the teaching which is condemned here is of a different character”.

que antigamente, ainda no período colonial norte americano, o simples pensamento na morte do rei era motivo suficiente para acusar um súdito pelo crime de traição. E isso, segundo Douglas, era uma completa insensatez, porque fazia de meras intenções (ou pior, de simples pensamentos), e não de atos concretos, um gatilho à persecução penal dos súditos da coroa. Depois da independência norte-americana, à materialidade do crime de traição passou-se a exigir *ações manifestas* que comprovassem a evolução de uma trama contra o governo do país. Ou seja, passou-se a exigir o “fazer concreto”, e não simplesmente o “pensar” ou o “intentar”. Tendo claro em sua mente o que motivou a evolução do crime de traição, Douglas voltou-se novamente ao caso que tinha diante de si e se negou a igualar a simples propagação de conhecimentos sobre o comunismo (isto é, o simples “pensar na derrubada do governo”) às ações subversivas previstas no *Smith Act* de 1940 (ou seja, às ações concretas para a sua derrubada). Assim, ao proferir a seguinte sentença: “we deal here with speech alone, *not with speech plus acts* of sabotage or unlawful conduct”²⁵⁵, Douglas habilmente expôs o núcleo duro de sua opinião em *Dennis*.

Em *Barenblatt v. United States*²⁵⁶, as condutas “ação” e “expressão” foram diferenciadas por Justice Black de maneira menos explícita do que Douglas havia feito alguns anos antes. Por ocasião de seu julgamento em *Barenblatt*, Hugo Black investia uma vez mais contra o balanceamento de interesses, metodologia que estava sendo utilizada pela maioria da Corte para condenar Raphael Barenblatt, um ex-professor universitário que havia se negado a responder ao Comitê de Atividades Antiamericanas questões a respeito de sua suposta ligação com o Partido Comunista. Como defendi ao longo deste capítulo, o absolutismo de Justice Black era mais moderado do que a sua retórica geralmente nos leva a crer: o que pode ser atestado com base no fato de o seu repúdio ao balanceamento não ser total nem irrestrito. A recusa de Justice Black à metodologia do balanceamento é qualificada; e é precisamente no terreno dessa qualificação que desponta a oposição entre “ação” e “expressão”. Nas palavras de Black:

“I do not agree that laws directly abridging First Amendment freedoms can be justified by a congressional or judicial balancing process. There are, of course, cases suggesting that a *law which primarily regulates conduct* but which might also indirectly affect speech can be upheld if the effect on speech is minor in

²⁵⁵ 341 U.S. 494, 584 (1951). (Os grifos são meus).

²⁵⁶ 360 U.S. 109 (1959).

relation to the need for control of the conduct. With these cases I agree”²⁵⁷. (Os Grifos são meus).

Do trecho acima transcrito infere-se que, segundo Justice Black, há dois tipos de casos: há aqueles em que leis regulam precipuamente o conteúdo do discurso, e outros em que o foco principal da regulação recai na conduta, sendo o discurso apenas *indiretamente* afetado. Quanto a estes, leis que incidentalmente limitam o discurso podem prevalecer, desde que reste comprovado que o interesse governamental no controle da conduta supera os prejuízos causados à comunicação; em contrapartida, quando o objeto imediato da pretensão regulatória é o discurso, a proibição imposta pela Primeira Emenda é absoluta. Justice Black fundamentou sua visão lembrando as razões que a Corte ofereceu quando do julgamento de *Cantwell v. Connecticut*²⁵⁸ e de *Schneider v. Irvington*²⁵⁹. Em ambos os casos, de maneira similar aos já citados *Brown v. Louisiana*²⁶⁰ e *Adderley v. Florida*²⁶¹, o que estava em jogo era o poder governamental (municipal) na regulação do uso de suas ruas e avenidas. Em *Cantwell*, uma testemunha de jeová que pregava suas crenças religiosas batendo de porta em porta num bairro predominantemente católico foi presa por “quebra da paz pública”. Naquela ocasião, a Corte interpretou como inconstitucional o regulamento municipal sobre o qual se fundava a prisão. Porém, ao longo da opinião majoritária, admitiu-se ao governo o poder de produzir normas a regular *condutas*, sob a condição de estas se submeterem a um processo de balanceamento. Em *Cantwell*, contudo, a Corte julgou que o prato da balança onde se encontrava a liberdade de discurso era mais pesado do que aquele sobre o qual achava-se disposto o interesse do Estado na regulação das *condutas* de seus cidadãos: “*In Cantwell we held that the need to control the streets could not justify the restriction made on speech*”²⁶².

Já em *Schneider*, a Suprema Corte foi chamada a decidir se os interesses governamentais na redução do descarte de lixo nas ruas (*littering*) justificava proibições à distribuição de panfletos. Justice Owen J. Roberts, escrevendo em nome de uma Corte unânime, sustentou que os interesses em manter ruas limpas eram insuficientes para

²⁵⁷ 360 U.S. 109, 141 (1959).

²⁵⁸ 310 U.S. 296 (1940).

²⁵⁹ 308 U.S. 147 (1939).

²⁶⁰ 383 U.S. 15 (1966).

²⁶¹ 385 U.S. 39 (1966).

²⁶² 360 U.S. 109, 142 (1959): “On one side of the balance, we pointed out, is the interest of the United States in seeing that its fundamental law protecting freedom of communication is not abridged; on the other the obvious interest of the State to regulate conduct within its boundaries. In *Cantwell* we held that the need to control the streets could not justify the restriction made on speech. We stressed the fact that where a man had a right to be on a street ‘he had a right peacefully to impart his view to others’”.

justificar a limitação da comunicação de ideias por meio da distribuição de literatura gratuita em locais públicos. E, como bem ressaltou Justice Black: “*In so holding, we, of course, found it necessary to ‘weight the circumstances’*”²⁶³.

A razão por que Justice Black chamou a atenção para à lógica subjacente à *Schneider* e *Cantwell* guarda relação com o seu desejo de indicar à Corte a natureza das circunstâncias em que ele julgava legítimo a utilização do balanceamento, qual seja: quando objeto principal da restrição fosse uma ação específica, e não um discurso. Em situações outras, quando o alvo imediato da pretensão restritiva fosse o conteúdo discursivo, Justice Black abominava por completo qualquer recurso ao balanceamento. E é por isto que ele diz que em *Barenblatt* a utilização do balanceamento equivalia à

“(...) to read the First Amendment to say ‘Congress shall pass no law abridging freedom of speech, press, assembly and petition, unless Congress and the Supreme Court reach the joint conclusion that on balance the interest of the Government in stifling these freedoms is greater than the interest, of the people in having them exercised.’ This is closely akin to the notion that neither the First Amendment nor any other provision of the Bill of Rights should be enforced unless the Court believes it is *reasonable* to do so”²⁶⁴.

3.3. Conclusão: forma e substância nas posições absolutistas.

Como mencionei no segundo capítulo deste trabalho, o absolutismo, em ambas as suas versões, é uma *metodologia decisória dedutivista*. Ou seja, a abordagem defendida por Hugo Black e William O. Douglas no Tribunal Constitucional, e por Alexander Meiklejohn e Thomas I. Emerson na academia, costuma operar da seguinte maneira: de início, elege-se um único valor fundamental à Primeira Emenda; em seguida, e a partir dele, são *deduzidas* respostas a casos concretos. Como também disse no capítulo anterior, teorias absolutistas/dedutivista surgiram como alternativas ao balanceamento decisório, ou por outra, surgiram como opções metodológicas a uma estratégia de decisão constitucional que recorria, indiscriminada e contextualmente, a razões substantivas. Então, interpretando-os em contraste com modelos que permitiam (ou mesmo que encorajavam) que juízes confiassem inteiramente em suas próprias avaliações casuísticas para orientar seus raciocínios decisórios, os projetos metodológicos de Meiklejohn,

²⁶³ 360 U.S. 109, 142 (1959).

²⁶⁴ 360 U.S. 109, 143 (1959).

Emerson e Black despontaram como um *contra-ataque formalista* ao avanço de um *particularismo decisório*.

Esse contra-ataque formalista, malgrado as contínuas tentativas em reduzi-lo a uma caricatura nos moldes do absolutismo radical²⁶⁵, reconhecia que, de uma forma ou de outra, o acesso a princípios substantivos era algo mesmo inevitável. Portanto, o que Emerson e Meiklejohn em última instância propuseram foi que o apelo a considerações substantivas ficasse restrito ao estágio inicial de *definição/demarkação* do escopo protetivo da Primeira Emenda. Logo, depois que estivessem devidamente delineadas as fronteiras da liberdade de discurso, impunha-se ao tomador de decisão que tratasse todas as atividades que caíssem no domínio de sua cobertura (ou de seu suporte fático) como *absolutamente protegidas*, sem qualquer possibilidade de novos recursos ao raciocínio jurídico substantivo.

No mais, subjacente ao absolutismo moderado jaz a *premissa teórica* de que é um, e apenas um, o princípio substantivo (ou o valor fundamental) que justifica a existência de toda uma área do direito constitucional (a parcela de atividades regulada pela Primeira Emenda) no âmbito do qual às pretensões regulatórias governamentais são erguidas barreiras especialmente sólidas²⁶⁶ (em comparação àquelas erguidas a partir de um “princípio mínimo de liberdade²⁶⁷”). O princípio substantivo eleito, ou “A razão última para a existência da Primeira Emenda”, equivale à premissa maior de um silogismo jurídico-decisório: desse modo, o dedutivismo de Meiklejohn teria como premissa maior os termos: “Primeira Emenda = proteção absoluta a discursos ligados à liberdade política e religiosa do cidadão americano”, como premissa menor os fatos do caso em questão: “atividade discursiva X = (ou ≠) a discursos ligados à liberdade política e religiosa do cidadão americano”, e, como conclusão, a *subsunção do fato à norma*: “atividade discursiva X é (ou não é) absolutamente protegida”. E o mesmo valeria para a distinção entre “expressão” e “ação” perfilhada por Emerson, Black e Douglas, com a diferença, é claro, dos termos que compõem cada uma das premissas.

²⁶⁵ Muitas dessas tentativas, diga-se de passagem, encontravam respaldo na retórica inflamada de Justices Black e Douglas.

²⁶⁶ Cass, Ronald A. The Perils of Positive Thinking: Constitutional Interpretation and Negative First Amendment Theory. UCLA Law Review 34, no. Issues 5 & 6 (1987). P. 1412-14.

²⁶⁷ Greenawalt, Kent. Free Speech Justifications. Columbia Law Review. Vol. 89, No1 (1989). P. 121: According to a minimal principle of liberty, the government should not prohibit people from acting as they wish unless it has a positive reason to do so. The ordinary reason for prohibiting action is that the action is deemed harmful or potentially harmful in some respect”. Conferir também: Schauer, Frederick. Free Speech: A Philosophical Enquiry. Cambridge University Press (1982b).

Contudo, apesar de as preocupações de Emerson e Meiklejohn com a particularização excessiva do processo decisório constitucional (e com o consequente esfacelamento dos benefícios associados ao lado formal do direito) serem em alguma medida legítimas, seus empreendimentos enfrentam consideráveis dificuldades, tanto em sua dimensão puramente teórica, como em sua dimensão operacional. Começo com o aspecto puramente teórico.

Frederick Schauer, autor segundo o qual a *força distintiva* da Primeira Emenda não pode ser justificada senão com auxílio de múltiplos princípios substantivos, talvez seja um dos maiores críticos às teorias gerais/dedutivistas. Da forma como eu o compreendo, o seu argumento parece ser o seguinte²⁶⁸: por definição, teorias gerais da Primeira Emenda se engajam na formulação de um princípio distintivo (*distinctive principle*)²⁶⁹ capaz de, por conta própria, *justificar a proteção especial* que o esquema constitucional norte-americano outorga ao livre discurso. Em outras palavras, o princípio fundamental que sustenta teoricamente a Primeira Emenda exige uma espécie de *exclusivismo* – o que significa que ele não pode ser aplicável concomitantemente à liberdade de discurso e a outras “liberdades gerais” -, dado que, no fim das contas, sua função é justamente a de distinguir aquilo que faz do discurso algo especial²⁷⁰. No entanto, nenhuma dessas teorias dedutivas/gerais é realmente capaz de oferecer razões satisfatórias o suficiente para nos fazer crer que o princípio por elas abraçado, e não outro qualquer, corresponda de fato ao “núcleo duro” da liberdade de discurso.

Um por um, Schauer então se esforça em demolir esses empreendimentos teóricos dedutivos-gerais: por exemplo, à teoria que compreende a liberdade de discurso tão somente como um sinônimo do direito dos indivíduos em se *autoexpressarem* livremente, o autor contesta a capacidade do princípio substantivo “autoexpressão” servir como o

²⁶⁸ Exponho aqui a minha interpretação do que Schauer defende especialmente em: Schauer, Frederick. *Speech and Speech – Obscenity and Obscenity: An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language. Faculty Publications.* 883 (1979). Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry.* Cambridge University Press (1982b). Schauer, Frederick. *Must Speech Be Special? Faculty Publications.* Paper 878. (1983).

²⁶⁹ “Distinctive Principle” é o termo usado por Kent Greenawalt em: Greenawalt, Kent (1989), e não por Schauer.

²⁷⁰ Schauer, Frederick (1983). *Op. Cit.* P. 1289: “Do the activities covered by the first amendment possess at least one and maybe more theoretically relevant differences from those activities not so covered? If they do, then we can say that the activities covered by the first amendment are in some sense special. But if they do not – if they are analytically indistinguishable subset of a larger category – not all of which is protected by the first amendment – then we can say that speech is not special. Schauer, Frederick (1979). *Op. Cit.* 912: “A theory that does not functionally distinguish speech from the vast range of other conduct reduces free speech to a general principle of liberty”.

aspecto distintivo do discurso *vis-à-vis* às demais liberdades: afinal, “qualquer atividade pode ser uma forma de autoexpressão para o [seu] agente”²⁷¹. Ao modelo do “*livre mercado de ideias*”, e ao *princípio republicano* de Meiklejohn - que para Schauer não é senão a metodologia do “livre mercado de ideias” aplicada ao processo democrático²⁷² - ele interpõe afiadas questões epistêmicas, haja vista o seu ceticismo quanto à presumida virtude da “verdade” levar sempre a melhor em relação ao “erro”: “nós temos visto constantemente a falsidade triunfar sobre a verdade”, adverte-nos Schauer, “para termos fé na proposição empírica que a verdade sempre prevalece”²⁷³. Quanto à afirmação de que a liberdade de discurso propicia uma maior *autorrealização* (intelectual, artística, ética, filosofia) aos membros de uma sociedade, Schauer não diz o contrário; todavia, apesar de reconhecer sua verossimilhança, o autor julga a correlação entre “autorrealização individual” e “livre discurso” como logicamente incapaz de servir como *justificativa independente* à Primeira Emenda. São duas as razões por que isto se dá: (a) pois, muito embora possamos conceber o livre discurso como *condição suficiente* para a autorrealização (intelectual, a título de exemplo) disto não se segue que seja ele também uma *condição necessária* para tanto: eis que a autorrealização pode sempre ser alcançada por atividades outras que não o discurso, como através do hábito de viajar regularmente ao redor do mundo, ou pela experiência acumulada com a troca constante de empregos²⁷⁴; (b) invertendo os termos da questão, ainda que aceitemos a liberdade de discurso como *condição necessária* à autorrealização intelectual, isto não implica que ela seja também uma *condição suficiente* para o mesmo fim: afinal de contas, uma série de outros componentes podem ser igualmente indispensáveis para o desenvolvimento intelectual de um indivíduo: “se a nossa preocupação é com a expansão da mente” conclui Schauer “então [os elementos] escolha, diversidade, individualidade, e novidade são claramente tão importantes quanto a comunicação”²⁷⁵ para a sua consecução.

²⁷¹ Ibidem. P. 912: “I may express myself in one way driving a Pinto or a Buick, but in quite another by owning a Ferrari or an Hispano-Suiza. These examples emphasize that self-expression is a general concept that subtracts far more than it adds to any rational view of what free speech means”.

²⁷² Ibidem. P. 917.

²⁷³ Ibidem. P. 916-17: Apesar disso, algumas linhas adiante Schauer confere ao modelo do “livre mercado de ideias” uma formulação que ele julga mais promissora: “The real value in open discussion is not so much the discovery of truth as it is the identification of error (...) [a]lthough continued identification of error may not lead to truth, it can lead to an increase in knowledge. Reformulated, the marketplace model retains value as a first amendment theory”. Porém, mesmo reformulada, é provável que o modelo do “livre mercado de ideias” não dê conta de inúmeras atividades discursivas que reputamos como protegidas pela Primeira Emenda.

²⁷⁴ Ibidem. P. 914.

²⁷⁵ Ibidem. P. 915.

Passo agora para o problema operacional das teorias dedutivistas, começando pelo projeto de Thomas Emerson. À semelhança do que foi dito em 3.2.3, quando fiz referência às dificuldades inerentes à distinção “expressão-ação”, John Hart Ely reforça que a identificação do “elemento predominante em um curso de conduta” é uma tarefa desde o início fadada ao fracasso²⁷⁶. Comentando sobre *O’Brien*²⁷⁷, caso este que de acordo com Emerson teria sido erroneamente decidido²⁷⁸, Ely alega que o “ato de queimar o *draft card* com vistas a expressar oposição ao alistamento militar é um *todo indiferenciado*, 100 % ação e 100% expressão”²⁷⁹. Por isso, segundo o autor, qualquer tentativa de determinar qual dos dois elementos é o predominante na conduta perpetrada por David O’Brien²⁸⁰ tende a cair numa espécie petição de princípio (question-begging), porque, para justificar a predominância do elemento “ação” ou “expressão” o juiz acaba necessariamente se reportando à questão que deu origem à sua investigação, qual seja, a de saber se a conduta deve ou não ser protegida²⁸¹.

Princípios substantivos formulados num alto grau de abstração *parecem* ser (mas apenas *parecem*) em mais de um sentido superiores a princípios menos gerais. Por exemplo: o princípio da autorrealização individual é amplo o suficiente para abarcar princípios intermediários, como o ideal republicano no controle das ações governamentais pelo povo. Colocando de modo mais simples: o defensor da autorrealização como princípio fundamental da Primeira Emenda é sempre capaz de reconduzir outros princípios, como aquele que expressa o desejo do povo em controlar o processo de tomada de decisão na esfera política, ao seu próprio “domínio de justificação” (nesse caso, portanto, o ideal democrático seria em última instância uma forma de os indivíduos se autorrealizarem social e politicamente). Confiando na amplitude desse seu princípio (ou em seu “magnetismo justificatório”), os “teóricos da autorrealização”²⁸² acreditavam ser capazes de contornar a crítica teórica contra eles lançada no penúltimo

²⁷⁶ Ely, John Hart. Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in the First Amendment Analysis. *Harvard Law Review*, Vol. 88 Nº7 (May 1975). P.1495-96.

²⁷⁷ *United States v. O’Brien*, 386 U.S. 345 (1967).

²⁷⁸ Emerson, Thomas I. (1970). Op. Cit. P. 80.

²⁷⁹ Ely, John Hart (1975). Op. Cit. P. 1495. No mesmo sentido conferir: Schauer, Frederick. Codifying the First Amendment: New York v. Ferber. *Faculty Publications*. 884 (1982). P.300: (...) logical flaws of the speech-with-action rationale. **All communication has some relation with some course of conduct**. (Os grifos são meus).

²⁸⁰ No primeiro parágrafo da subseção 6.1.1 descrevo com mais detalhes os fatos que deram origem à *O’Brien*.

²⁸¹ Ely, John Hart (1975). Op. Cit. P.1495.

²⁸² Cf. Baker. Scope of the First Amendment Freedom of Speech. 25 U.C. L.A. L. REV. 45 (1974). Richards. Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First Amendment. 123 U.Pa. L. REV. 45 (1974)

parágrafo; contudo, mesmo se reconhecêssemos o seu potencial em assim o fazer²⁸³, o preço pago pela “plausibilidade teórica” seria nada menos do que sua *completa incapacitação em servir como um parâmetro decisório estável*. Isso porque, se “um princípio singular abstrato [é] capaz de acomodar quase todas as mudanças, previstas e imprevisas, na natureza dos problemas da Primeira Emenda” – sendo flexível o suficiente para dar conta de todos os princípios intermediários que justificam a liberdade de discurso –, em contrapartida, é inevitável que ele também “acomode qualquer intuição [ou preferência] mais particularizada (...) do aplicador [desse] princípio”²⁸⁴ ao caso concreto. Em conclusão, o recurso a um “princípio singular abstrato” que tudo abarca e nada orienta acaba conduzindo os juízes a uma aplicação da Primeira Emenda “more likely to be conclusory than principled”²⁸⁵.

Ao descermos alguns graus de abstração principiológica, substituindo um amplíssimo valor substantivo por um princípio mais preciso, como aquele proposto por Meiklejohn, o problema das largas margens de discricionariedade deixadas aos tomadores de decisão, bem como do consequente aumento nos níveis de incerteza no processo decisório constitucional, é em certa medida atenuado. Em contrapartida, princípios singulares mais precisos (*precise single principles* ou *narrow principles*) parecem trocar um problema por outro: isto é, se por um lado sua maior precisão os permitem funcionar como parâmetros fixos de modo a influenciar (ou mesmo a determinar) processos decisórios reais, por outro lado, e como consequência do próprio encolhimento do seu domínio de justificação (e, portanto, da cobertura protetiva da Primeira Emenda), muitas coisas (relevantes sob do ponto de vista das teorias ecléticas) acabam sendo deixadas de fora²⁸⁶. Por isso, caso elegêssemos um princípio conciso, estabelecendo como regra que

²⁸³ A bem da verdade, não acredito nesse seu potencial. Parece-me, de todo modo, que a estratégia de incluir um princípio menos geral (e.g., princípio republicano) num princípio mais geral (e.g., princípio da autorrealização) é defeituosa porque desconsidera que o princípio absorvido seja capaz de ter relações independentes com outros princípios que nada tenham a ver com o princípio mais amplo. Em outras palavras, se é verdade que podemos justificar o ideal republicano no “controle das ações estatais” enfatizando que com isso os cidadãos são capazes de “perseguirem livremente seus projetos de vida” e, consequentemente, se “autorrealizarem” mais eficazmente, é também verdade que o mesmo princípio republicano guarda relações com outros princípios igualmente gerais, como o princípio “justiça social”, que numa situação concreta pouco ou nada pode ter a ver com o princípio da “autorrealização”. Em suma, enclausurar uma justificativa no domínio de uma justificativa mais ampla equivale a simplesmente ignorar as possíveis relações que a justificativa mais restrita tem com outros princípios gerais.

²⁸⁴ Schauer, Frederick (1982). Op. Cit. 312.

²⁸⁵ Ibidem: “I have picked self-realization only as an example, for a similar **lack of predictive value** could be identified in any other single principle of abstraction (e.g., ‘human rights’, ‘liberty’ and ‘autonomy’).”

²⁸⁶ Ibidem. P. 313-14.

somente a categoria dos discursos políticos conta realmente como “discurso” para fins de proteção constitucional, um considerável número de outras categorias, como aquelas dos discursos artísticos e religiosos, ou mesmo aquelas outras cuja relação com as razões substantivas da liberdade de discurso é apenas incidental, como é o caso dos discursos difamatórios, comerciais, combativos e obscenos, seria *categoricamente* excluído da cobertura de proteção da Primeira Emenda.

Sintetizando aquilo que pretendi explicar ao longo desta subseção, Schauer escreve que:

“The efforts to create one formula that will generate an area of absolute protection have been heroic, but they have failed in one of two ways. Either they have, like Professor Emerson's distinction between expression and action, simplified things to such an extent that the resultant formula has little if any analytical or predictive value, or they have, like the Meiklejohn interpretation, achieved consistency and workability at the expense of excluding from coverage much that a full theory of freedom of speech ought to include”²⁸⁷.

Em meados do século passado, no ápice do fervor do embate metodológico sob o qual a Suprema Corte achava-se então imersa, o caminho alternativo mais óbvio, ou mesmo a única saída concebida por aqueles que percebiam o dedutivismo absolutista como algo angustiosamente sobre e subinclusivo vis-à-vis àquilo que “uma teoria completa da liberdade de discurso deveria incluir”, correspondia à técnica do balanceamento. Em sua contestada opinião em *Dennis*, Justice Frankfurter, argumentando que “regras absolutas inevitavelmente levam a absolutas exceções, e tais exceções eventualmente acabam corroendo as regras”²⁸⁸, acabou por acertar em cheio o calcanhar de Aquiles do absolutismo decisório. E como remédio à rigidez de regras entrincheiradas, sejam elas jurídicas ou judiciais, o balanceamento receitou que o processo decisório da liberdade de discurso fosse qualquer coisa de mais flexível e mais afinado com as justificativas subjacentes de cada direito em disputa. Contudo, se a questão que subjaz a disputa metodológica em torno da liberdade de discurso é conhecer qual dentre todas as alternativas está mais habilitada para perseguir o estado de coisas requerido pela Primeira Emenda, o *status* que o balanceamento reclama a si de estratégia normativamente preferível está longe de ser autoevidente. E no capítulo a seguir exponho o porquê.

²⁸⁷ Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P. 275.

²⁸⁸ 341 U.S. 494, 524-25 (1951).

4. Balanceamento:

4.1. Desenvolvimento do “raciocínio do balanceamento” na prática decisória da Primeira Emenda.

4.1.1. As raízes do balanceamento: “clear and present danger” e “time, place and manner”.

Em “Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse”, Jacobus Bomhoff escreve que a emergência do “discurso do balanceamento” na jurisdição constitucional da Primeira Emenda em meados do século passado deve ser compreendida com base no contexto de uma “busca pragmática por soluções para novos problemas, mediante a modificação das estruturas decisórias”²⁸⁹ então à disposição. O que Bomhoff parece ter pretendido dizer com isso é que muito antes de o balanceamento ter gozado do seu *status* de “doutrina dominante na Suprema Corte”²⁹⁰, já existiam estratégias decisórias exigindo de tomadores de decisão o uso de suas habilidades preditivas para avaliar relações do tipo “meio e fim”; elencar as alternativas decisórias menos restritivas ao discurso; ou mesmo sopesar interesses conflitantes²⁹¹. Ou seja: em última instância, o balanceamento, tal como ele se apresentou nas décadas de 1950 e 1960, deve muito de seu *modus operandi* a estruturas decisórias que o precederam, especialmente à fórmula do *clear and present danger* e à abordagem da Corte em casos que diziam respeito à regulação ao discurso em razão do “tempo, lugar e modo” de proferimento.

Ainda que apenas de passagem, julgo ser relevante dizer algumas palavras sobre aquilo que aqui chamei de “raízes do balanceamento”. Começo com o famoso teste do *clear and present danger*, formulado pela primeira vez por Justice Holmes em *Schenck v. United States*²⁹². Não seria nenhum exagero dizer que *Schenck*, caso decidido logo após o fim da Primeira Grande Guerra, representou um marco na história da doutrina da Primeira Emenda²⁹³. Em síntese, eram estes os fatos: no decorrer da Primeira Guerra,

²⁸⁹ Bomhoff, Jacobus. *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*. Cambridge University Press. (2013). P. 127.

²⁹⁰ Laurent B. Frantz. The First Amendment in the Balance. 71 Yale L.J. (1962). P.1432: “balancing has become the central first amendment issue”.

²⁹¹ Bomhoff, Jacobus (2013). Op. Cit. P. 124-30.

²⁹² 249 U.S. 47 (1919).

²⁹³ Kent Greenawalt chega mesmo a dizer que “[i]f you ask an American when the government is allowed to step in and punish speech, he or she is likely to say: ‘You can’t shout fire in a crowded theater,’ and ‘the government can act when there is a clear and present danger’”. Greenawalt, Kent. *Clear and Present Danger*. In: *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*, ed. Lee C. Bollinger and Geoffrey R. Stone, 96-119. Chicago: University of Chicago Press, 2002. P. 97. Isso mostra que o aparato conceitual e metafórico criado

Charles Schenck e Elizabeth Baer, ambos socialistas, distribuíram panfletos declarando que o *draft* violava a Décima Terceira Emenda²⁹⁴ por reavivar a servidão involuntária. Schenck e Baer teriam convocado o público à uma desobediência coletiva e pacífica ao *draft*. Como resultado, Schenck foi processado, nos termos do *Espionage Act (1917)*, por tentativa de insubordinação, conspiração e obstrução ao recrutamento militar. Schenck e Baer foram então condenados nas instâncias inferiores. Diante desse caso, a Suprema Corte teve que decidir se o *Espionage Act (1917)* violava ou não a Primeira Emenda.

Escrevendo para uma Corte unânime, e enfatizando uma espécie de “relativização da liberdade de discurso” em tempos de guerra²⁹⁵, Justice Oliver W. Holmes proferiu as seguintes palavras:

“The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. (...). The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree”²⁹⁶.

Duas coisas saltam aos nossos olhos tão logo atentamos para a passagem acima transcrita: em primeiro lugar, Justice Holmes “oferece-nos uma exposição pragmática do que a Primeira Emenda *não deveria cobrir*”²⁹⁷. Pensando nas doutrinas que despontaram nas décadas que se seguiram à *Schenck*, em especial aquelas pertencentes à tradição definicional, o “método por exclusão” proposto por Holmes tem um quê de inusitado: afinal, como vimos no capítulo anterior, os projetos teóricos de parte da geração seguinte faziam o caminho inverso ao de Holmes, isto é, esforçavam-se em identificar “O valor fundamental” no coração da Primeira Emenda para, a partir dele, determinar o que era ou não albergado pela liberdade de discurso²⁹⁸. Em segundo lugar, e relacionado ao primeiro ponto, a fórmula proposta em *Schenck* convidava os tomadores de decisão a uma

por Justice Holmes em *Schenck* continua ecoando tanto da doutrina da Primeira Emenda como nas crenças mais populares sobre a liberdade de discurso nos Estados Unidos.

²⁹⁴ A Décima Terceira Emenda à Constituição dos Estados Unidos banuiu a escravidão e a servidão voluntária de todo o território nacional.

²⁹⁵ 249 U.S. 47, 52 (1919): “When a nation is at war many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight and that no Court regard them as protected by any constitutional right”.

²⁹⁶ 249 U.S. 47, 52 (1919).

²⁹⁷ Bomhoff, Jacco (2013). Op. Cit. 128.

²⁹⁸ Ibidem.

atividade preditiva e necessariamente casuística²⁹⁹; e tal convite decerto evidenciava as preocupações empíricas e consequencialistas (e, portanto, relativas à substância) do “*clear and present danger*” test, em contraste com as preocupações formais (e deontológicas) dos testes sugeridos por Meiklejohn e Emerson, dentre outros³⁰⁰.

Nas décadas de 1930 e 1940, numa época em que as preocupações do pós-guerra com os discursos subversivos já haviam diminuído consideravelmente, a Suprema Corte pôde então voltar suas atenções a problemas de outra natureza. À semelhança dos tipos de restrições que serão objeto da seção 6.1.3 (restrições neutras), algumas atividades do tipo: protestos nas proximidades de hospitais e escolas, manifestações com carro de som em bairros residenciais e distribuição de panfletos em locais públicos, passaram a ser reguladas pelo poder estatal, não propriamente por causa de uma eventual discordância com o conteúdo da mensagem que mediante aquelas atividades pretendia-se comunicar, e sim em razão de legítimas preocupações com “impactos não comunicacionais” por elas causadas (e.g., o impedimento do normal funcionamento de hospitais e escolas; o distúrbio da tranquilidade e privacidade de moradores de bairros residências; a sujeira deixada nas ruas públicas após a distribuição de panfletos).

Uma vez tendo-os agrupado sob o rótulo de “restrições de tempo, lugar e modo”, a Corte teve então que estipular os critérios a partir dos quais tais casos seriam julgados. O *clear-and-present danger*, seja pela sua rigorosa estridência, seja pela singularidade de sua abordagem analítica³⁰¹, parecia não ser adequado à solução de problemas daquela espécie. Sendo assim, a Corte acabou optando por uma abordagem decisória revestida de

²⁹⁹ 249 U.S. 47, 52 (1919): “We admit that in many places and in ordinary times the defendants in saying all that was said in the circular would have been within their constitutional rights. **But the character of every act depends on the circumstances in which is done**”. (Os grifos são meus).

³⁰⁰ Não demorou muito para que o “*clear and present danger*” test fosse utilizado novamente pela Suprema Corte. No mesmo ano de 1919, ao confirmar a condenação de Jacob Abrams, que jogara da janela de seu apartamento dois panfletos contendo críticas às tropas americanas na Rússia e urgindo pela cessação da produção de armas de fogo, a Corte mais uma vez julgou pela constitucionalidade do *Espionage Act*. [Cf. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919)]. Quanto a isto, duas coisas merecem menção: a primeira delas consiste no fato de Holmes, acompanhado de Justice Brandeis, ter divergido da maioria e sustentado que o perigo em questão não era real nem iminente; no mais, cabe aqui mencionar também que, apesar das consecutivas condenações de Schenck e Abrams, o “*clear and present danger*” test foi interpretado por muitos como capaz de conferir um alto nível de proteção ao discurso. Bomhoff, Jacco (2013). Op. Cit. 129.

³⁰¹ O *clear-and-present danger* parece ter sido modelado sob medida para prevenir um tipo de perigo específico, qual seja, aquele decorrente de discursos subversivos (e.g., a derrubada violenta do governo). Falar de *clear-and-present danger* em casos envolvendo, por exemplo, o uso de autofalantes de madrugada num bairro residencial parece um tanto quanto fora de contexto. Para uma defesa no sentido da criação de abordagens analíticas distintas para cada tipo de subcategoria discursiva ver seção 5.2.2 [Segundo ato: criação de subcategorias] e também: Schauer, Frederick. *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts* (1981). Faculty Publication. Paper 876. P.288.

considerações do tipo “meio e fim” e de exortações pela “busca da alternativa menos restritiva” ao discurso³⁰², tendo como resultando um tipo de “balanceamento *avant la lettre*”. A linguagem empregada no voto de Justice Owen J. Roberts em *Schneider v. Schneider*³⁰³ não poderia ter sido mais clara quanto à proximidade do método comumente utilizado diante de “*time, place and manner*” restrictions com aquilo que ao longo dos anos 50 se tornaria a “perigosa doutrina do balanceamento”³⁰⁴:

“(…) the courts should be astute to examine the effects of the challenged legislation (...) [T]he delicate and difficult task falls upon the courts to weigh the circumstances and to appraise the substantiality of the reasons advanced in support of the regulation of the free enjoyment of the rights”³⁰⁵.

Retomando a passagem com a qual comecei esta subseção, a gradual incorporação do balanceamento na prática decisória da Primeira Emenda não pode ser compreendida senão à luz de uma “busca pragmática [operada pela Corte nas décadas de 50 e 60] por soluções para novos problemas, mediante a modificação das estruturas decisórias.”³⁰⁶ As “estruturas decisórias” sobre as quais operaram-se as ditas “modificações” foram precisamente aquelas aqui apresentadas: isto é, o teste de Holmes e o “balanceamento *avant la lettre*”. Já no que diz respeito aos “novos problemas” e às suas respectivas “soluções”, serão eles o tema central e o fio condutor da subseção seguinte.

Antes de nela entrarmos, contudo, talvez seja interessante recordar os argutos comentários de um autor contemporâneo à esta “transição metodológica”: Laurent B. Frantz. No alvorecer dos anos 50, o “*clear and present danger*” test passava por uma descaracterização: Judge Learned Hand, reinterpretando-o à luz dos fatos que deram origem à *Dennis v. United States*³⁰⁷, assim o reformulou: “In each case [courts] must ask whether the gravity of the ‘evil’, discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as is necessary to avoid the danger”. Uma década já havia se passado desde de *Dennis*, quando Frantz denunciou que “[this] ‘reinterpretation’ of the ‘clear and present

³⁰² Bomhoff, Jacco (2013). Op. Cit. 130.

³⁰³ 308 U.S. 147 (1939): em *Schneider v. Schneider* a Suprema Corte teve que decidir se os interesses na redução do descarte de lixo nas ruas e calçadas (*littering*) justificava proibições a distribuição de panfletos em locais públicos. O resultado alcançado pela Corte foi que os interesses regulatórios do governo não *superavam* os interesses no livre discurso.

³⁰⁴ A frase “the dangerous constitutional doctrine of ‘balancing’” foi forjada por Justice Black em *Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Board*, 367 U.S. 1 (1961).

³⁰⁵ 308 U.S. 147, 160-61 (1939).

³⁰⁶ Bomhoff, Jacco. *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*. Cambridge University Press. (2013). P. 127.

³⁰⁷ 341 U.S. 494 (1951).

danger' test appears to have killed it"³⁰⁸. E o autor não parou por aí: voltando-se agora ao voto que Justice Frankfurter formulara naquela mesma oportunidade, e pressagiado o domínio de uma nova metodologia decisória na Suprema Corte - metodologia esta que ele estava disposto a combater - o autor não mediu palavras para dizer que "[w]hile 'clear and present danger' has lain mouldering – or perhaps slumbering – 'balancing' has come to the fore"³⁰⁹.

4.1.2. O balanceamento "vem à tona": a liberdade de discurso em tempos de "ameaça vermelha".

No rescaldo da Segunda Guerra Mundial, primeiros anos do longo período conhecido como Guerra Fria, o medo de um conflito entre as duas maiores potências nucleares do mundo tirou o sono de muitos cidadãos norte-americanos, fazendo com que o gigantesco aparato de segurança dos Estados Unidos fosse mobilizado. Se o ataque bem-sucedido do inimigo era mesmo capaz de lançar pelos ares cidades inteiras, então o medo e a angústia que motivaram a perseguição de comunistas no Congresso – seja através da campanha empreendida pela *House Committee on Un-American Activities*, seja através dos repetidos esforços do senador Joseph R. McCarthy – explicavam igualmente o esmorecimento da força com a qual a Suprema Corte deveria proteger a Primeira Emenda à Constituição norte-americana³¹⁰.

As décadas de 1950 e 1960 foram tempos difíceis para aqueles que levantaram suas vozes contra as políticas do governo, principalmente para os que simpatizavam com a doutrina comunista (ou com quaisquer uma de suas múltiplas vertentes). Dentre os muitos casos envolvendo a "ameaça vermelha" que surgiram diante a Suprema Corte naquele período, quatro deles costumam ser os mais citados, são eles: *American Communications Association v. Douds*³¹¹, *Dennis v. United States*³¹²; *Barenblatt v. United States*³¹³ e *Konigsberg v. State Bar*³¹⁴. Da leitura conjunta desses casos algumas coisas podem ser apreendidas: de início, percebe-se que a "linguagem do balanceamento", que em *Douds* e em *Dennis* ainda despontava de maneira algo tímida,

³⁰⁸ Laurent B. Frantz (1962). Op. Cit. P.1428.

³⁰⁹ Laurent B. Frantz (1962). Op. Cit. P.1428-29.

³¹⁰ Cf. Diane P. Wood. The Rule of Law in Times of Stress. 70 University of Chicago Law Review 455 (2003).

³¹¹ 339 U.S. 382 (1950).

³¹² 341 U.S. 494 (1951).

³¹³ 360 U.S. 109 (1959).

³¹⁴ 366 U.S. 36 (1961).

foi ganhando cada vez mais espaço na retórica dos votos formulados em nome da maioria, a exemplo do que se deu em *Barenblatt* e em *Konigsberg*; em segundo lugar, vê-se que à proporção em que o balanceamento foi conquistando o posto de “a principal metodologia decisória da jurisdição constitucional da Primeira Emenda”, o discurso de seus opositores também começou a ganhar contornos mais nítidos e tons mais elevados, conforme é revelado pelo progressivo enrijecimento da discordância de Justice Black com a preferência metodológica da maioria; por fim, posto que não seja uma necessidade lógica³¹⁵, a correlação entre “emprego do balanceamento decisório” e “declaração de inconstitucionalidade de uma atividade discursiva pela Suprema Corte” é atestada tanto pelo conjunto de julgamentos que dizem respeito à “ameaça vermelha” ao longo da Guerra Fria, como pela autoridade de autores como Laurent B. Frantz³¹⁶, John Hart Ely³¹⁷ e Alexander Aleinikoff³¹⁸ e Frederick Schauer³¹⁹.

Nas linhas que se seguem meu esforço será em apresentar cada um dos quatro casos acima mencionados, destacando, por um lado, a gradual consolidação do discurso do balanceamento no domínio da liberdade de discurso e, de outro lado, a oposição que a ela se criou por algumas maiores personalidades do pensamento jurídico norte-americano da geração de meados do século passado.

American Communications Association v. Douds (1950):

Douds, um caso que dizia respeito à exigência de um “julgamento de lealdade” (*loyalty oath*) imposta aos membros de altos postos de sindicatos trabalhistas, foi o primeiro julgamento constitucional relevante sobre discursos subversivos no pós-Segunda Guerra, tendo também inaugurado um processo de reformulação da “linguagem do balanceamento” que se estenderia por todo os anos 50 e pelo início dos anos 60. Mas o que estava em jogo em *Douds*? Em síntese, os fatos eram os seguintes: a Seção 9 (h) da

³¹⁵ Laurent B. Frantz (1962). Op. Cit. P.1440: “It is even conceivable that a balancer who attached a very high value to freedom of speech might decide in its favor more often than a definer who applied a narrow definition”.

³¹⁶ Cf. Ibidem. Op. Cit. P.1440.

³¹⁷ Cf. Ely, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge, MA: Harvard University Press (1980). E também: Ely, John Hart. *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in the First Amendment Analysis*. *Harvard Law Review*, Vol. 88 N°7 (May 1975).

³¹⁸ Aleinikoff, T. Alexander. *Constitutional Law in the Age of Balancing*. 96 Yale. L. L (1987).

³¹⁹ Sobre o argumento de que a correlação entre “balanceamento” e “menor proteção ao discurso” é de natureza empírica e não lógica ver: Frederick, Schauer. *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*. Faculty Publications. 876 (1981). P. 303: “(...) there is no necessary correlation between the approach employed and the strength of the first amendment protection. Although ad hoc balancing has traditionally been associated with a puny first amendment and categorical rules with a powerful one, it could have been and still could be otherwise”.

Lei Nacional de Relações Trabalhistas (*National Labor Relations Act, 1947*) estabeleceu que a organização governamental responsável pelo recebimento de petições e reclamações dos sindicatos trabalhistas (*National Labor Relations Board*) levaria em conta apenas as reivindicações daqueles sindicatos que tivessem subscrito termo de compromisso (*affidavit*) declarando que nenhum de seus “membros do conselho” fossem filiados (ou tivessem sido a filiados) ao Partido Comunista; mais precisamente, as demandas da Seção 9 (h) iam além, exigindo dos sindicalistas que eles nem mesmo acreditassem em algo como “derrubada do governo norte-americano pela força”. Chief Justice Vinson foi quem escreveu a opinião vencedora. Segundo Vinson, a condição estipulada pela Lei Nacional de Relações Trabalhistas, ao regular *condutas subversivas*, tinha como objetivo principal a proteção do *comércio interestadual* contra aquilo que se convencionou chamar de “greve política”: isto é, greves provocadas pelos membros de alto comando da estrutura sindical que estavam inclinados a agir exclusivamente de acordo com suas ideologias espúrias, relegando a segundo plano os reais interesses daqueles a quem eles deveriam representar.

Se paramos um instante para pensar nas “estruturas decisórias” que o Chief Justice tinha então à sua disposição naquele alvorecer dos anos 50, chegaríamos então à conclusão que ele se via entre a fórmula de Holmes e o precedente de *Schneider*. Os representantes dos sindicatos, percebendo no *clear and present danger* um teste mais protetivo ao discurso, tentaram convencer a Corte a percorrer esse caminho metodológico; esforço em vão: pois Chief Justice Vinson, recusando-se a ver no teste uma “fórmula matemática” a ser mecanicamente aplicada “em todo caso que tocasse as liberdades da Primeira Emenda”³²⁰, ou ainda, argumentando nunca ter sido a intenção da Corte formular um “teste absolutista medido em termos de perigo à nação”³²¹, optou por seguir a outra direção. Três foram os argumentos centrais para que o Chief Justice resolvesse por uma aproximação da lógica decisória contida em *Schneider* em detrimento das sugestões dos apelantes: primeiro, ele acreditava que as liberdades de associação e de discursos eram limitadas apenas *indiretamente* pelo ato normativo em questão³²²; segundo, sob a sua perspectiva, os efeitos da regulação à liberdade de discurso eram *relativamente pequenos*; por fim, os males que o Congresso buscava evitar, embora não

³²⁰ 339 U.S. 382, 394 (1950).

³²¹ 339 U.S. 382, 397 (1950).

³²² 339 U.S. 382, 399 (1950).

representassem um perigo claro e eminente, denotavam *interesses públicos substanciais*. E esta passagem resume em poucas linhas o ponto que o Chief Justice intentava ressaltar:

“When particular conduct is regulated in the interest of public order, and the regulation results in an indirect, conditional, partial abridgment of speech, the duty of the courts is to determine which of these two conflicting interests demands the greater protection under the particular circumstances presented”³²³.

Portanto, aos olhos de Vinson, o fato de a regulação em causa resultar numa limitação apenas *indireta, condicional e parcial* ao discurso, aproximava *Douds* daqueles casos que versavam sobre coisas do tipo: carros de som em bairros residenciais, uso de autofalantes madrugada adentro, distribuição de panfletos sujando as calçadas e desobstrução de ruas e avenidas para o livre trânsito de automóveis³²⁴. Por ser *Douds* congênere à *Schneider*, os interesses discursivos dos sindicatos deveriam ser contrapostos aos interesses governamentais na proteção contra os males decorrentes de “greves políticas”; e, no balanceamento de *Douds*, selou-se a constitucionalidade do dispositivo da Lei Nacional de Relações Trabalhistas que condicionava o normal funcionamento dos sindicatos a subscrição de termo de compromisso³²⁵.

Como já se poderia imaginar, Justice Black foi o autor do único voto dissidente à opinião da maioria. Todavia, diferentemente do que viria a acontecer nos anos seguintes, o Justice não se voltou diretamente contra a técnica do balanceamento, mas sim contra a natureza perversa dos “julgamentos de lealdade” – “implacáveis inimigos da liberdade de pensamento”³²⁶ -, bem como contra o argumento da maioria de que a regulação em questão constrangia tão somente um “punhado de pessoas, deixando a grande maioria”³²⁷ desimpedida para professar suas preferências ideológicas. Quanto a natureza perversa dos juramentos de lealdade, Justice Black enfatizou que eles eram completamente incompatíveis com a *natureza intransigente da Primeira Emenda*. Já no que diz respeito

³²³ 339 U.S. 382, 399 (1950)

³²⁴ Bomhoff, Jacco (2013). Op. Cit. 133.

³²⁵ Laurent B. Frantz interpretou *Douds* como uma reformulação de *Schneider*. Segundo o autor, o precedente de *Schneider* autorizava o uso do balanceamento somente a regulações que, apesar de neutras *vis-à-vis* o conteúdo da mensagem regulada, eram capazes de afetar indevidamente os meios disponíveis para a comunicação de ideias ao público; já em *Douds*, o balanceamento passou a ser acionado se, e somente se, “(...) the statute is construed as regulating conduct, and where the effect on speech is deemed both relatively minor and a mere incidental by-product of the conduct regulation”. Laurent B. Frantz (1962). Op. Cit. P.1429.

³²⁶ 339 U.S. 382, 448 (1950): “Whether religious, political, or both, test oaths are implacable foes of free thought. By approving their imposition, this Court has injected compromise into a field where the First Amendment forbids compromise”.

³²⁷ 339 U.S. 382, 448 (1950).

à justificação regulatória de que apenas uma ínfima fração da população estava sendo atingida por aquele ato regulatório, ele rebateu dizendo que “(...) not the least of virtues of First Amendment is its protection of each member of the smallest and most unorthodox minority”³²⁸; além de alertar seus pares de que a mesma razão sobre a qual fundava-se a ação contra a ideologia comunista poderia, num futuro não muito distante, ser aproveitada para censurar atividades discursivas de outras afiliações³²⁹. No mais, ao enfatizar que crenças e pensamentos, ao contrário de ações concretas, eram domínios cerrados à ação governamental, Justice Black antecipou em *Douads* a distinção que governaria seus votos em casos futuros, qual seja, a distinção de “ação” e “expressão”³³⁰. Finalmente, e especialmente importante para o tema do presente capítulo, em seu voto já era possível perceber traços de sua desconfiança em relação à flexibilidade decisória na jurisdição constitucional da Primeira Emenda, sobretudo na passagem em que ele critica “the assumption that individual mental freedom can be constitutionally abridged whenever a majority of this Court finds a satisfactory legislative reason”³³¹.

Dennis v. United States (1951):

Em *Dennis*, ano seguinte à *Douads*, a Suprema Corte dos Estados Unidos se deparou novamente com um caso sobre a constitucionalidade de atos normativos que em alguma medida restringiam a liberdade de discurso daqueles cidadãos que professavam ideias comunistas. O secretário geral do Partido Comunista Americano, Eugene Dennis, em companhia de outros comunistas de alto escalão, foi preso e condenado por violação ao *Smith Act (1940)*, uma “lei de registro de estrangeiros” que proibia certas atividades subversivas, inclusive a defesa da derrubada violenta do governo norte americano, ou mesmo a mera associação a organizações dedicadas a tal fim. A condenação foi mantida pelo tribunal de apelação, muito embora a acusação tenha falhado em produzir qualquer prova contundente demonstrando que Dennis, ou qualquer um de seus companheiros de partido, teria de fato incitado seus seguidores a cometerem atos subversivos contra o governo. O processo então subiu para a Suprema Corte, que decidiu pela manutenção das

³²⁸ 339 U.S. 382, 448 (1950).

³²⁹ 339 U.S. 382, 449-50 (1950): “Today the ‘political affiliation’ happens to be the Communist Party: testimony of an ex-Communist that some Communist union officers had called ‘political strikes’ is held sufficient to uphold a law coercing union members not to elect any Communist as an officer. Under this reasoning, affiliations with other political parties could be proscribed just as validly”.

³³⁰ Cf. *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959). Conferir também Seções 3.2.3 [Thomas Emerson: ação e expressão] e 3.2.4 [Aplicações na Suprema Corte].

³³¹ 339 U.S. 382, 449 (1950).

condenações e pela constitucionalidade do *Smith Act* em situações nas quais o discurso objeto de regulação representasse uma verdadeira ameaça à segurança nacional.

De novo coube à Justice Vinson a formulação da opinião majoritária. Contudo, se em *Doubs* o Chief Justice pôde com alguma facilidade classificar a Seção 9 (h) da Lei Nacional de Relações Trabalhistas como uma regulação (somente) *indireta* ao discurso, afastando com isso a aplicação do “*clear and present danger*” test, no que se referia ao *Smith Act* o mesmo não poderia ser feito: desta vez o impacto no discurso não era “indireto, condicional e parcial”, mas, ao invés, traduzia-se numa “direta proibição de coisas que simplesmente não poderiam ser ditas”³³². Por isso, para ser coerente com aquilo que havia dito no ano anterior, Justice Vinson viu-se de certo modo compelido a fazer uso da fórmula de Holmes. Mas se realmente ele assim o fez, não foi senão dotando-a de um certo “brilho realista”, ou ainda, não foi senão interpretando-a através das “lentes do balanceamento”³³³.

A necessidade de uma recalibragem da fórmula de Holmes em *Dennis* foi justificada pelo Chief Justice com base nas circunstâncias inauditas pelas quais passavam a nação, nomeadamente: a existência de todo um aparato, o Partido Comunista, dedicado exclusivamente à derrubada do governo norte-americano, num período de crise global. E, segundo supunha Justice Vinson, tais circunstâncias eram simplesmente inimagináveis em 1919, ano em que o “teste do perigo claro e imediato” fazia sua estreia na jurisdição constitucional³³⁴. Como disse alguns parágrafos acima, a fórmula desenvolvida em *Schenck* possibilitava aos juízes a realização de avaliações casuísticas e preditivas – e, portanto, pouco formais – a respeito de cada situação concreta. Por outro lado, porém, a fórmula também poderia ser vista como excluindo do horizonte do raciocínio decisório qualquer análise acerca da *gravidade* ou da *magnitude* do perigo esperado (e, neste sentido particular, ela tinha um quê de *autoritativa*); a razão por detrás desta exclusão, como o próprio Chief Justice reconheceu no ano anterior³³⁵, correspondia à crença de que um dos mandamentos centrais da Primeira Emenda era o de que “palavras deveriam

³³² Laurent B. Frantz (1962). Op. Cit. P.1427.

³³³ Bomhoff, Jacco (2013). Op. Cit. 135.

³³⁴ 341 U.S. 494, 510 (1951): “The situation with which Justices Holmes and Brandeis were concerned in (...) was a comparatively isolated event, bearing little relation in their minds to any substantial threat to the safety of the community (...) [t]hey were not confronted with any situation comparable to the instant one-the development of an apparatus designed and dedicated to the overthrow of the Government, in the context of world crisis after crisis”.

³³⁵ 339 U.S. 382, 395 (1950): “Only (...) when force is very likely to follow an utterance before there is a chance for counter-argument to have effect may that utterance be punished or prevented.”

ser combatidas com palavras”, pelo menos até o momento em que o perigo que delas se esperava fosse claro e iminente³³⁶.

Consequentemente, ao dizer coisas do tipo: “neither Justice Holmes nor Justice Brandeis ever envisioned that a shorthand phrase should be *crystallized into a rigid rule to be applied inflexibly without regard to the circumstances of each case*”³³⁷, e “[t]o those who would paralyze our Government in the face of impending threat by encasing it in a *semantic straitjacket* we must reply that all concepts are relative”³³⁸, Chief Justice Vinson pretendeu deitar abaixo os residuais aspectos de formalidade contidos do “*clear and present danger*” test, alargando, destarte, os canais de acesso disponíveis aos juízes às vicissitudes do caso concreto. Tal alargamento do teste, que Frantz acreditou representar nada menos do que a sua morte³³⁹, se deu a partir do resgate da reinterpretação que Judge Learned Hand o havia conferido na instância imediatamente anterior; segundo o juiz: “[i]n each case [courts] must ask whether the gravity of the ‘evil’, discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as is necessary to avoid the danger”³⁴⁰.

Em sua extensa (e um tanto quanto surpreendente) opinião concorrente, Justice Frankfurter se esforçou em reformular o papel que a Corte desempenhava no domínio da Primeira Emenda, alicerçando-se sobre dois eixos aparentemente incompatíveis entre si: o balanceamento e a deferência devida ao poder legislativo (*judicial restraint*)³⁴¹. Em primeiro lugar, Justice Frankfurter não poupou palavras, seja para atacar o absolutismo interpretativo - posição assumida pelo seu antagonista na Corte, Justice Black -, seja para enaltecer o raciocínio decisório orientado pelo balanceamento. Neste estágio de seu voto, as palavras redigidas pelo Justice podem ser interpretadas como uma crítica ao caráter inflexível do formalismo, em oposição à precisão e à sensibilidade do balanceamento decisório:

“Absolutes rules inevitably lead to absolute exceptions, and such exceptions would eventually corrode the rules. The demands of free speech in a democratic society as well as the interest in National security are better served by candid and *informed weighing of competing interests*, within the confines of the judicial process,

³³⁶ Laurent B. Frantz (1962). Op. Cit. P.1428.

³³⁷ 341 U.S. 494, 508 (1951). (Os grifos são meus).

³³⁸ 341 U.S. 494, 508 (1951). (Os grifos são meus).

³³⁹ Laurent B. Frantz (1962). Op. Cit. P.1428.

³⁴⁰ United States v. Dennis, 183 F.2d 201, 212 (2d Cir. 1950).

³⁴¹ Bomhoff, Jacco (2013). Op. Cit. 136.

than by announcing dogmas too inflexible for the non-Euclidean problems to be solved”.³⁴² (Os grifos são meus).

Quais então seriam os interesses a serem sopesados em *Dennis*? Em um dos lados da balança Justice Frankfurter colocou os interesses discursivos dos apelantes em professarem livremente suas crenças políticas; no lado oposto, ele dispôs os interesses regulatórios estatais na proteção da segurança nacional³⁴³. Pois bem, mas a quem seria devida a responsabilidade de “balancear os interesses relevantes e de determinar qual deles deve prevalecer, tendo em vista as circunstâncias particulares?”³⁴⁴ É precisamente aqui que o segundo eixo do raciocínio de Frankfurter entra em jogo: em suas palavras, “[f]ull responsibility for the choice cannot be given to the courts. Courts are not representative bodies. (...) primary responsibility for adjusting the interests which compete in the situation before us of necessity belongs to the Congress”. E, baseando-se nessa peculiar deferência ao Congresso, o Justice decidiu pela confirmação da condenação de Eugene Dennis.

São dois os motivos pelo qual chamei a lógica decisória de Frankfurter de “surpreendente”: antes de tudo, parece-me que o Justice buscava se beneficiar das vantagens do recurso a razões substantivas (precisão, flexibilidade, busca pelo melhor resultado) sem, contudo, estar disposto a abrir mão de alguns dos benefícios vinculados ao respeito ao lado formal do direito (sobretudo aqueles que dizem respeito à aptidão de regras em servirem de instrumento de alocação de poder³⁴⁵); e depois, o voto de Frankfurter foi um símbolo da brusca guinada sofrida pela “linguagem do balanceamento” no decurso de pouco mais de uma década, de *Schneider* à *Dennis*. Sobre este último ponto, Laurent B. Franz, e mais tarde Alexander Aleinikoff, estavam ambos cientes de que o “balanceamento de *Schneider*” conferia à liberdade de discurso uma posição preferencial em relação aos interesses estatais envolvidos em sua supressão³⁴⁶,

³⁴² 341 U.S. 494, 524-25 (1951).

³⁴³ 341 U.S. 494, 518-19 (1951): “The appellants maintain that they have a right to advocate a political theory, so long, at least, as their advocacy does not create an immediate danger of obvious magnitude to the very existence of our present scheme of society. On the other hand, the Government asserts the right to safeguard the security of the Nation by such a measure as the Smith Act”.

³⁴⁴ 341 U.S. 494, 524-25 (1951).

³⁴⁵ Schauer, Frederick. *Playing by the Rules: a philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press. 1991. P.158-59: “A decision-maker instructed to make decisions according to a set of rules is thereby instructed not to consider certain facts, certain reasons and certain arguments. (...) any argument for rule-based decision-making can be seen to view rules as essentially jurisdictional, as devices for determining who should be considering what. Rules therefore operate as tools for the *allocation of power*”. (Grifos no original).

³⁴⁶ Laurent B. Frantz (1962). *Op. Cit.* P.1431: “That [*Schneider's*] purpose (...) was to give the presumption of constitutionality attending legislative judgment *less* weight in free speech cases, even in

ao passo que o “balanceamento nos moldes de Frankfurter” - ou o “balanceamento em tempos de ameaça vermelha” – invertia por completo os termos da equação, servindo apenas como um subterfúgio retórico para que a Corte avalizasse os interesses regulatórios de um inquieto Congresso³⁴⁷.

Justice Black e Justice Douglas escreveram votos dissidentes à opinião majoritária. Quanto ao voto de Douglas, já tivemos a oportunidade de ver na seção 3.2.4 deste trabalho que a classificação da conduta de Eugene Dennis como uma “expressão” - e não como uma “ação”³⁴⁸ -, foi determinante para que o Justice decidisse pela absolvição do acusado de sedição contra o governo. No que respeita à Justice Black, o seu voto antecipou alguns dos pontos centrais da discussão que ele viria a travar com Justices Harlan e Frankfurter ao longo daquela década³⁴⁹.

De início, Justice Black declarou que sua discordância com a maioria “brota de uma diferença fundamental entre abordagens constitucionais”³⁵⁰. Segundo Black, o §3º do *Smith Act* autorizava nada menos do que uma *censura prévia* aos discursos dos acusados, representando, por isso, uma grave violação à Primeira Emenda³⁵¹. Eugene Dennis e seus companheiros, defendia o Justice, não foram presos e condenados em virtude de seus planos para a derrubada violenta do governo dos Estados Unidos, mas simplesmente por terem se reunido pacificamente para debaterem ideias ligadas ao comunismo. Aliás, prosseguia ele com o seu raciocínio, ainda que fosse o caso de que eles realmente estivessem planejando atos concretos visando a tomada do poder pela força, o uso do “*clear and present danger*” test garantiria proteção efetiva aos direitos discursivos de Dennis e de sua turma. Em conclusão, Justice Black criticou o abandono pela maioria da fórmula de Holmes – fórmula esta que para ele representava o

dealing with a regulation which treats all points of view alike”. Aleinikoff, T. Alexander (1987). Op. Cit. P. 966-67: “Balancing entered the field as a sword, striking down regulations that were not intended to affect the flow of speech but the Court found to be overly burdensome”.

³⁴⁷ Ibidem. P.1431: “Should the Court now adopt Mr. Justice Frankfurter’s full theory, it would indeed be an ironic inversion of the purpose for which ‘weighing the circumstances’ and ‘appraising the substantiality of the reasons’ was originally suggested in *Schneider* (...). Mr. Justice Frankfurter’s version would give the legislative judgment the *same* effect it has when the validity of economic regulation is at issue – even when Congress has undertaken to legislate against ideas or those who promote them”. Aleinikoff, T. Alexander (1987). Op. Cit. P. 967: In the 1950’s and early 1960’, however, balancing became associated with the Court’s retreat from the protection of allegedly subversive groups”.

³⁴⁸ 341 U.S. 494, 584 (1951): “We deal here with speech alone, not with speech plus acts of sabotage or unlawful conduct”.

³⁴⁹ Bomhoff, Jacco (2013). Op. Cit. 137.

³⁵⁰ 341 U.S. 494, 579 (1951).

³⁵¹ 341 U.S. 494, 579 (1951): “I would hold § 3 of the Smith Act authorizing this prior restraint unconstitutional on its face and as applied”.

“reconhecimento de um mínimo de compulsoriedade ao *Bill of Rights*”³⁵² -, bem como a sua substituição por avaliações baseadas naquilo que o Congresso ou a própria Corte tinham como “razoável”³⁵³.

Barenblatt (1959)

Em 1959, um jovem professor universitário chamado Lloyd Barenblatt recusou-se a responder ao Comitê de Atividades Antiamericanas (*House Committee on Un-American Activities*) questões a respeito de sua suposta participação no Partido Comunista durante o período em que lecionava na Universidade de Michigan. O Comitê de Atividades Antiamericanas consistia num órgão investigativo ligado à Câmara dos Deputados dos Estados Unidos, tendo como principal objetivo a investigação de atividades subversivas por parte de cidadãos, funcionários públicos e organizações suspeitas de ligação com o comunismo. Como resultado de sua recusa em colaborar com as investigações do Congresso, Barenblatt foi condenado pelo crime de desacato à autoridade daquele órgão (*contempt of Congress*).

Antes de *Barenblatt* a Corte já havia lidado com alguns casos semelhantes; contudo, o desfecho de tais casos o mais das vezes havia sido determinado por questões processuais de menor importância, e não propriamente pela saliente questão da qual os Justices não podiam mais escapar: afinal, as investigações promovidas pelo Comitê de Atividades Antiamericanas, ao exigir dos investigados a divulgação de informações sobre suas relações presentes e pretéritas com o Partido Comunista, violavam a Primeira Emenda?³⁵⁴

Em uma decisão bastante equilibrada (5-4), ficou a cargo de Justice Harlan a formulação da opinião da maioria. Harlan inicialmente enfatizou que, ao contrário do que acontecia com a Quinta Emenda, que conferia a todos os investigados *proteção absoluta* contra qualquer tipo de autoincriminação, a Primeira Emenda não os protegia em toda e

³⁵² 341 U.S. 494, 580 (1951).

³⁵³ 341 U.S. 494, 580 (1951): “I cannot agree that the First Amendment permits us to sustain laws suppressing freedom of speech and press on the basis of Congress' or our own notions of mere ‘reasonableness.’ Such a doctrine waters down the First Amendment so that it amounts to little more than an admonition to Congress”.

³⁵⁴ 360 U.S. 109, 126 (1959): “The precise constitutional issue confronting us is whether the Subcommittee's inquiry into petitioner's past or present membership in the Communist Party transgressed the provisions of the First Amendment, which of course reach and limit congressional investigations”.

qualquer circunstância³⁵⁵. Em vez disso, nas situações em que os direitos protegidos pela Primeira Emenda eram reivindicados para obstar investigações governamentais e a autoincriminação dos investigados, o Justice defendia que: “[the] resolution of the issue *always involves a balancing* by the courts of the competing private and public interests at stake in the particular circumstances shown”³⁵⁶. Em suma, e por mais inusitado que isto possa parecer, a lógica contida na opinião de Harlan permitia a um investigado que procurasse evitar sua própria autoincriminação a invocação do “trunfo” da Quinta Emenda contra os interesses governamentais de “autopreservação” e segurança nacional, ao passo que, numa idêntica situação, o recurso à Primeira Emenda era incapaz de assegurar-lhe guarida contra uma provável prisão³⁵⁷. Além disso, é também bastante curioso o fato de Justice Frankfurter, que em *Dennis* havia com tamanha ênfase insistido que “regras absolutas levam inevitavelmente a exceções absolutas”³⁵⁸, ter agora subscrito integralmente uma opinião dos termos da qual a Quinta Emenda correspondia a um direito absoluto³⁵⁹.

De todo modo, após reconhecer que o Congresso detinha o poder de legislar sobre as atividades comunistas em voga naquele país³⁶⁰, e mais ainda, após ter elegido o balanceamento decisório como método adequado a determinar os limites de atuação legítima daquele poder restritivo, ao Justice restava apenas dispor os interesses em cada um dos lados da balança, para em seguida sopesá-los. Em um deles foi então depositado o *interesse social* na segurança nacional e na “autopreservação”, ao passo que no outro foi colocado o *interesse individual* de Barenblatt de se abster em revelar suas filiações com o comunismo. Uma vez assim dispostos, Justice Harlan concluiu que “the balance between the individual and the governmental interests here at stake must be struck in favor of the latter and that therefore the provisions of the First Amendment have not been offended”³⁶¹.

³⁵⁵ 360 U.S. 109, 126 (1959): “(...) the protections of the First Amendment, unlike a proper claim of the privilege against self-incrimination under the Fifth Amendment, do not afford a witness the right to resist inquiry in all circumstances”.

³⁵⁶ 360 U.S. 109, 126 (1959). Os grifos são meus.

³⁵⁷ Meiklejohn, Alexander. The Balancing of Self-Preservation Against Political Freedom. 49 CALIF. L. REV. 4 (1961). P. 7.

³⁵⁸ 341 U.S. 494, 524-25 (1951).

³⁵⁹ Meiklejohn, Alexander (1961). Op. Cit. P. 7 note 12.

³⁶⁰ 360 U.S. 109, 126 (1959).

³⁶¹ 360 U.S. 109, 134 (1959).

Os quatros ministros contrários à condenação de *Barenblatt* foram: Warren, Douglas, Brennan e Black, ficando a este o encargo de formular a opinião dissidente. Se em *Douds e Dennis* Justice Black tinha concentrado suas atenções em assuntos paralelos ao balanceamento, em *Barenblatt* suas energias voltaram-se diretamente contra a defesa que Justices Harlan e Frankfurter faziam daquela metodologia decisória. O seu voto em *Barenblatt* foi composto por argumentos subsidiários do tipo: (a) o balanceamento é uma ofensa à Constituição e, (b) ainda que ele não o fosse, a Corte não soube operacionalizá-lo corretamente.

Quanto à (a), Justice Black acusou a maioria de ter aceitado que um “teste de balanceamento decida se a Primeira Emenda deva [ou não] ser protegida”³⁶². Como já expus na seção 3.2.4, Hugo Black acreditava que a Primeira Emenda proibia de maneira *absoluta* todo o tipo de *limitação direta* ao discurso, a exemplo do que ele julgava ter acontecido em *Barenblatt*³⁶³. Em tais casos, a utilização do balanceamento decisório representava nada menos do que um desrespeito à clara linguagem da Primeira Emenda³⁶⁴, bem como uma violação ao “espírito de uma Constituição escrita”³⁶⁵. Em um tom algo irônico, ele assim sumariza o seu ponto:

“To apply the Court's balancing test under such circumstances is to read the First Amendment to say ‘Congress shall pass no law abridging freedom of speech, press, assembly and 'petition, unless Congress and the Supreme Court reach the joint conclusion that on balance the interest of the Government in stifling these freedoms is greater than the interest, of the people in having them exercised’”³⁶⁶.

No que respeita à (b), Justice Black destacou que mesmo que assumisse (algo que ele deixou claro que não o faria) que o balanceamento correspondia ao método decisório apropriado para o deslinde do caso sob análise, a verdade é que a Corte teria ignorado por

³⁶² 360 U.S. 109, 138 (1959).

³⁶³ Segundo Black, há dois tipos de casos: há aqueles em que leis regulam precipuamente o conteúdo do discurso, e outros em que o foco principal da regulação recai na conduta (ação), sendo o discurso somente *indiretamente* afetado. Quanto a estes, leis que *incidentalmente* limitam o discurso podem prevalecer, desde que reste comprovado que o interesse governamental no controle das ações supera os prejuízos causados à comunicação [Cf. a posição de Black em *Cantwell, Schneider e Adderley*]; em contrapartida, quando o discurso é alvo *direto* da pretensão regulatória, a proibição imposta pela Primeira é absoluta, não permitindo qualquer sopesamento entre os interesses conflitantes.

³⁶⁴ 360 U.S. 109, 143-44 (1959): “(...) the Bill of Rights means what it says and that this Court must enforce that meaning (...)”.

³⁶⁵ 360 U.S. 109, 143 (1959): “Not only does this violate the genius of our written Constitution, but it runs expressly counter to the injunction to Court- and Congress made by Madison when he introduced the Bill of Rights”.

³⁶⁶ 360 U.S. 109, 143 (1959).

completo as exigências impostas pelo método que ela própria escolheu³⁶⁷. O argumento de Black, que ecoaria amplamente nos comentários que em pouco tempo viriam a ser escritos contra o balanceamento³⁶⁸, consistia numa acusação de hipertrofia dos interesses regulatórios, acompanhada pela atrofia dos interesses discursivos. Em outros termos, Justice Black insistia que Justice Harlan teria reduzido o direito ao livre discurso a um patamar de mero interesse individual: o interesse de Barenblatt em não se ver constrangido em revelar o seu passado comunista; ao que lhe parecia, entretanto, o que realmente estava em jogo era: “the interest of the people as a whole in being able to join organizations, advocate causes and make political ‘mistakes’ without later being subjected to governmental penalties for having dared to think for themselves”³⁶⁹.

Konigsberg (1961)

Dois anos se passaram até que Justice Black e Justice Harlan voltassem a expor suas divergências metodológicas a respeito da Primeira Emenda. O caso era o seguinte: Raphael Konigsberg teve negada sua admissão na “Ordem dos Advogados da Califórnia” (*California Bar*) em virtude de sua recusa em responder questões ligadas ao seu suposto envolvimento com o Partido Comunista. Se por um lado não exista qualquer embasamento constitucional para que fosse negado acesso à Ordem a membros do Partido Comunista, por outro lado o indício de que o postulante a advogado defendia a derrubada violenta do governo consistia numa razão constitucionalmente válida para que ele fosse impedido do exercício da profissão jurídica. E, segundo a “Ordem dos Advogados da Califórnia”, a ligação ao Partido Comunista valia como um indício daquela espécie³⁷⁰.

Justice Harlan novamente foi o encarregado de formular o voto da maioria. Vale a pena aqui transcrever aquilo que acredito ser o coração de sua opinião:

³⁶⁷ 360 U.S. 109, 144 (1959): “But even assuming what I cannot assume, that some balancing is proper in this case, I feel that the Court after, stating the test ignores it completely”.

³⁶⁸ Cf. Stone, Geoffrey. Geoffrey R. Stone. Content-Neutral Restrictions. 54 University of Chicago Law Review 46 (1987). P. 72-73; Meiklejohn, Alexander (1961). Op. Cit. P. 12-13; Laurent B. Frantz (1962). Op. Cit. P.1438.

³⁶⁹ 360 U.S. 109, 144 (1959). Black em seguida diz que: “It is these interests of society, rather than Barenblatt's own right to silence, which I think the Court should put on the balance against the demands of the Government, if any balancing process is to be tolerated”.

³⁷⁰ Seguindo a leitura que Justice Black faz desse ponto: 366 US 36, 60 (1961). “The majority then goes on to hold that the Committee, by virtue of its power to reject applicants who advocate the violent overthrow of the Government, can reject applicants, who refuse to answer questions in any way related to that fact (...)”.

“At the outset [1] we reject the view that freedom of speech and association, as protected by the First and Fourteenth Amendments, are ‘absolutes’, [1a] not only in the undoubted sense that where the constitutional protection exists it must prevail, [1b] but also in the sense that the scope of that protection must be gathered solely from a literal reading of the First Amendment. Throughout its history this Court has consistently recognized at least [2] two ways in which constitutionally protected freedom of speech is narrower than an unlimited license to talk. [2a] On the one hand, certain forms of speech, or speech in certain contexts, has been considered *outside the scope of constitutional protection*. [Aqui Harlan cita, dentre outros, *Chaplinsky*, *Beauharnais*, *Roth* e, supreendentemente, *Dennis*]. [b] On the other hand, general regulatory statutes, not intended to control the content of speech but *incidentally limiting* its unfettered exercise, have not been regarded as the type of law the First or Fourteenth Amendment forbade Congress or the States to pass, when they have been found justified to constitutionality which has necessarily involved a weighting of the governmental interest involved [Aqui Harlan cita, dentre outros, *Schneider*]”³⁷¹.

De início, [1] Justice Harlan rejeita o absolutismo decisório, [1a] tanto em sua versão moderada, posição segundo a qual todas as atividades abarcadas pelo (previamente delimitado) escopo da Primeira Emenda devem gozar de proteção irrestrita³⁷², [1b] como em sua versão radical, para quem a cobertura da liberdade de discurso deve ser ilimitada (ou ao menos tão extensa quanto exige o significado de “discurso” para a linguagem ordinária)³⁷³. Em seguida, [2] Justice Harlan descreve os dois caminhos que a Corte normalmente percorre com o objetivo de impor limites à liberdade de discurso: em [2a] ele cita o caminho por meio do qual categorias discursivas tidas como de pouco ou nenhum valor social (e.g., obscenidade, difamação, discursos combativos e comercial) costumam ser peremptória e categoricamente excluídas da cobertura protetiva da Primeira Emenda³⁷⁴; enquanto que em [2b] ele alude à restrição discursiva pela via do balanceamento, método decisório este que é acionado no contexto de regulações neutras em relação ao conteúdo do discurso regulado (o que é dizer, regulações que apenas *indiretamente* afetam o discurso).

Laurent B. Frantz tem muito a comentar sobre a passagem acima transcrita. Em primeiro lugar, em relação a [2b], cabe a pergunta: estaria então Justice Harlan admitindo a existência de um “tipo de lei que a Primeira ou a Décima Quarta Emenda [absolutamente] proíbe o Congresso ou os estados federativos de promulgar”? Se sim, a

³⁷¹ 366 US 36, 49-51 (1961). Os grifos e a numeração são de minha autoria.

³⁷² Cf. Seção 3.2.

³⁷³ Cf. Seção 3.1.

³⁷⁴ Cf. Seção 5.1.1 [Discursos Invisíveis à Constituição: *Chaplinsky* e a Teoria dos dois níveis].

distância entre a sua posição e a lógica contida nos incansáveis votos dissidentes dos Justices Black e Douglas encolheria consideravelmente³⁷⁵. Contudo, e este parece ser o ponto fulcral da crítica de Frantz, a análise de Justice Harlan não representava uma descrição fiel da maneira como a maioria da Corte realmente se valia do balanceamento³⁷⁶: em *Dennis*, por exemplo, não teria Chief Justice Vinson feito uso do balanceamento, muito embora ele próprio ter confessado que o *Smith Act* incidia *diretamente* sobre atividades discursivas classificadas como subversivas?³⁷⁷ Sim, *Dennis* foi de fato decidido com base na fórmula de Hand (que para Frantz contava como uma forma de balanceamento³⁷⁸), ainda que inexplicavelmente Harlan o tenha classificado como uma exclusão categórica do tipo [2a]. Por tudo isso, a retórica do Justice de que o uso do balanceamento se achava cingido a um conjunto de casos dotados de uma natureza específica significou uma exposição pouquíssimo convincente da prática decisória da Primeira Emenda nos últimos anos.

De qualquer maneira, as limitações impostas aos direitos discursivos de Raphael Konigsberg foram classificadas como estritamente *incidentais* aos esforços do poder público (ou mais especificamente, aos esforços da *California Bar*) em verificar a veracidade de declarações de “não incitação à derrubada violenta do governo” por parte dos aspirantes à profissão jurídica. E, em razão disso, *Konigsberg* despontou como o tipo de caso que Justice Harlan jogava ser não apenas apropriado, como também necessário, a utilização da técnica do balanceamento³⁷⁹. Desta vez, Harlan preencheu os dois lados da balança da seguinte forma: num dos extremos ficou o “interesse do Estado em possuir advogados dedicados [ao respeito da] lei em seu sentido amplo”, ao passo que no outro foi depositado “o direito de livre associação dos membros do Partido Comunista”³⁸⁰. Como era de se esperar, concluiu-se que os interesses regulatórios governamentais

³⁷⁵ Cf. Laurent B. Frantz (1962). Op. Cit. P.1430. O ponto também pode ser colocado desta maneira: se só existem aqueles dois caminhos para a “não proteção” de uma atividade discursiva [2a e 2b], todos os discursos que não estiverem fora do escopo protetivo da Primeira Emenda são *absolutamente* protegidos contra qualquer regulação que o tenha como *objeto direto*. E essa é, em última instância, a posição defendida por Justice Black.

³⁷⁶ Ibidem: “Yet Mr. Justice Harlan's analysis is not altogether convincing as a description of what the Court has been doing, nor does it altogether square with what the same majority has since said”.

³⁷⁷ Ibidem: “(...) then the Smith Act cases would seem to be the clearest possible example of the type of case to which it should not be applied”.

³⁷⁸ Ibidem: “Surely this is a balancing test, even if it is not quite the same balancing test which some more recent cases seem to employ”.

³⁷⁹ Bomhoff, Jacco (2013). Op. Cit. 137.

³⁸⁰ 366 US 36, 52 (1961).

superavam os “diminutos efeitos causados ao direito de livre associação pela atual política de revelação compulsória de informações”³⁸¹.

À semelhança do que já havia feito em *Barenblatt*, Justice Black estruturou seu voto dissidente em torno de argumentos subsidiários. Na primeira etapa do seu argumento Black voltou a rejeitar o balanceamento como estratégia adjudicatória condizente com a autoridade da Primeira Emenda. Em suas próprias palavras:

“The recognition that California has subjected ‘speech and association to the deterrence of subsequent disclosure’ is, under the First Amendment, sufficient in itself to render the action of the State unconstitutional unless one subscribes to the doctrine that permits constitutionally protected rights to be ‘balanced’ away whenever a majority of this Court thinks that a State might have interest sufficient to justify abridgment of those freedoms. As I have indicated many times before, I do not subscribe to that doctrine for I believe that the First Amendment’s unequivocal command that there shall be no abridgment of the rights of free speech and assembly shows that the men who drafted our Bill of Rights did all the ‘balancing’ that was to be done in this field”³⁸².

Além do mais, Justice Black também discordava da opinião da maioria em relação à classificação da “compulsoriedade de compartilhamento de informações” como uma restrição indireta ao discurso³⁸³. Distanciando-se da lógica inerente à *Schneider* – caso em que o balanceamento representava um “método para assegurar a completa proteção da Primeira Emenda, mesmo diante de regulações incidentais ao discurso”³⁸⁴ –, a posição da maioria em *Konigsberg* (e em *Barenblatt*) passou a aceitar que mesmo legislações *diretamente* voltadas para a regulação de atividades discursivas fossem mantidas após um sopesamento entre os interesses conflitantes. E Isso, segundo Black, equivalia a transformar o “governo do povo, pelo povo e para o povo” num “governo sobre o povo”³⁸⁵.

³⁸¹ 366 US 36, 52 (1961).

³⁸² 366 US 36, 61 (1961).

³⁸³ 366 US 36, 70-71 (1961): “I cannot agree that the questions asked *Konigsberg* with regard to his suspected membership in the Communist Party had nothing more than an ‘incidental’ effect upon his freedom of speech and association (...). Indeed, if the characterization ‘incidental’ were appropriate here, it would be difficult to imagine what would constitute a ‘direct’ abridgment of speech.

³⁸⁴ 366 US 36, 68 (1961).

³⁸⁵ 366 US 36, 68 (1961).

Em linhas gerais, o argumento subsidiário que logo em seguida o Justice começou a desenvolver era estruturalmente o mesmo daquele apresentado em *Barenblatt*: isto é, de que a maioria não soubera operacionalizar corretamente o modelo decisório que ela própria elegera. Em resumo, o poder governamental, ao pintar seus interesses com as cores da “imprescindível garantia do honesto exercício da advocacia”, teria os inflado desproporcionalmente; na realidade, segundo parecia a Black, os interesses estatais ali envolvidos não passavam de um “desejo [por parte do Estado] em saber se Konigsberg havia sido realmente um membro do Partido Comunista”³⁸⁶. Quanto aos interesses dispostos no outro lado da balança, interesses discursivos estes que a maioria reputara como sendo mínimos, Justice Black se esforçou em enfatizar sua dimensão social e, com isso, em conferir-lhes um peso mais compatível com a sua real importância.

“The interest in free association at stake here is not merely the personal interest of petitioner in being free from burdens that may be imposed upon him for his past beliefs and associations. It is the interest of all the people in having a society in which no one is intimidated with respect to his beliefs or associations”³⁸⁷

4.1.3. O Balanceamento Definicional de Laurent B. Frantz e Melville Nimmer.

Antes de descarregar seu pesado arsenal crítico contra o balanceamento decisório, Laurent B. Frantz julgou necessário circunscrever o máximo que pôde o verdadeiro alvo de suas críticas. Em suas palavras:

“We are not discussing the theory that a judge should *examine the pros and cons before defining the scope of a constitutional guarantee*. We are not discussing whether it is proper to ‘weigh the circumstances and appraise the substantiality of the reasons advanced’ in order to determine whether a *regulation of the time, place, and manner of speaking*, though neutral in its impact on various points of view, unreasonably and unnecessarily restricts the means otherwise available for communicating with the public. Nor are we discussing whether ‘balancing’ is the proper approach when a *regulation aimed not at speech but at conduct* has, as an accidental and unintended by-product, some deterrent effect on the expression of opinion.”³⁸⁸

Como Frederick Schauer viria a dizer duas décadas depois de as linhas acima citadas terem sido escritas, “o balanceamento ad hoc não é uma técnica que detém o

³⁸⁶ 366 US 36, 72(1961): “Indeed, if the State's only real interest was, as the majority maintains, in having good men for its Bar, how could it have rejected Konigsberg, who, undeniably and as this Court has already held, has provided overwhelming evidence of his good character?”.

³⁸⁷ 366 US 36, 73 (1961).

³⁸⁸ Laurent B. Frantz (1962). Op. Cit. P.1440. (Os grifos são meus).

monopólio do sopesamento de interesses”³⁸⁹. E Laurent Frantz estaria de pleno acordo com isso, na medida em que para ele o recurso ao “raciocínio do sopesamento” seria legítimo em algumas situações específicas, como quando, por exemplo, a Corte se visse diante de regulações motivadas pelo “tempo, local e modo” de proferimento dos discursos, ou na presença de restrições que apenas indiretamente os alcançassem. Frantz então prosseguiu argumentando que:

“We are discussing the theory that the first amendment has no hard core, that *it protects not rights but ‘interests,’* that those ‘interests’ are to be weighed against ‘competing interests’ on a case-to-case basis and protected only when not found to be outweighed”³⁹⁰.

Pois bem. Se Frantz concordava com o estilo de balanceamento que governou casos análogos à *Schneider*, sua opinião certamente não era a mesma em relação àqueles casos onde a maioria da Corte empregou um balanceamento do tipo *ad hoc*, como aconteceu em *Dennis*, *Barenblatt* e *Konigsberg*. Isso porque o autor reconhecia no balanceamento dos Justices Frankfurter e Harlan um método decisório segundo o qual absolutamente nenhuma área da Primeira Emenda (*no hard core*) estava de antemão segura contra imperiosos interesses regulatórios, o que esvaziava por completo todo o conteúdo normativo das proposições constitucionais, deixando-as à mercê do casuístico cotejamento de interesses levado a cabo pelos membros da Corte³⁹¹.

Em momento algum, entretanto, Frantz fez coro com a *retórica* radical de Justice Black de que Primeira Emenda simplesmente “means what it says”³⁹², ou mesmo julgou que os termos daquele dispositivo constitucional fossem “autodefiníveis”: ao invés disso, o autor reconheceu que “a Constituição, sendo composta por proposições gerais, é incapaz de por si só, ou sem qualquer auxílio, ditar respostas [precisas] a questões concretas”³⁹³. Disto não se seguiu, todavia, que para Frantz qualquer esforço em conformar o processo

³⁸⁹ Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P. 299.

³⁹⁰ Laurent B. Frantz (1962). Op. Cit. P.1440. (Os grifos são meus).

³⁹¹ Ibidem. P.1435: “For the ad hoc balancer (...) there can be no clearly protected area - all areas are subject to invasion whenever ‘competing interests’ are sufficiently compelling”.

³⁹² Coloco “retórica” em itálico porque Frantz é da opinião de que Justice Black não defendia verdadeiramente um absolutismo radical, ou ainda, que ao dizer que “the First Amendment means what it says” Black buscava tão somente erguer o tom de sua voz contra os seus adversários balanceadores na Corte. Cf. Ibidem. P. 1432: “Black, as the principal spokesman for this position, has chosen to put his argument largely in the form that the first amendment ‘means what it says’ (...) [but] I am quite sure this is not what Mr. Justice Black means and at times he has said that it is not what he means”.

³⁹³ Ibidem. P.1433.

decisório da liberdade de discurso a parâmetros normativos fixos devesse ser simplesmente renunciado.

Mas então, qual foi a saída por ele proposta? Ou melhor, como ele julgou ser possível conciliar o indiscutível fato de a Primeira Emenda não ser “autoaplicável” com a imprescindível necessidade em se criar certos limites à atuação discricionária dos membros do Tribunal Constitucional? À tal questionamento Frantz sugeriu aquilo que alguns anos mais tarde Melville Nimmer chamaria de *balanceamento definicional*. Em primeiro lugar, subjacente à essa nova proposta metodológica residia uma distinção conceitual entre “escopo” e “força protetiva” da Primeira Emenda, que, nos escritos de Frantz, se traduzia numa outra disjunção, esta entre dois sentidos distintos atribuíveis à noção de “direito absoluto”³⁹⁴: [“absoluto” como ilimitado em escopo] ≠ [“absoluto” como incondicionalmente obrigatório no interior de um escopo protetivo previamente delimitado]. Assim, se autor estava plenamente de acordo com a asserção de que a Primeira Emenda “não podia ser absoluta no sentido de ser ilimitada em escopo”³⁹⁵, nada impedia, ao que lhe parecia, que ela fosse absoluta “no sentido de ser incondicionalmente obrigatória no interior de seu escopo protetivo, seja ele qual for”³⁹⁶³⁹⁷.

Então, segundo seu modo de ver as coisas, se pudéssemos definir um “núcleo duro” (ou um enclave absolutista) no âmago do qual não nos fosse mais permitido o recurso à técnica da ponderação de interesses, o sentido da Primeira Emenda seria de certo modo densificado, o que significaria que a proposição constitucional que a expressa seria conferida um conteúdo normativo mais inteligível. Ainda assim, continua em aberto a seguinte questão: afinal, como esse “núcleo duro” é de fato definido? E é justamente aí que tem lugar o raciocínio do balanceamento: segundo Frantz, ao formular uma nova regra a ser aplicada a casos futuros o tomador de decisão nada pode fazer senão levar em conta “as suas [da lei específica] vantagens e desvantagens, sopesando-as às vantagens e desvantagens de alternativas normativas igualmente legítimas”³⁹⁸. Contudo, e esta é a

³⁹⁴ Nesse mesmo sentido, conferir seção 3.2.1.

³⁹⁵ Ibidem. P.1436. Três páginas antes Frantz já havia sugerido que o absolutismo no sentido de “escopo ilimitado” só seria possível se “the words of the amendment [were] deemed to contain every proposition and require every application which can rationally be attributed to them”; e disso resultaria uma situação insustentável em que “(...) every litigant who makes a colorably rational appeal to first amendment protection must automatically win”.

³⁹⁶ Ibidem.

³⁹⁷ Schauer compartilha dessa ideia. Cf. Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P. 276: “No right can be unlimited in coverage, but it is at least plausible to imagine a right that is unlimited in protection (absolute) within the scope of coverage”.

³⁹⁸ Laurent B. Frantz (1962). Op. Cit. P.1434.

pedra de toque do balanceamento definicional de Laurent B. Frantz, recorrer à lógica do balanceamento como ferramenta para delimitação do escopo protetivo da Primeira Emenda é diferente de “decidir se o interesse de um *litigante em particular* em expressar livremente suas visões” é superada “pelos interesses sociais [mais prementes] na ‘ordem’, ‘segurança’ ou ‘preservação nacional’”³⁹⁹.

A proposta de Frantz foi inovadora uma vez que procurou conciliar o recurso à lógica do balanceamento a elementos definicionais. Ou seja, se por um lado seu empreendimento metodológico exigia que o tomador de decisão se comprometesse a “atribuir algum significado à proposição constitucional” que tinha diante de si, por outro lado admitia-se que o procedimento de delimitação do escopo protetivo da Primeira Emenda fosse realizado mediante o recurso à técnica da ponderação de interesses. E não demorou muito até que outros autores embarcassem numa tentativa análoga de harmonizar aspectos formais e substanciais da liberdade de discursivo no âmago de uma única abordagem metodológica⁴⁰⁰, com especial destaque à Melville B. Nimmer que, motivado por sua insatisfação com a já desgastada dicotomia entre o balanceamento e o absolutismo, levou adiante o projeto metodológico de Frantz.

Nimmer, portanto, via com maus olhos tanto o balanceamento ad hoc como a versão radical do absolutismo decisório. Quanto a este, o autor o acusava de não levar em conta o fato de que mesmo os defensores mais ferrenhos do absolutismo, haja vista Justice Black, interpretarem a garantia da liberdade de discurso como sujeita a certas qualificações, como aquelas que permitiam a regulação do discurso em função de avaliações sobre o “tempo, local e maneira” de sua enunciação⁴⁰¹; no mais, e em conformidade com aquilo que expus na seção 3.1.4⁴⁰², Nimmer acreditava na existência de um conjunto de atividades discursivas (e.g., uso/troca de informações privilegiadas no mercado financeiro; atividades cobertas pela lei de direitos autorais; extorsão) que indiscutivelmente achavam-se excluídas da cobertura da Primeira Emenda⁴⁰³.

³⁹⁹ Ibidem. P. 1434-35. Os grifos são meus.

⁴⁰⁰ Conferir também: Emerson, Thomas. Toward a General Theory of the First Amendment. 72 YALE L.J. 877 (1963). P. 912-14.

⁴⁰¹ Nimmer, Melville B. The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy. 56 CALIF. L. REV. 935 (1968). P. 936.

⁴⁰² Seção que leva o nome de “Os limites da linguagem ordinária e os contraexemplos irresistíveis”.

⁴⁰³ Ibidem. P. 937: “(...) no one can responsibly hold the position that the first amendment is an absolute in the sense that it literally protects all speech”

No que respeita ao balanceamento ad hoc, o autor também não o poupava, sobretudo por ter nele um método completamente incapaz de produzir orientações estáveis (regras) a guiar casos futuros. Como resultado da incerteza oriunda da ausência de regras, ele pensava que um número não desprezível de indivíduos seria dissuadido de participar do “mercado de ideias”⁴⁰⁴. Alternativamente, o método sugerido por Nimmer produziria um aumento nos níveis de estabilidade e previsibilidade na adjudicação constitucional da Primeira Emenda, principalmente em razão de sua aptidão em criar uma regra “capaz de ser empregada a casos futuros sem que se fizesse necessário novos recursos ao balanceamento de interesses”⁴⁰⁵. É importante ressaltar também que, apesar do pioneirismo das ideias de Frantz no âmbito teórico, Nimmer tinha no voto de Justice Brennan em *New York Times v. Sullivan*⁴⁰⁶ o verdadeiro percussor do balanceamento definicional na prática decisória da Suprema Corte. Vejamos em linhas gerais como Justice Brennan liderou a Corte unânime em *Sullivan*.

O comissário da cidade de Montgomery, Alabama, processou o jornal *The New York Times* após o periódico nova-iorquino ter publicado numa de suas edições um manifesto em prol dos direitos civis da população negra, onde constavam declarações reconhecidamente falsas sobre a truculência policial naquela cidade. Dando razão ao funcionário público supostamente difamado, o tribunal do júri do condado de Montgomery, seguido pela Suprema Corte do Alabama, condenou o periódico ao pagamento de danos punitivos no valor de 500 mil dólares. Diante disso, solicitou-se à Suprema Corte dos Estados Unidos respostas a duas questões: primeiro, os Justices deveriam determinar se a categoria dos discursos difamatórios achava-se abarcada pela Primeira Emenda; em seguida, eles deveriam estabelecer os critérios com base nos quais a constitucionalidade de difamações a funcionários públicos seria avaliada.

No que diz respeito à primeira questão, que será objeto de especial atenção na seção 5.1.3⁴⁰⁷, a Corte alterou o seu entendimento então em vigor, reconhecendo à categoria dos discursos difamatórios *algum nível de proteção*. Já em relação à segunda,

⁴⁰⁴ Ibidem. P.939: “(...) if there is no rule at all then there is no certainty at all. The absence of certainty in the law is always unfortunate, but it is particularly pernicious where speech is concerned because it tends to deter all but the most courageous (not necessarily the most rational) from entering the market place of ideas”.

⁴⁰⁵ Ibidem. P.945.

⁴⁰⁶ 376 U.S. 254 (1964).

⁴⁰⁷ Seção que leva o nome de “Desenvolvimento no interior das categorias: discursos difamatórios, comerciais e subversivos”.

Justice Brennan formulou um teste (“*actual malice*” test) segundo o qual a difamação de autoridades públicas só poderia servir como base para condenação de reparação/responsabilidade civil (*liability*) se ficasse provado que o responsável pelo discurso difamatório tinha conhecimento da falsidade do que foi dito, ou que ao menos agira com imprudência quanto à veracidade do conteúdo de sua acusação⁴⁰⁸.

Seria então o “*actual malice*” test uma espécie de balanceamento? Não. O argumento de Nimmer não era que o teste elaborado por Justice Brennan equivalia ele próprio a um balanceamento entre os interesses discursivos do *New York Times* e os interesses reputacionais de autoridades públicas; antes disso, o ponto do autor era que o cotejamento entre tais interesses funcionaria de modo a *calibrar* os termos do teste a ser estabelecido naquela área da Primeira Emenda. Em suas próprias palavras:

“*Times* points out the way to the employment of the balancing process on the definition rather than the litigation or ad hoc level. That is, the Court employs balancing not for the purpose of determining which litigant deserves to prevail in particular case, but only for the purpose of defining which forms of speech are to be regarded as ‘speech’ within the meaning of the first amendment”⁴⁰⁹.

Uma das características distintivas do balanceamento definicional de Nimmer - característica esta que pode ser lida como uma solução à tendência diagnosticada por Justice Black e Laurent B. Frantz no sentido de que o balanceamento tende a atrofiar os interesses discursivos e hipertrofiar os interesses regulatórios -, encontra-se no fato de ele reivindicar que todos os interesses envolvidos no conflito sejam avaliados num altíssimo nível de abstração⁴¹⁰. Os interesses discursivos a serem dispostos na balança deveriam então ser os mais amplos possíveis, à semelhança daqueles que foram descritos aqui como constituindo as razões substantivas da liberdade de discurso (e.g., o ideal republicano no autogoverno do povo e o ideal libertário na autonomia dos cidadãos)⁴¹¹. No lado oposto da balança, deveriam então ser colocados os interesses governamentais na proteção da

⁴⁰⁸ 376 U.S. 254, 279-80 (1964).

⁴⁰⁹ Melville B. Nimmer (1968). Op. Cit. P.942.

⁴¹⁰ Ibidem. P.944: ao contrário, o *balanceamento ad hoc* sopesaria “not the interests in speech generally but rather the interests (and hence the importance) of the particular speech which is the subject of the litigation. On the other side it would weight not the interest in reputation generally, but the extent of the particular injury to reputation in the case before it”.

⁴¹¹ Ibidem. P. 949.

reputação de seus funcionários contra o “mau autoevidente” que acompanha falsas acusações⁴¹².

Em *Sullivan*, Justice Brennan decidiu que, à exceção daqueles proferidos maliciosamente, *todos* os discursos difamatórios dirigidos contra funcionários públicos localizavam-se na “órbita de proteção da Primeira Emenda”⁴¹³. Porém, se os valores substantivos associados à liberdade de discurso costumavam superar os interesses reputacionais dos agentes públicos, por que o resultado desse balanceamento também não alcançaria os discursos maliciosamente proferidos? A explicação de Nimmer era a seguinte: o malefício reputacional vinculado ao proferimento de discursos difamatórios se mantém constante independentemente de sua falsidade ou veracidade, e a despeito da intenção daquele que o profere. Ao contrário, no outro lado da balança, o peso atribuído aos valores discursivos (pense, por exemplo, na capacidade do discurso em corroborar para o “alcance da verdade; ou ainda, em sua aptidão de fazer com que cidadãos tomem decisões informadas na esfera pública) é drasticamente diminuído quando o seu emissor conhece de antemão a sua falsidade, proferindo-o de má-fé.⁴¹⁴ Em tais situações, o equilíbrio da balança é alterado, fazendo com que os interesses na proteção das reputações superem os agora reduzidos valores discursivos:

“For the conclusive demonstration that in this more limited context the interest in reputation outweighs the interest in speech is the weakness of the alternative. It is true that some impairment of speech values remains even if we abridge only knowingly false or reckless defamation. But consider the consequences of adopting the Black-Douglas view that all defamation is protected under the first amendment. Under such a rule it is obvious that the interest in reputation would suffer greatly, if not be completely obliterated. But would we at least have a concomitant increase in the protection of speech values? Is it not clear that the contrary would be the case? Not only would the interests in reputation suffer, but the interest in speech itself would also suffer grave impairment”⁴¹⁵.

Em conclusão, a proposta de Melville B. Nimmer se aproxima da tradição definicional (do absolutismo definicional [cf. seção 3.3] e da categorização [cf. seção

⁴¹² Ibidem. P. 949.

⁴¹³ Ibidem. P.950.

⁴¹⁴ Ibidem. P.951. “A knowing lie hardly contributes to the democratic dialogue. Quite the contrary, it distorts the collective search for truth. It is also hard to regard it as a necessary function of self-fulfillment. When I express ideas which I do not believe to be true, I am not in any real sense expressing *myself*, and abridgment of such expression is not an abridgment of self-fulfillment. Finally, the safety valve doctrine which is necessary for honestly believed, even though erroneous doctrine, is hardly necessary for that which is not truly believed. Men are not likely to resort to violence because they cannot express that which they do not believe”.

⁴¹⁵ Melville B. Nimmer (1968). Op. Cit. P.952-53.

5.1.1]) na medida em que prescreve que a *força protetiva* a ser aplicada a um conjunto limitado de atividades discursivas deva ser absoluta. Entretanto, quanto ao método escolhido para delimitar o conjunto de atividades irrestritamente protegidas, Nimmer afasta-se das demais abordagens definicionais, porque aconselha o recurso à lógica do balanceamento. Do resultado do equilíbrio entre os valores em conflito, formula-se uma regra particular (e.g., discursos difamatórios contra funcionários públicos são protegidos pela Primeira Emenda, a menos que se prove que eles tenham sido pronunciados maliciosamente⁴¹⁶) a ser *subsumida* a todas situações cujas propriedades mais relevantes sejam similares àquelas do caso-paradigma que deu origem à regra.

4.2. Conclusão: forma e substância no balanceamento decisório:

No centro do embate entre absolutismo e balanceamento situava-se uma divergência ainda mais profunda a respeito dos *limites de atuação legítima da Suprema Corte*. E esta divergência, por seu turno, remontava aos debates vigentes no cenário jurídico dos Estados Unidos desde o começo do século XX sobre a verdadeira natureza do processo adjudicatório constitucional e, no limite, sobre a própria natureza do direito.

Se pararmos um instante para analisar o teor dos argumentos produzidos a favor do uso do balanceamento na prática decisória da Suprema Corte, nos é possível nele discriminar um aspecto *normativo* de outro *descritivo*. Quanto a este, o balanceamento é concebido como uma prática inevitável, como algo que todos os tomadores de decisão acabam por fazer, quer consciente quer inconscientemente. Então, quando Wallace Mendelson sugere que muitos dos votos proferidos pelos membros da Corte “escondem o inevitável processo de ponderação, fingindo que as decisões nascem completamente da Constituição”⁴¹⁷; ou quando Kenneth L. Karst, numa mesma toada, releva que “todos os juízes ponderam interesses conflitantes em suas decisões constitucionais – mesmo aqueles que negam com mais vigor assim o fazer”⁴¹⁸; eles não estão defendendo que os tomadores de decisão *devam* balancear, e sim que eles *nada podem fazer senão balancear*.

Essa visão do funcionamento de jurisdição constitucional da Primeira Emenda pode ser percebida como uma espécie de corolário do realismo jurídico norte-americano,

⁴¹⁶ “(...) with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not” [376 U.S. 254, 279 (1964)]

⁴¹⁷ Wallace Mendelson. On the Meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance, 50 CALIF. L. REV. (1962). P. 825.

⁴¹⁸ Kenneth L. Karst. Legislative Facts in Constitutional Litigation. The Supreme Court Review, Vol. 1960 (1960). P.79-80.

movimento que ganhou força nas décadas de 1920, 30 e 40 e que ajudou a lançar por terra a descrição algo ingênua da atuação dos magistrados como um simples processo de subsunção de regras a casos concretos. A lógica subjacente aos escritos realistas – qual seja, a de que “a vida do direito não tem sido a lógica, e sim a experiência”⁴¹⁹, como acreditavam Oliver W. Holmes, Benjamin Cardozo⁴²⁰ e Roscoe Pound⁴²¹; ou a de que o material jurídico autoritativo exerce pouquíssima influência no raciocínio decisório no judiciário, como defendiam Jerome Frank⁴²² e Karl Llewellyn⁴²³ - parecia ainda mais saliente em situações reguladas por dispositivos constitucionais gerais e pouco precisos, como é o caso da Primeira Emenda. “É em grande parte em razão da ausência de standards definidos”, argumentou Mendelson em sua crítica à Frantz, “que a Corte tem recorrido abertamente ao balanceamento em casos envolvendo a liberdade de discurso”⁴²⁴.

Visto como uma *teoria descritiva do processo adjudicatório da Primeira Emenda*, o balanceamento desponta então como a linha de chegada de uma trajetória marcada pelo gradual aumento de franqueza na exposição das razões que efetivamente influíram no resultado do processo decisório⁴²⁵⁴²⁶. Entretanto, para além desse seu aspecto descritivo, e dele logicamente independente, o balanceamento diversas vezes foi defendido por ser *normativamente mais desejável do que os seus concorrentes, o absolutismo e a categorização*.

Em síntese, a discussão sobre as vantagens e desvantagens do balanceamento *vis-à-vis* às alternativas metodológicas disponibilizadas pela “tradição definicional” pode ser compreendida como um desdobramento do debate entre *regras e standards*: e, nesses termos, regras estão para o absolutismo/categorização assim como standards estão para o balanceamento⁴²⁷. No fim das contas, regras e standards nada mais são senão modos alternativos de se formular diretivas normativas, ambos destinados a atender nossos

⁴¹⁹ Oliver W. Holmes Jr. *The Common Law* (1881).

⁴²⁰ Cf. Benjamin Cardozo. *The nature of the Judicial Process* (1921).

⁴²¹ Cf. Roscoe Pound. *Mechanical Jurisprudence*. 8 *Colum. L. Rev.* 605 (1908).

⁴²² Cf. Jerome Frank. *Law and the Modern Mind* (1930).

⁴²³ Cf. Karl N. Llewellyn. *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study* (1930).

⁴²⁴ Wallace Mendelson (1962). *Op. Cit.* P. 825.

⁴²⁵ Bomhoff, Jacco (2013). *Op. Cit.* 163.

⁴²⁶ A descrição do balanceamento como uma metodologia mais transparente e sincera em comparação a modelos decisórios mais formalistas continua a ser utilizada por muitos críticos da prática jurisdicional da Suprema Corte norte-americana em casos envolvendo a liberdade de discurso. Cf. Schauer, Frederick. *Freedom of Expression Adjudication in Europe and America: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture* (February 2005). KSG Working Paper No. RWP05-019.

⁴²⁷ Kathleen M. Sullivan. *Foreword: The Justices of Rules and Standards*, 106 *Harv. L. Rev.* 22 (1992). P. 59.

objetivos regulatórios e adjudicatórios⁴²⁸. E, se eu estiver correto quanto aquilo que disse no capítulo 2, isto é, de que a Primeira Emenda funciona como um instrumento a instanciar uma série de razões substantivas⁴²⁹, a discussão entre standards e regras, ou entre balanceamento e definição, se reduz à questão de saber qual das estratégias melhor corrobora para a consecução do estado de coisas que reflete uma (ou múltiplas) das justificativas subjacentes à liberdade de discurso⁴³⁰.

É evidente, todavia, que antes de mais nada mostra-se imprescindível verificar se, contra aquilo que postulavam os realistas, a Primeira Emenda pode ser mesmo lida como uma regra. De acordo com as noções de *principled adjudication* de Herbert Wechsler⁴³¹ e de *articulate consistency* de Frederick Schauer⁴³², dispositivos normativos vagos podem ser densificados (ou concretizados) por meio de um “comportamento adaptativo” daqueles indivíduos e instituições encarregados por sua interpretação⁴³³. Como defendo nos capítulos 5 e 6, diante de um dispositivo constitucional que lhe conferia quase nenhuma orientação de como agir em casos concretos, a Corte adaptou o seu comportamento e, através da formulação de testes (e.g., *Miller’s*, *O’Brien’s*, *Brandenburg’s Tests*), presunções (e.g., strict, intermediate, and deferential standards of review) e critérios analíticos gerais e complementares (content based v. content neutral, restrictions, overbreadth, prior restraint, vagueness), lhe foi possível empurrar o processo decisório da liberdade de discurso um pouco mais para a direção do extremo “regra” no contínuo “standard-regra”. E mesmo antes disso, como expus no capítulo anterior, teorias absolutistas como aquelas desenvolvidas por Meiklejohn, Thomas I. Emerson e Hugo Black julgavam ser capazes de empurrar a Primeira Emenda ainda mais forte para o lado das regras: para tanto, bastava que um valor fundamental fosse eleito (o princípio republicano segundo o primeiro autor, e “todas as condutas que fossem do tipo

⁴²⁸ Ibidem. Conferir também: Schauer, Frederick. *The Convergence of Rules and Standards*, 2003 N.Z. L. Rev. 303 (2003). P.303.

⁴²⁹ Cf. Schauer, Frederick. *The Second-Best First Amendment*. 31 Wm. & Mary L. Rev. 1 (1989).

⁴³⁰ Conferir a discussão da seção 2.2. [Justificativas subjacentes à Primeira Emenda], com especial atenção à subseção 2.2.3. [Organização das razões substantivas].

⁴³¹ Wechsler, Herbert. *Toward Neutral Principles in Constitutional Law*. Harvard Law Review, Vol. 73, No. 1 (1959). P. 15: “(...) the main constituent of the judicial process is precisely that it must be genuinely principled, resting with respect to every step that is involved in reaching judgment on analysis and reasons quite transcending the immediate result that is achieved”

⁴³² Schauer, Frederick. *Must Speech Be Special? Faculty Publications*. Paper 878. (1983). P. 1296: “The constraint of articulate consistency suggests that when we justify a decision by reference to a principle (or a reason, rule, standard, justification, or theory) we must be willing to apply the principle, as articulate in the first decision, to all cases coming within the verbal description of that principle”.

⁴³³ Cf. Schauer, Frederick (2003). Op. Cit. P. 315-19.

‘expressão’”, segundo os dois últimos), para, em seguida, dele *deduzir* respostas precisas para as situações apresentadas à Suprema Corte.

Seja como for, o balanceamento enquanto *teoria normativa da decisão* reclama para si uma posição de destaque em relação aos seus concorrentes metodológicos, sobretudo em razão de sua alegada aptidão em alcançar resultados ótimos em cada situação concreta, bem como pelo fato de a sua flexibilidade torná-lo capaz de contornar situações recalcitrantes (casos inimagináveis quando da formulação de regras inflexíveis). Ao que me parece, é justamente isso que está por detrás da alegação de Justice Frankfurter em *Dennis*, quando ele enfatiza as vantagens de um “informado sopesamento entre interesses concorrentes” comparativamente a “dogmas demais inflexíveis para lidar com problemas não euclidianos”⁴³⁴, e subjacente à recusa de Justice Harlan, também em *Dennis*, em interpretar o “*clear and present danger*” test como uma “regra rígida a ser aplicada inflexivelmente, sem levar em conta as circunstâncias de cada caso”⁴³⁵. Mesmo Melville B. Nimmer, um crítico do balanceamento em sua versão *ad hoc*, admitiu que “no vácuo [isto é, num mundo ideal], o balanceamento *ad hoc* é mais apto a considerar finas nuances e, por isso, mais capaz de produzir resultados justos”⁴³⁶.

Portanto, a promessa do balanceamento é que com a extirpação de constrangimentos formais, e com o consequente alargamento dos canais de acesso às razões substantivas presentes em cada caso, o processo decisório da Primeira Emenda se converta em algo: (a) *subjetivamente mais justo*, porque “poupa que os indivíduos sejam sacrificados no altar das regras”⁴³⁷; (b) *mais flexível*, permitindo-o se adaptar a novas e inesperadas situações, e evitando com isso que juízes cheguem a resultados absurdos⁴³⁸; (c) *mais fiel às justificativas subjacentes de cada direito*, pois contorna com relativa facilidade os problemas de sobre e subinclusão dos quais inevitavelmente padecem regras jurídicas entrincheiradas⁴³⁹; (d) *mais capaz de fazer com que tomadores de decisão se sintam pessoalmente responsáveis pelos resultados aos quais chegaram*, pois a eles já não é mais

⁴³⁴ 341 U.S. 494, 524-25 (1951).

⁴³⁵ 341 U.S. 494, 508 (1951).

⁴³⁶ Nimmer, Melville B (1968). Op. Cit. P. 945.

⁴³⁷ Kathleen M. Sullivan (1992). Op. Cit. P. 66.

⁴³⁸ Ibidem.

⁴³⁹ Schauer, Frederick (1991). Op. Cit. P. 77-104.

possível colocar a culpa dos seus próprios erros na autoridade e compulsoriedade dos comandos normativos⁴⁴⁰.

Entretanto, o retrato do balanceamento como um método decisório mais justo, mais flexível, mais afinado com os princípios substantivos que regem o direito e mais disposto a perceber os magistrados como os verdadeiros responsáveis pelos resultados do processo de tomada de decisão, talvez pressuponha mais coisas do que os seus críticos estariam dispostos a aceitar. Nos parágrafos seguintes tentarei então resumir algumas das principais críticas dirigidas contra as “promessas do balanceamento”, em geral por aqueles que têm nas razões formais da Primeira Emenda algo a ser levado em alta conta.

- 1) *O balanceamento também define: ou seja, os canais de acesso às razões substantivas nunca se veem completamente livres de razões formais.* Schauer tem razão quando diz que “os definidores balanceiam (...) e os balanceadores definem”⁴⁴¹. Quanto à primeira parte desta afirmação, espero que tenha ficado claro a partir do que expus nos dois últimos capítulos que o recurso a razões substantivas é inevitável para que o absolutista (ou para que qualquer outro membro de tradição definicional) possa levar adiante seu projeto de delimitação da cobertura da Primeira Emenda⁴⁴². No que respeita à segunda parte da sentença, é certo que o balanceador, antes mesmo de mobilizar o seu aparato decisório, necessita determinar se o que ele tem diante de si é realmente um “discurso”; e isto nada mais é do que *definir*. “Considerem o caso do assassinato ‘rotineiro’”, solicita-nos Schauer, “se o acusado [desse crime] argumentar que seus interesses [discursivos] protegidos pela Primeira Emenda devem ser balanceados contra os interesses do Estado em punir o assassinato, a resposta mais apropriada é a de que não há quaisquer interesses discursivos a serem colocados na balança”⁴⁴³.

⁴⁴⁰ Wallace Mendelson (1962). Op. Cit. P. 825-26 : “Open balancing compels a judge to take full responsibility for his decisions, and promises a particularized, rational account of how he arrives at them more particularized and more rational at least than the familiar parade of hallowed abstractions, elastic absolutes, and selective history. Moreover, this approach should make it more difficult for judges to rest on their pre-dispositions without ever subjecting them to the test of reason”.

⁴⁴¹ Schauer, Frederick. Speech and Speech – Obscenity and Obscenity: An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language. *Faculty Publications*. 883 (1979). P. 904.

⁴⁴² Cf. Seção 3.2.

⁴⁴³ Schauer, Frederick (1979). Op. Cit. P. 904-05.

- 2) *Inexiste um critério absoluto para valorar ou comparar os interesses em jogo*. Interpretar o balanceamento como demandando que o tomador de decisão “measure o imensurável (...) [e] compare o incomparável”⁴⁴⁴ é uma crítica frequente tanto no ambiente jurídico norte-americano, como no cenário jusfilosófico alemão⁴⁴⁵. Em sua versão mais radical, o argumento afirma que balancear interesses na jurisdição constitucional é como comparar “laranjas e maçãs”, ou seja, uma tarefa fadada ao fracasso. Porém, como defende A. Aleinikoff, a crítica também funciona quando colocada em termos mais suaves⁴⁴⁶. O problema, segundo o autor, não diz respeito propriamente a uma impossibilidade (ontológica/estrutural⁴⁴⁷, por assim dizer) em comparar interesses diversos; antes, a maior dificuldade enfrentada pelo balanceamento é desenvolver uma *escala de valores objetiva e externa às preferências pessoais do tomador de decisão*⁴⁴⁸. “E se casos constitucionais raramente oferecem a possibilidade de uma escala comum”, prossegue Aleinikoff, “não deveríamos ficar surpresos com o fato de as opiniões majoritária e dissidentes geralmente chegarem a conclusões conflitantes sobre o equilíbrio entre os interesses concorrentes”⁴⁴⁹. O desacordo quanto ao padrão de mensuração comum (ou quanto a calibragem da balança) também pode lançar alguma luz sobre o porquê de o balanceamento muitas vezes se desenrolar “dentro de uma caixa preta”,

⁴⁴⁴ Frantz, Laurent B. Is the First Amendment Law? – A Reply to Professor Mendelson. 51 CALIF. L. VER. 729. P. 748.

⁴⁴⁵ Conferir, por exemplo, as críticas que Jürgen Habermas dirige ao projeto metodológico de Robert Alexy. Resumo-as da seguinte forma: segundo Habermas, a regra da proporcionalidade sugerida por Alexy não garante padrões de racionalidade suficientes para evitar que decisões sejam tomadas de forma arbitrária e irrefletida. E isso se dá porque *inexiste uma correspondência estrutural* entre normas e valores: o aspecto distintivo de normas jurídicas (regras e princípios) consiste em seu aspecto *deontológico*, ou seja, no fato de elas imporem uma ação obrigatória; por outro lado, o conteúdo lógico dos valores é *teleológico*, o que quer dizer para o autor que eles expressam preferências determinadas coletivamente. Tendo em vista essa *distinção das qualidades lógicas* entre valores e normas, Habermas acredita que juízos que se fundam numa “ordem transitiva de valores”, como os juízos realizados no seio do projeto de *institucionalização da razão no discurso jurídico* de Alexy, carecem de racionalidade, sobretudo em razão da *ausência de unidades de medidas inequívocas* para se definir racionalmente o escalonamento de valores num caso concreto. Cf. Habermas, Jürgen. Direito e democracia: entre a facticidade e validade, volume I. 2.ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa/ Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. P.297-354. Para uma excelente análise sobre essa discussão: Leal, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, ano 14, n. 58, 2014.

⁴⁴⁶ Aleinikoff, T. Alexander (1987). Op. Cit. P. 973: “Competing interests are not, by definition, incomparable. Apples can be placed on a fruit scale or assigned a price in dollar per pound”.

⁴⁴⁷ Conferir duas notas acima.

⁴⁴⁸ Aleinikoff, T. Alexander (1987). Op. Cit. P. 973.

⁴⁴⁹ Ibidem. P. 975.

fazendo com que vejamos apenas o resultado do processo decisório, mas raramente as inevitáveis decisões que a ele precederam⁴⁵⁰.

- 3) *O balanceamento requer da Corte um tipo de investigação que ela simplesmente não é capaz de fazer.* Se o aspecto distintivo do balanceamento (e se as vantagens esperadas com a utilização deste método) está ligado à exigência imposta à Corte em levar em consideração absolutamente *todas* informações importantes para o atingimento do melhor resultado possível, o método só poderia realmente ser levado a sério por uma Corte composta por juízes hercúleos. Em outras palavras, nenhuma Corte é dotada do tempo, da energia e da capacidade epistêmica necessária para executar o tipo de inventário requerido pelo balanceamento⁴⁵¹. À vista disso, “enquanto, em teoria, o balanceamento adota uma visão expansiva do que deveria contar como um interesse constitucional, na prática, a Corte *nunca* realiza um inventário completo dos interesses relevantes”⁴⁵². Mas como exatamente é feita a seleção entre o que entra ou não no inventário? Esse é mais um item a ser depositado na caixa preta do balanceamento.

⁴⁵⁰ Ibidem. P. 976: “These balancing opinions are radically underwritten: interests are identified and a winner is proclaimed or a rule is announced which strikes ‘appropriate’ balance, but there is little discussion of the valuation standards”. Meiklejohn, comentando sobre *Barenblatt*, também é da opinião de que muitas questões ficaram por ser respondidas. Meiklejohn, Alexander (1961). Op. Cit. P. 12-13: “The legal issue before the Court arises from the accusation that, by refusing to testify, Mr. Barenblatt has done damage to the security, the self-preservation, of the nation. How much damage has he done? What specific damage? It can hardly be presumed that his single act has placed the nation as a whole in mortal danger. How great, then, is the harm for which he is individually responsible? That estimate of the amount in one scale is not made, or even considered, by the opinion. And, in like manner, the weight which is placed in the other scale is equally indeterminate. The opinion asserts that Mr. Barenblatt's ‘individual interest’ suffers a lesser damage from the action of the Government. What interest, or interests, of his are sacrificed? What do they amount to? Here, again, the words of the opinion have nothing relevant to say”.

⁴⁵¹ Laurent B. Frantz nos dá uma ideia da complexidade envolvida num inventário completo de todas as informações relevante para o julgamento de um caso concreto; referindo-se à *Barenblatt* ele diz: Frantz, Laurent B (1962). Op. Cit. P. 1443-44, note 87: “To decide the constitutional question involved in a case like *Barenblatt v. United States* (...) by a meaningful balancing process, it would be necessary to put into the record everything which is known about Communism, past and present, domestic and foreign. It would be necessary to make a comprehensive analysis of the international situation and forecast its future development. It would be necessary to assess the contribution to the legislative process made by the type of investigation conducted by the House Committee on Un-American Activities and the probable adequacy of other methods by which Congress might undertake to keep itself informed. There would have to be a careful estimate of how such investigations have affected freedom of expression and association, their side-effects on the national psyche, their effect on our “image” abroad, etc. And the Court would have to take into consideration the effectiveness of other anti-Communist programs and activities, including many, such as those of the F.B.I., the details of which are not readily available for judicial study. This is not the kind of “balancing” courts do to decide an equity case”.

⁴⁵² Aleinikoff, T. Alexander (1987). Op. Cit. P. 977.

- 4) *O balanceamento, sendo inerentemente incerto, pode provocar autocensura (chilling effect).* Se abstraíssemos os dois problemas anteriores, admitindo, portanto, a possibilidade da existência de Juízes-Hércules que tomassem suas decisões a partir uma escala objetiva, ainda assim o balanceamento aumentaria os níveis de incerteza no sistema da Primeira Emenda⁴⁵³, criando com isso um “domínio no qual os falantes não saberiam ao certo se suas atividades discursivas estariam ou não protegidas”⁴⁵⁴. E disto resultaria a possibilidade de mesmo aqueles atos discursivos protegidos pela Constituição sofrerem um efeito resfriador (*chilling effect*) pelo simples fato de alguns de seus emissores serem altamente responsivos aos incentivos negativos que derivam da incerteza no ambiente decisório⁴⁵⁵.
- 5) *A desilusão com o balanceamento definicional.* Ao problema do incremento de incerteza sistêmica e da autocensura discursiva que dela decorre, Melville Nimmer sugere o antídoto do balanceamento definicional: método que segundo ele seria capaz de criar uma regra a “ser empregada a casos futuros sem a necessidade de novos recursos ao balanceamento de interesses”⁴⁵⁶. Entretanto, como assinala Aleinikoff, “balanceamentos só são ‘definicionais’ se a Corte quiser [de fato] parar de pensar sobre a questão”⁴⁵⁷. Em outros termos, para que o balanceamento definicional angarie os benefícios antevistos por Nimmer (maior estabilidade e previsibilidade decisória) é indispensável que o resultado obtido no balanceamento do “caso-paradigma” sirva realmente como regra a ser aplicada aos casos futuros; porém, segundo Aleinikoff, dificilmente uma Corte que num momento específico se permitiu a raciocinar com base

⁴⁵³ O meu argumento aqui é o seguinte: mesmo se admitirmos que o balanceamento contém elementos de racionalidade/objetividade (e.g., uma estrutura exterior às preferências individuais dos tomadores de decisão), ainda assim, comparativamente à subsunção, ele é um método mais propício de aumentar a incerteza no sistema jurídico e, portanto, mais capaz de colaborar com o fenômeno do *chilling effect*. Cf. Schauer, Frederick. *Balancing, Subsumption, and the constraining role of legal text*. University of Virginia Law School: Public Law and Legal Theory Working Papers Series. Paper 133. 2009.

⁴⁵⁴ Geoffrey R. Stone. *Content-Neutral Restrictions*. 54 *University of Chicago Law Review* 46 (1987). P. 72-73.

⁴⁵⁵ Cf. Schauer, Frederick, *Fear, Risk and The First Amendment: Unraveling The “Chilling Effect”*, 58 *B.U.L. Rev.* 685 (1978). Conferir também: Frantz, Laurent. B (1962). *Op. Cit.* 1143: “balancing construction of the first amendment fails to give effective encouragement even to the amount of free speech which it theoretically recognizes”. Nimmer, Melville B. (1968). *Op. Cit.* P. 946.

⁴⁵⁶ Melville B. Nimmer (1968). *Op. Cit.* P.945.

⁴⁵⁷ Aleinikoff, T. Alexander (1987). *Op. Cit.* P.980-81.

no balanceamento, irá se privar de voltar a usá-lo em situações futuras, especialmente quando os pesos atrelados a cada um dos interesses já não forem mais idênticos àqueles que deram origem ao equilíbrio inicial.

- 6) *O balanceamento tende a inflar os interesses regulatórios e a atrofiar os interesses discursivos.* Este ponto já foi exposto quando descrevi as críticas de Justice Black à opinião majoritária em *Barenblatt e Konigsberg*. Em suma, o argumento é que o balanceamento “convida os juízes a subestimar os interesses discursivos” em jogo, realçando o valor que eles têm para os indivíduos particulares que se acham diante da Corte, ao invés de colocar em destaque o seu valor para a comunidade como um todo⁴⁵⁸; do outro lado da mesma moeda, o balanceamento “convida os juízes a exagerar os interesses governamentais”, levando-os [os juízes] a serem “indevidamente deferentes para com os julgamentos do legislativo” e a “legitimarem, ao invés de fiscalizarem, o abuso governamental”⁴⁵⁹.
- 7) *A longo prazo abordagens formalistas são mais eficientes na consecução dos propósitos da Primeira Emenda.* Às críticas que foram acima descritas muitas outras poderiam ser acrescidas; mas, por ora, acredito que a descrição do balanceamento como: (1) em algum nível também definicional; (2) possivelmente (se não irremediavelmente) subjetivo; (3) por demais exigente com “juízes de carne e osso”; (4) incerto por natureza; (5) indômito; isto é, não passível de ser “regrificado”; (6) deformando os interesses em disputa; seja o bastante para pôr em xeque as vantagens de um procedimento decisório plenamente voltado às razões subjetivas, ou melhor, de uma estratégia adjudicatória que reduz os impedimentos gerados pelas razões formais do direito a meras barreiras ao alcance do melhor resultado para o caso imediato.

Mas reparem nesta última crítica, que de certo modo acompanha todas as demais: se “a supressão da opinião” às vezes se nos apresenta como “um curso de ação completamente plausível”; ou ainda: se não raramente “a tolerância parece inconsistente com a manutenção da ordem

⁴⁵⁸ Geoffrey R. Stone (1987). Op. Cit. P. 72-73.

⁴⁵⁹ Ibidem.

ou com o alcance dos objetivos desejados pela maioria”⁴⁶⁰; a liberdade de discurso corresponde a um *direito contraintuitivo*. É claro que num plano teórico-abstrato todos sempre se mostram bastante dispostos a elogiar o livre discurso, a descrevê-lo como a condição de possibilidade para a existência de uma sociedade onde os cidadãos: (a) se autogovernam democrática e republicanamente; (b) veem-se plenamente livres para expressarem suas ideias, desejos e preferências pessoais; (c) possuem os canais de acesso à informação e à verdade completamente desimpedidos; (d) são tratados como seres autônomos e protegidos contra os desígnios de um Estado paternalista. Como vimos em (6), contudo, numa situação concreta, sobretudo em tempos pouco ou nada tranquilos, o que surge diante dos olhos dos juízes não são as razões subjetivas (e abstratas) que justificam a existência de algo como a Primeira Emenda, e sim: o comunista que pretende tomar à força o governo⁴⁶¹; o pervertido sexual que comercializa pornografia infantil⁴⁶²; a testemunha de jeová que profere impérios contra a religião dominante e contra as autoridades locais⁴⁶³; os nazistas que pretendem a todo custo se reunir publicamente numa cidade predominantemente judia⁴⁶⁴; os racistas que deitam fogo em cruzes no quintal de afrodescendentes⁴⁶⁵, dentre outros incontáveis exemplos.

Já deve estar mais ou menos evidente onde quero chegar: meu ponto é que a liberdade de discurso parece ser em diversos sentidos um direito peculiar, único, com características próprias. Há, como vimos em (4), uma espécie de sensibilidade mais aguçada, ou uma responsividade mais imediata por parte daqueles que buscam se engajar numa atividade discursiva; além disso, de volta ao tópico (6), existe um *viés de disponibilidade*⁴⁶⁶ sempre que tomadores de decisão são chamados a tomar

⁴⁶⁰ Emerson, Thomas. Toward a General Theory of the First Amendment, 72 YALE L.J. 877 (1963). P. 888.

⁴⁶¹ *American Communication Association v. Douds*, 339 U.S. 382 (1950); *Dennis v. United States*, 341 U.S.494 (1951); *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959); *Konigsberg v. State Bar*, 366 U.S. 36 (1961); *Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Bd.*, 367 U.S. 1 (1961).

⁴⁶² *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).

⁴⁶³ *Chaplinsky v. New Hampshire* 315 U.S. 568, 573 (1942).

⁴⁶⁴ *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 434 U.S. 1327 (1977).

⁴⁶⁵ *R.A.V v. St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992); *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

⁴⁶⁶ “Viés de disponibilidade” é uma ideia contida em: Amos Tversky & Daniel Kahneman. Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases. 185 *Science* 1124, 1127 (1974). Em suma, a ideia dos autores é que pessoas comumente tomam o que é mais visível ou mais próximo delas como sendo representativo de

parte no conflito entre prementes questões de ordem pública e longínquos e abstratos interesses sociais.

E, se isso tudo for verdade, uma metodologia decisória da Primeira Emenda que se preocupe com o lado formal do direito, que se esforce na criação de critérios predeterminados e intersubjetivamente controláveis, que faça com que os tomadores de decisão suplementem a vagueza do dispositivo constitucional pela adoção de rotinas, estratégias e padrões de comportamento relativamente estáveis; pode não apenas corroborar, mas ser mesmo completamente indispensável ao alcance dos propósitos últimos da liberdade de discurso.

5. Categorização:

5.1. Evolução da técnica da categorização:

5.1.1. Discursos invisíveis à Constituição: *Chaplinsky* e a Teoria dos Dois Níveis:

Em um sábado ensolarado, um cidadão chamado Walter Chaplinsky, testemunha de Jeová, distribuía literatura sobre sua seita nas ruas da cidade de Rochester, New Hampshire. Inconformados com a atitude de Chaplinsky, que também bravejava que “toda religião era extorsão”, os cidadãos de Rochester queixaram-se junto ao delegado local (City Marshal). Ao público inquieto o delegado disse que Chaplinsky estava agindo em pleno direito. À Chaplinsky ele avisou que a multidão estava ficando cada vez mais impaciente com aquelas excentricidades. Algum tempo se passou até que, enfim, um tumulto tenha se iniciado. Um guarda de trânsito intercedeu rapidamente, tirando

uma maior variedade de eventos, mesmo que o “exemplo mais próximo” não seja especialmente representativo. O que eu quis dizer com esse paralelo é que questões de ordem pública, parecendo aos tomadores de decisão algo mais próximo e imediato, podem se sobrepor aos propósitos últimos da Primeira Emenda.

Chaplinsky do local e levando-o ao posto policial mais próximo. O guarda em momento algum deu-lhe voz de prisão, nem mesmo lhe informou se ele estaria sendo preso. A caminho do posto policial, eles, Chaplinsky e o guarda, encontraram o delegado local que, havendo sido informado sobre o princípio da confusão, dirigia-se ao local do incidente. Ao ter com Chaplinsky, o delegado repetiu-lhe aqueles avisos sobre o estado de fúria da multidão, ao que escutou como resposta impropérios do tipo – “você é um maldito escroque” e “você, e todo o governo de Rochester, são uns malditos fascistas”.

Em seguida, Chaplinsky foi preso e processado nos termos de lei estadual⁴⁶⁷ que proibia o uso de linguagem ofensiva contra pessoas que se encontrassem legalmente em local público. As cortes estaduais, interpretando o ato normativo em questão como limitado ao uso de palavras “plainly tending to excite the addressee to a breach of the peace”⁴⁶⁸ (*fighting words*), condenaram o acusado. Inconformado, Chaplinsky desafiou a constitucionalidade da lei, alegando que ela restringia suas liberdades de discurso, imprensa e culto. Entretanto, a Suprema Corte decidiu pela sua validade, e, à vista disso, manteve a condenação de Chaplinsky. No voto unânime da Corte, Justice Murphy formulou pela primeira vez aquilo que mais tarde Harry Kalven Jr. chamaria de teoria dos níveis (*two-tier theory*)⁴⁶⁹:

“There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or “fighting” words - those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality”⁴⁷⁰.

A ideia da teoria dos dois níveis é que certas categorias discursivas são simplesmente invisíveis à Constituição⁴⁷¹. O título da teoria, ao pôr em evidência a

⁴⁶⁷ Chapter 378, § 2, of the Public Laws of New Hampshire.

⁴⁶⁸ Chaplinsky v. New Hampshire 315 U.S. 568, 573 (1942).

⁴⁶⁹ Harry Kalven, Jr. The Metaphysics of the Law of Obscenity. 1960 Supreme Court Review 1 (1960). P. 11: “At one level there are communications which, even though odious to the majority opinion of the day, even though expressive of the thought we hate, are entitled to be measured against the clear-and-present danger criterion. At another level are communications apparently so worthless as not to require any extensive judicial effort to determine whether they can be prohibited”.

⁴⁷⁰ 315 U.S. 568, 572 (1942).

⁴⁷¹ Farber, Daniel A. The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law, 84 Ind. L.J. 917 (2009). P. 917: “[t]hey were in some sense invisible to the First Amendment, receiving the same constitutional treatment as ordinary nonspeech behavior such as price fixing or drug use”.

existência de “dois níveis” ou “duas camadas”, é em si mesmo bastante didático: ele sugere que existem dois, e somente dois, conjuntos de atividades discursivas: aquele composto por práticas indiscutivelmente abarcadas pelo escopo protetivo da Primeira Emenda (e.g., discursos políticos, artísticos e religiosos); e, no lado oposto do binômio, um conjunto composto por atividades discursivas de valor social nulo ou quase nulo, que são, portanto, peremptória e categoricamente excluídas do suporte fático do direito ao livre discurso.

Os tipos discursivos indignos de qualquer proteção constitucional foram listados em *Chaplinsky*, são eles: os discursos profanos, difamatórios, obscenos, lascivos e combativos. E, sendo tais categorias totalmente estranhas aos propósitos do direito ao livre discurso, as razões oferecidas pelo Estado para censurá-las não precisariam ser avaliadas com base nos *standards* da Primeira Emenda⁴⁷². Schauer formula essa mesma questão da seguinte forma:

“There is a category of pictorial or linguistic conduct ([e.g.] legal obscenity) that is not speech. Because it is not speech, it is not among the activities within the scope of the first amendment. Thus, the regulation of such conduct is not subject to first amendment standards of scrutiny”⁴⁷³.

Harry Kalven Jr. temia que a lógica que regeu *Chaplinsky* viesse a se tornar a metodologia padrão na prática decisória da Primeira Emenda⁴⁷⁴. E o seu receio era até certo ponto justificado na medida em que o modelo binário “protegido v. não protegido” foi reproduzido em inúmeras oportunidades durante as duas décadas que se seguiram à *Chaplinsky*⁴⁷⁵. Porém, apenas quatro anos após ter publicado o seu *The Metaphysics of the Law of Obscenity*, Harry Kalven Jr. parece ter visto em *New York Times v. Sullivan*⁴⁷⁶ um sinal de que estivera errado quanto àqueles seus temores, eis que, comentando sobre as feições recém emprestadas à categoria dos discursos difamatórios, com certo alívio disse que “no matter how speech is classified, there must still be First Amendment

⁴⁷² Schauer, Frederick. Codifying the First Amendment: *New York v. Ferber*. *Faculty Publications*. 884 (1982). P. 302-03.

⁴⁷³ Schauer, Frederick. Speech and Speech – Obscenity and Obscenity: An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language. *Faculty Publications*. 883 (1979). P. 901-02.

⁴⁷⁴ Harry Kalven, Jr. (1960). Op. Cit. P.17.

⁴⁷⁵ Dentre elas, as mais notórias foram: *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942); *Breard v. Alexandria*, 341 U.S. 622 (1951); *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952) e *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

⁴⁷⁶ 376 U.S. 254 (1964).

consideration and review. *No category of speech is any longer beneath the protection of the First Amendment.*"⁴⁷⁷

Sullivan surgiu então como um prenúncio do *processo de complexificação* que viria ganhar força interior de uma parcela das categorias discursivas criadas em *Chaplinsky*. A mudança que Kalven Jr. corretamente reconheceu haver transcorrido na categoria de discursos difamatórios espalhou-se gradativamente para quase todas as outras categorias discursivas então marginalizadas. Aos poucos, testes, princípios, regras e presunções foram sendo desenvolvidos no seio daqueles conjuntos discursivos, com vistas a conformar o interesse restritivo estatal à satisfação de certos *parâmetros argumentativos pré-determinados*. Por conseguinte, discursos anteriormente invisíveis à Primeira Emenda foram sendo acolhidos em seu escopo protetivo⁴⁷⁸.

Contudo, o movimento de afastamento da lógica binária “dentro ou fora” não alcançou todos os tipos discursivos de igual maneira. Em relação a duas categorias, quais sejam, a dos discursos obscenos e a dos discursos combativos, Corte continuou a percebê-las como indignas de qualquer nível de proteção⁴⁷⁹. Ainda assim, mesmo em relação a elas houve uma notória mudança: os contornos de ambas categorias foram se tornando cada vez mais circunscritos e, como resultado, as exigências argumentativas impostas ao poder público para classificar uma prática como obscena ou combativa ganharam uma boa dose de rigor analítico.

A subseção 5.1.2 dá conta desse gradual o processo de encolhimento das categorias “não protegidas” pela Primeira Emenda, resultado de um refinamento das técnicas analíticas empregadas pela Corte para delimitar as fronteiras dos discursivos categoricamente proscritos. A seção 5.1.3, por seu turno, abrange o processo de complexificação inaugurado em *Sullivan* e que foi gradativamente alastrando-se a outras práticas discursivas.

5.1.2. Complexificação Definicional: discursos obscenos e combativos:

Obscenidade:

⁴⁷⁷ Harry Kalven, Jr. The New York Times Case: A Note on “The Central Meaning of the First Amendment,” 1964 Sup. Ct. Rev. 191. P.217-218. (Os grifos são meus).

⁴⁷⁸ Cf. Farber, Daniel A. (2009). Op. Cit. P. 920-28.

⁴⁷⁹ Cf. *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 484 (1957). (...) implicit in the history of the First Amendment is the rejection of obscenity as utterly without redeeming social importance”.

O que é obscenidade? Ora, alguns parágrafos acima referi-me ao voto de Justice Murphy em *Chaplinsky* como um verdadeiro marco da completa exclusão do discurso obsceno do escopo protetivo da Primeira Emenda. Porém, Justice Murphy nos dá apenas uma pobre e insuficiente pista para responder à pergunta com a qual iniciei este parágrafo: afinal, o que conta como obscenidade? É verdade que ele nos diz que discursivos obscenos não são “componentes essenciais de nenhuma exposição de ideias” e que eles são destituídos de valor ou importância social⁴⁸⁰; mas isso é muito pouco. A bem da verdade, à época de *Chaplinsky* existia de fato uma definição corrente a “discurso obsceno”, representada no *Hicklin Test*; mas que, proveniente de um precedente inglês do século XIX e incorporado no sistema jurídico norte americano através de uma lei federal anti-obscenidade de 1873 (*The Comstock Act*), tudo abarcava e nada definia⁴⁸¹.

Somente em 1957, mais de uma década desde *Chaplinsky*, a Suprema Corte começou a conferir contornos menos fluídos à categoria da obscenidade. Como disse anteriormente, materiais obscenos continuariam a ser percebidos como indignos de qualquer guarida constitucional; porém, ao condicionar a consecução dos interesses restritivos governamentais a algo mais do que a simples *rotulação* de uma atividade como obscena, o teste desenvolvido por Justice William J. Brennan Jr. em *Roth v. United States*⁴⁸² tornou a censura de certos discursos um quê menos banal.

Samuel Roth, comerciante de livros, fotografias e revistas, havia sido condenado por violação à lei federal que proibia o envio de materiais lascivos e obscenos pelo correio. Ao ser apresentada a tais fatos, a Suprema Corte teve então que decidir se o ato normativo que proibia o envio de materiais obscenos infringia ou não a Primeira Emenda. Justice Brennan, autor da opinião da maioria (6-3), fez questão de colocar em evidência aquilo que ressaltai no parágrafo anterior, isto é, que a obscenidade não fazia parte do conjunto de atividades protegidas pela liberdade de discurso⁴⁸³.

⁴⁸⁰ 315 U.S. 568, 572 (1942): “It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality”.

⁴⁸¹ O *Hicklin Test* conferia uma definição excessivamente ampla à categoria dos discursivos obscenos. Com base nela, fornecedores de materiais obscenos poderiam ser condenados se um dos seus produtos revelasse uma simples *tendência* a despertar pensamentos lascivos na mente de seus consumidores. Cf. Anthony Lewis. Britain Tightens Obscenity Curb. The New York Times, Nov. 6, 1971. In: <https://www.nytimes.com/1971/11/06/archives/britain-tightens-obscenity-curb-court-rules-single-item-can-send.html>.

⁴⁸² 354 U.S. 476 (1957).

⁴⁸³ Daniel, Farber (2009). Op. Cit. P. 922.

“All ideas having even the slightest redeeming social importance-unorthodox ideas, controversial ideas, even ideas hateful to the prevailing climate of opinion-have the full protection of the guaranties, unless excludable because they encroach upon the limited area of more important interests. But implicit in the history of the First Amendment is the **rejection of obscenity as utterly without redeeming social importance.**”⁴⁸⁴ (Os grifos são meus).

Reparem que, à semelhança do que ocorrera em *Chaplinsky*, a exclusão de uma prática comunicativa do âmbito de proteção da Primeira Emenda foi produto do juízo (ou da presunção) de que o discurso em apreço era de todo em todo destituído de valor e importância social. Justice Brennan, no entanto, e diferentemente do “mutismo definicional” de Justice Murphy, enfim articulou um teste para estabelecer (minimamente) a o que se referia o termo “obscenidade”; segundo ele, um material seria obsceno se “(...) to the average person, applying contemporary community standards, the dominant theme of the material taken as a whole appeals to prurient interest”⁴⁸⁵.

Em muitos aspectos o *Roth Test* mostrou-se realmente superior ao (há muito) obsoleto *Hicklin Test*: sobretudo por se concentrar no “tema dominante” do material (e não apenas num fragmento dele), bem como por eleger como “parâmetro de moralidade” o “cidadão médio” (em vez de “o cidadão mais suscetível”, como fazia o teste antigo)⁴⁸⁶. Apesar disso, a definição da categoria prosseguia sendo desconfortavelmente imprecisa, o que fez com que, em julgamentos posteriores, a Corte tenha se empenhado em conferir à sua “lâmina definicional” uma melhor afiação⁴⁸⁷. Até *Miller v. California*⁴⁸⁸, todavia, uma confusão reinou no domínio do discurso obsceno⁴⁸⁹: quer dizer, os membros da Corte

⁴⁸⁴ 354 U.S. 476, 484 (1957).

⁴⁸⁵ 354 U.S. 476, 489 (1957).

⁴⁸⁶ David L. Hudson Jr. *Obscenity and Pornography*. In: *The First Amendment Encyclopedia*. Acessado em: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1004/obscenity-and-pornography>.

⁴⁸⁷ Cf. *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 187 (1964); *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 419 (1966). *Memoirs* merece especial destaque: afinal, foi nele que Justice Brennan tornou o teste que ele próprio criara em *Roth* muito mais apurado. Tratava-se agora de um teste tripartite cujas partes eram: [um material é considerado obsceno se] (a) the dominant theme of the material taken as a whole appeals to a prurient interest in sex; (b) the material is patently offensive because it affronts contemporary community standards relating to the description or representation of sexual matters; (c) the material is utterly without redeeming social value”.

⁴⁸⁸ 413 U.S.15 (1973).

⁴⁸⁹ Farber, Daniel (2009). Op. Cit. P. 922: “For the next decade or so, confusion reigned over what exactly qualified as obscene. In 1973, a majority of the Justices were finally able to agree on a test for obscenity”. Cf. Keith Werhan, *Liberalization of Freedom of Speech on a Conservative Court*. 80 IOWA L. REV. (1994): Werhan ressalta que a metodologia adotada pela Suprema Corte no domínio da obscenidade oscilou de acordo com a sua composição. Segundo ele, entre *Roth* (1957) e *Miller* (1973), sobretudo durante a *Warren Court* (1953-1969), a Corte chegou a flertar com posturas decisórias mais céticas em relação à categorização.

não conseguiam chegar a nenhum consenso à respeito do que exatamente qualificava uma atividade como obscena⁴⁹⁰.

Após ter distribuído por correio anúncios sobre quatro livros e um filme - todos eles de conteúdo *supostamente* lascivo -, Martin Miller, um comerciante de livros do estado da Califórnia, foi condenado nos termos de lei estadual que proibia a remessa de material obsceno via correspondência. Contrariado com a decisão das instâncias inferiores, Miller recorreu então à Suprema Corte alegando que os panfletos que ele havia enviado não podiam ser considerados obscenos. Numa decisão apertada (5-4), a Corte manteve a condenação do apelante; o mais importante, porém, foi que ela estabilizou de uma vez por todas os critérios com base nos quais uma atividade poderia ser reputada como obscena⁴⁹¹. Foi Chief Justice Warren E. Burger o responsável pela formulação de um teste tripartite (*Miller's Test*) cujas etapas são estas:

“The basic guideline for the trier of fact must be (a) whether ‘the average person, applying contemporary community standards’ would find that the work, taken as a whole, appears to the prurient interest, (b) whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; and (c) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value. If a state obscenity law is thus limited, First Amendment values are adequately protected by ultimate independent appellate review of constitutional claims when necessary”⁴⁹²

Em última instância, o esforço por parte da Suprema Corte em apurar cada vez mais os critérios empregues na delimitação da categoria de discursos obscenos teve como objetivo primordial garantir que somente materiais *completamente indiferentes* aos propósitos da Primeira Emenda fossem excluídos de seu escopo protetivo⁴⁹³. Assim, para que um material fosse considerado *constitucionalmente obsceno* (e não somente “obsceno” conforme a *linguagem ordinária*), ele deveria não apenas ser lascivo (etapa

⁴⁹⁰ Alguns Justices expressaram com todas as letras suas angústias a respeito da confusão na definição do que contava como uma “prática obscena”; Em *Interstate Circuit, Inc v. City of Dallas* [390 U.S. 676 (1968)], Justice Harlan disse: “The subject of obscenity has produced a variety of views among the members of the Court unmatched in any other course of constitutional adjudication”; e em *Jacobellis v. Ohio* [378 U.S. 187 (1964)] Justice Potter Stewart já havia admitido que a Corte então se engajava numa tarefa “(...) of trying to define what may be indefinable”.

⁴⁹¹ O *Miller's Test* continua sendo o teste padrão para avaliar se uma atividade é ou não reputada como obscena. Isso não quer dizer, porém, que ele não seja alvo de críticas por parte de alguns membros da comunidade jurídica norte-americana. Um dos aspectos mais discutidos do teste tem a ver com o fato de ele tomar como parâmetro, na sua primeira etapa, “community standards” e não “national standards”. Cf. *United States v. Kilbride* (9th circuit, 2009), onde levantou-se a questão de que numa era de comunicação pela internet os parâmetros devem ser nacionais e não locais.

⁴⁹² 413 U.S.15 (1973).

⁴⁹³ Schauer, Frederick (1982). Op. Cit. P. 304.

“a” do *Miller’s Test*), mas também ser desprovido de qualquer valor científico, artístico, político ou literário (etapa “c”); ou por outra: do ponto de vista da Primeira Emenda, a categoria da obscenidade abarcaria *exclusivamente* “discursos” carentes de qualquer conteúdo cognitivo ou intelectual, o que é dizer, materiais que produzem em seus consumidores tão somente efeitos físicos (e não comunicacionais)⁴⁹⁴.

À vista disso, o conjunto dos discursos obscenos foi se tornando cada vez mais enxuto. E, no limite, esse processo de retração ou encolhimento da categoria de discursos invisíveis à Primeira Emenda evidencia que a linguagem constitucional e a linguagem ordinária não são coextensivas⁴⁹⁵: considere, por exemplo, que materiais capazes de estimular sexualmente seus consumidores - e que, por isso, habitualmente chamaríamos de “obsceno” (e.g., *soft porn* ou palavras em geral) - costumam ser protegidos pela Constituição; por outro lado, a pornografia pesada (*hardcore pornography*), que na perspectiva da linguagem constitucional equivaleria a um ato sexual (a uma atividade física) e não a um discurso⁴⁹⁶, é obsceno tanto para nós como para a Constituição.

Discurso combativo (*fighting words*):

O que acima se disse a respeito da categoria dos discursos obscenos aplica-se em grande medida à categoria dos discursos combativos⁴⁹⁷: no que lhes diz respeito, as oportunidades de o poder governamental classificar uma atividade como pertencendo aos seus domínios tornaram-se cada vez mais limitadas. Em *Chaplinsky*, “palavras

⁴⁹⁴ Schauer, Frederick (1979). Op. Cit. P. 920-928.

⁴⁹⁵ Cf. Schauer, Frederick. An Essay on Constitutional Language. *Faculty Publication*. Paper 877 (1982.b).

⁴⁹⁶ Schauer, Frederick (1979). Op. Cit. P.926: “Underlying all of the words of *Roth*, *Miller*, and *Paris* is the assumption that hardcore pornography is sex (...) [a]nd it is this conception of pornography as action, pornography as physical, that rationalizes the exclusion of pornography from the protection of the first amendment. Conferir também: Schauer, Frederick. Reflections on ‘Contemporary Community Standards’: The Perpetuation of an Irrelevant Concept in the Law of Obscenity. 56 N. Car. L. Rev. 1, (1978). P.3-4.

⁴⁹⁷ Alguns autores não concordam com a afirmação de que a categoria dos discursos combativos corresponde a uma categoria excluída do escopo protetivo da Primeira Emenda. Frederick Schauer e Kenneth L. Karst, por exemplo, acreditam que o conjunto de “palavras combativas”, analogamente ao que aconteceu com os discursos difamatórios, comerciais e subversivos, foi de fato incluído na cobertura da Primeira Emenda. Cf. Schauer, Frederick. Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts. *Faculty Publications*. 876. (1981). P.268-69: It is not correct, however, to assume that the Supreme Court’s **rejection of the “nonspeech” treatment** for libel, commercial advertising, and (most probably) **fighting words** leaves obscenity all alone as the only conduct that would or might be speech in ordinary language but that is not speech in the eyes of the Constitution”. (Os grifos são meus). Conferir também: Karst. Equality as a Central Principle in the First Amendment. 43 U. Chi. L. Rev. 20. (1975). P. 31: “And even the ‘fighting words’ cases have fought their way out of the confines of the two-level theory, coming to rest on a variety of the clear-and-present-danger test”.

combativas” foram descritas como “palavras que pelo simples proferimento são capazes de causar danos [ao seu público alvo] ou de incitar o imediato distúrbio da paz”⁴⁹⁸. Com alguma razão, Walter Chaplinsky se defendera alegando serem excessivamente vagos os termos do estatuto com base no qual ele havia sido condenado; e, em resposta a tal objeção, Justice Murphy se referiu à definição proposta pela corte estadual – definição que, é claro, ele julgava como clara e suficiente –, transcrevendo-a então em seu voto unânime:

“The test is what men of common intelligence would understand would be words likely to cause an average addressee to fight (...) [t]he English language has a number of words and expressions which by general consent are 'fighting words' when said without a disarming smile (...) Such words, as ordinary men know, are likely to cause a fight (...) [t]he statute, as construed, does no more than prohibit the face-to-face **words plainly likely to cause a breach of the peace by the addressee** (...)”⁴⁹⁹. (Os grifos são meus).

Entretanto, mesmo com o suprimento definicional oferecido pelo parágrafo acima, há ainda lugar para uma porção de dúvidas e ambiguidades. Para ficarmos com uma fração delas: se a censura a “palavras combativas” tem por objetivo impedir uma escalada à violência física, deveria então a Corte entrar em discussões a respeito da capacidade de uma vítima particular em responder fisicamente às agressões verbais que sofrera? Ou por outra: faz diferença se o alvo dos insultos for um (a) lutador de UFC; (b) um jovem musculoso de 25 anos; (c) uma idosa de 75 anos de idade; (d) uma criança de 7 anos com paralisia infantil?⁵⁰⁰. Afinal de contas, quem são os “destinatários médios”? E quais são os critérios a serem utilizados para se mensurar a probabilidade de uma resposta violenta a um ataque verbal?

Sete anos haviam-se passado desde *Chaplinsky* até que em *Terminiello v. Chicago*⁵⁰¹ a Suprema Corte pudesse se fazer um pouco mais precisa quanto às condições necessárias para a qualificação de um discurso como “combativo”. Arthur Terminiello

⁴⁹⁸ 315 U.S. 568, 572 (1942).

⁴⁹⁹ 315 U.S. 568, 573 (1942).

⁵⁰⁰ Greenawalt, Kent. *Fighting Words: Individuals, Communities, and Liberties of Speech*. Princeton, N.J.: Princeton University Press. (1995). P. 50-53. Greenawalt defende que os atributos personalíssimos dos destinatários das palavras combativas não deveriam ser levados em conta no exame de constitucionalidade de tais palavras. Alternativamente, o autor sugere um teste objetivo para determinar se o risco de uma reação violenta realmente existe: “Suppose a study showed that 20 percent of listeners respond violently to certain abusive words spoken in certain contexts. That should be enough to restrict. The standard should be whether provoking actual violence is a substantial probability” Conferir também: Kathleen M. Sullivan. *Free Speech Wars*. 48 SMU L. Rev. 203 (1995).

⁵⁰¹ 337 U.S. 1 (1949).

era um padre – então já suspenso da Ordem Eclesiástica - que fora condenado após ter se dirigido a um auditório inflamado, chamando os ali presentes de “escória imunda”, “insetos” e “cobras”, bem como dardejando contra alvos dos mais variados, desde judeus, negros, comunistas, até o presidente Franklin D. Roosevelt. Mas, ao subir para a Suprema Corte, a condenação de Terminiello foi revertida por uma apertada maioria (5-4). Justice William O. Douglas, escrevendo uma das passagens mais citadas da história da jurisprudência da Primeira Emenda, afirmou que:

“Accordingly a function of free speech under our system of government is to invite dispute. It may indeed best serve its high purpose when it induces a condition of unrest, creates dissatisfaction with conditions as they are, or even stirs people to anger. Speech is often provocative and challenging. (...) [t]hat is why freedom of speech, though not absolute (...) is nevertheless protected against censorship or punishment, **unless shown likely to produce a clear and present danger of a serious substantive evil** that rises far above public inconvenience, annoyance, or unrest”⁵⁰². (Os grifos são meus)

O que é possível se depreender dessas palavras? Em primeiro lugar, que meros sentimentos de raiva e ultraje provocados naqueles a quem se dirige o discurso são insuficientes para neutralizar a força protetiva da liberdade de discurso. O que é dizer: em *Terminiello* estabeleceu-se que apenas aquelas palavras capazes de provocar em seus destinatários um *incontrolável impulso* de reagir violentamente são proscritas da cobertura da Primeira Emenda⁵⁰³. Em segundo lugar, a Corte determinou que a probabilidade de um discurso produzir tamanho efeito em seu ouvinte deveria ser calculada com base numa investigação das circunstâncias particulares em que se deu o proferimento da linguagem ofensiva, e não a partir da simples suposição de que certas palavras, por si mesmas, provocam uma reação violenta⁵⁰⁴.

Numa série de julgamentos posteriores, a Suprema Corte seguiu limitando o conjunto de situações em que indivíduos poderiam ser constitucionalmente punidos pelo proferimento de linguagem ofensiva⁵⁰⁵. Em resumo, dois grandes desenvolvimentos tiveram lugar no universo dos discursos combativos desde *Chaplinsky*, foram eles⁵⁰⁶: (a) o confinamento do conjunto de “palavras combativas” a *insultos dirigidos diretamente a*

⁵⁰² 337 U.S. 1, 4 (1949).

⁵⁰³ Stephen W. Gard. Fighting Words as Free Speech. 58 WASH. U. L. Q. 531 (1980). P. 551.

⁵⁰⁴ Ibidem.

⁵⁰⁵ Note, The Demise of the "Chaplinsky" Fighting Words Doctrine: An Argument for Its Interment Source. Harvard Law Review, Vol. 106, No. 5 (Mar., 1993). P. 1132. Conferir também: Hudson, David L., Jr. Fighting Words. Freedom Forum Institute. July 2009.

⁵⁰⁶ Greenawalt, Kent (1995). Op. Cit. P. 51.

uma pessoa em particular⁵⁰⁷ e (b) a invalidação de atos normativos cujas definições fossem excessivamente vagas (*vagueness*) ou sobreinclusivas (*overbreadth*)⁵⁰⁸. Quanto à (b), as doutrinas do *overbreadth* e da vagueza serão objeto de discussão na seção 6.3.2; no que respeita ao ponto (a), vale a pena nele nos determos um pouco mais.

Descontente com a política bélica promovida pelo governo norte-americano no Vietnã, Paul Cohen pôs-se a circular pelos corredores do Tribunal de Justiça de Los Angeles envergando uma jaqueta adornada com os dizeres “FUCK THE DRAFT. STOP THE WAR”. Cohen foi então processado e condenado – a trinta dias de prisão – com base num dispositivo do Código Penal da Califórnia que proibia distúrbios na vizinhança por pessoas que maliciosamente agissem de maneira ofensiva. Justice Harlan, autor da opinião da maioria (5-4) que reverteu a condenação do acusado, começou ressaltando que o discurso de Cohen não se qualificava como obsceno⁵⁰⁹. Logo em seguida, ele também se negou a entender a frase grafada na jaqueta de Cohen como sendo “palavras combativas”:

“This Court has also held that the States are free to ban the simple use, **without a demonstration of additional justifying circumstances**, of so-called ‘fighting words’, those personally abusive epithets which, when addressed to the ordinary citizen, are, as a matter of common knowledge, **inherently likely to provoke violent reaction**. While the four-letter word displayed by Cohen in relation to the draft is not uncommonly employed in a personally provocative fashion, **in this instance it was clearly not ‘directed to the person of the hearer’**. No individual actually or likely to be present could reasonably have regarded the words on appellant's jacket as a direct personal insult. (...). There is, as noted above, no showing that anyone who saw Cohen was in fact violently aroused or that appellant intended such a result. (Os grifos são meus).

Algumas coisas devem ser ditas sobre o trecho acima transcrito. De início, Justice Harlan sinalizou que o método da categorização “à la *Chaplinsky*” – ao menos no que se refere à sua lógica binária “dentro ou fora; protegido ou não protegido” – não perdera por completo sua vitalidade⁵¹⁰. Mas então, e se isso é verdade, o que realmente teria mudado comparativamente à *Chaplinsky*? A resposta é: a extensão da classe de discursos que

⁵⁰⁷ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

⁵⁰⁸ *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518 (1972); *Lewis v. City of New Orleans*, 415 U.S. 130 (1974).

⁵⁰⁹ 403 U.S. 15, 20 (1971): “(...) this case cannot be said to fall within those relatively few categories of instances where prior decisions have established the power of government to deal more comprehensively with certain forms of individual expression simply upon a showing that such a form was employed. **This is not, for example, an obscenity case**. Whatever else may be necessary to give rise to the States' broader power to prohibit obscene expression, such expression must be, in some significant way, erotic”. (Os grifos são meus).

⁵¹⁰ Keith Werhan (1994). Op.Cit. P.56.

poderiam ser *constitucionalmente* classificados como “combativos”. Ou seja, tal como havia se dado com a categoria de discursos obscenos, verificou-se uma considerável retração na quantidade de atividades discursivas as quais o governo conseguiria com relativa facilidade imprimir o rótulo de “combativas”. Sobre isso, John Hart Ely bem observou que:

“‘[F]ighting words’ are unprotected, but that category is no longer to be understood as a euphemism for either controversial or dirty talk but requires instead an unambiguous invitation to a brawl; and anyone who finds Cohen’s jacket ‘obscene’ or erotic had better have his valves checked”⁵¹¹.

Mas como afinal *Cohen* alcançou tornar a tarefa regulatória governamental algo mais complicada? Ao reconhecer que “one man’s vulgarity is another lyric”⁵¹², Justice Harlan posicionou-se contra o juízo – bem caro à *Chaplinsky* – de que o governo via-se de certo modo livre para punir o discurso, apenas fosse ele concebido como “perturbando a tranquilidade pública”⁵¹³. Assim, em *Cohen* passou-se a exigir que o discursivo fosse: (a) um insulto pessoal provocativo – isto é, direcionado a uma pessoa específica e não a um grupo ou multidão -, e (b) capaz de criar uma ameaça imediata de retaliação violenta. Vale notar ainda que foi por causa dessa segunda exigência, em companhia de exigências congêneres propostas em *Feiner*⁵¹⁴ e *Gooding*⁵¹⁵, que se começou a interpretar o teste empregado na categoria dos discursos combativos como uma variável do “*clear and present danger*” test⁵¹⁶.

Por fim, e em sintonia com a leitura que Frederick Schauer viria a fazer da evolução do processo de categorização dos discursos obscenos⁵¹⁷, em *Cohen* a Corte também reconheceu que a Primeira Emenda protegia os impactos *cognitivos* e *emotivos* decorrentes do proferimento de discursos combativos e, conseqüentemente, que algumas das palavras que em *Chaplinsky* foram compreendidas como meros gatilhos à violência

⁵¹¹ Ely, John Hart. Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in the First Amendment Analysis. *Harvard Law Review*, Vol. 88 N°7 (May 1975). P.1492-93.

⁵¹² 403 U.S. 15, 25 (1971)

⁵¹³ Note, The Demise of the “Chaplinsky” Fighting Words Doctrine: An Argument for Its Interment Source. Op. Cit. P. 1131.

⁵¹⁴ *Feiner v. New York*, 340 U.S. 315 (1951).

⁵¹⁵ *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518 (1972).

⁵¹⁶ Cf. Shiffrin, Steven H. Defamatory Non-Media Speech and First Amendment Methodology. Cornell Law Faculty Publications. Paper 1174. (1978). P. 944, n. 191. Conferir também: Note: The Demise of the “Chaplinsky” Fighting Words Doctrine: An Argument for Its Interment Source. Op. Cit. P. 1132.

⁵¹⁷ Cf. Schauer, Frederick (1979). Conferir os dois últimos parágrafos da subseção anterior.

deveriam ser interpretadas como possuidoras de pelo menos algum *valor comunicativo*⁵¹⁸. Em outros termos, ao colocar em evidência os elementos comunicativos inerentes ao ato simbólico perpetrado por Paul Cohen, a Suprema Corte concluiu que nem todas as provocações e ofensas poderiam ser desdenhadas como se fossem destituídas de todo e qualquer valor expressivo⁵¹⁹; com isso, fronteiras daquela categoria foram ajustadas (calibradas) tendo como medida as razões substantivas associadas à liberdade de discurso.

5.1.3. Desenvolvimento no interior das categorias: Discursos difamatórios, comerciais e subversivos:

Difamação:

Até meados do século passado, ou para ser mais preciso, até o ano de 1964, discursos difamatórios passavam completamente ao largo do escopo protetivo da Primeira Emenda. Isso quer dizer que antes de *New York Times v. Sullivan*⁵²⁰ o sistema jurídico norte-americano colocava os *interesses reputacionais* de eventuais vítimas de discursos difamatórios num patamar muito superior àqueles relacionados à liberdade de discurso. Por esse motivo, funcionários e figuras públicas dispunham de um amplíssimo poder de fazer calar seus críticos, sobretudo em virtude do fato de o ônus probatório recair integralmente sobre os supostos infratores, que viam-se então diante da árdua missão de provar que suas afirmações eram verdadeiras⁵²¹.

Resumidamente, os fatos que deram origem a *Sullivan* (e que já foram expostos na seção 4.1.3) foram estes: o comissário da cidade de Montgomery, Alabama, processou o jornal *The New York Times* após o periódico nova-iorquino ter publicado numa de suas edições um manifesto em prol dos direitos civis da população negra, onde constavam também declarações reconhecidamente falsas sobre a truculência policial naquela cidade. Revertendo a decisão da instância inferior (Suprema Corte do Alabama), que havia condenado o jornal ao pagamento de danos punitivos no valor de 500 mil dólares, a Suprema Corte acabou por formular o chamado “*actual malice*” test: teste segundo o qual a difamação de autoridades públicas só poderia servir como base para condenação de reparação/responsabilidade civil (*liability*) se ficasse comprovado que o responsável pelo

⁵¹⁸ Note: The Demise of the "Chaplinsky" Fighting Words Doctrine: An Argument for Its Interment Source. Op. Cit. P. 1132.

⁵¹⁹ Greenawalt, Kent (1995). Op. Cit. P. 51.

⁵²⁰ 376 U.S. 254 (1964).

⁵²¹ Libel: Protecting Vital Political Speech. First Amendment Watch, Jan. 6, 2018. Acessado em: <https://firstamendmentwatch.org/libel-new-york-times-v-sullivan-sets-standard/>.

discurso difamatório tinha conhecimento da falsidade do que foi dito, ou que agira com imprudência quanto à veracidade do conteúdo de sua mensagem⁵²².

A decisão unânime da Corte, mas principalmente o voto que Justice Brennan escrevera em nome da maioria, foram bastante festejados pelos entusiastas da liberdade de discurso: Kalven Harry Jr., aliás, a exaltou como “a mais importante decisão jamais produzida no domínio da Primeira Emenda”⁵²³. Já em relação à sua melhor interpretação, entretanto, o consenso parece não ter sido o mesmo: Melville B. Nimmer a tomou como uma solução ao impasse entre o balanceamento e o absolutismo, ou ainda, como o gérmen do *balanceamento definicional*⁵²⁴; Daniel Farber e Philip P. Frickey a consideraram um exemplo da *razão prática* aplicada ao processo decisório constitucional⁵²⁵; o próprio Kalven Harry Jr., finalmente, pensou nela como uma verdadeira expressão do “significado central” da Primeira Emenda, que segundo ele consistia na garantia do controle das ações dos governantes pelos governados⁵²⁶. Em todo o caso, e apesar das divergências no que diz respeito ao seu sentido mais profundo, o resultado ao qual a Corte chegou em *Sullivan* certamente representou um afastamento - ao menos no domínio dos discursos difamatórios⁵²⁷ - daquele tipo de raciocínio decisório característico da Teoria dos Dois Níveis⁵²⁸. O mesmo se infere quando atentamos para a tão citada passagem escrita por Justice Brennan naquela oportunidade: “(...) libel can claim no talismanic immunity from constitutional limitations. *It must be measured by standards that satisfy the First Amendment*”⁵²⁹. (Os grifos são meus).

Reparem que o que estava em jogo em *Sullivan*, de modo diverso do que se deu nos casos envolvendo discursos obscenos e combativos, não era propriamente uma

⁵²² 376 U.S. 254, 279-80 (1964): “The constitutional guarantees require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with ‘actual malice’ - that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not.”

⁵²³ Kalven Harry Jr (1964). Op. Cit. 194.

⁵²⁴ Cf. Nimmer, Melville B. The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy. 56 CALIF. L. REV. 935 (1968).

⁵²⁵ Cf. Farber, Daniel A.; Frickey, Philip P. Practical Reason and the First Amendment. 34 UCLA L.Rev.1615 (1986)

⁵²⁶ Kalven Harry Jr (1964). Op. Cit.

⁵²⁷ Faço essa ressalva pois, como Steven Shiffrin bem observou, em alguns domínios da Primeira Emenda, como no domínio dos discursos obscenos, a teoria dos dois níveis ainda sobrevive. Cf. Shiffrin, Steven H (1978). P.916: “It is now clear that a variant of the clear and present danger is solidly entrenched in a portion of the Court’s first amendment theory and that **the two-level approach to first amendment analysis is alive and well** [Shiffrin menciona aqui *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973)].

⁵²⁸ Kalven Harry Jr (1964). Op. Cit. P. 218: “The special logic of Chaplinsky, Beauharnais, and Roth may well disappear now that the Times opinion is on the books.”

⁵²⁹ 376 U.S. 254, 269 (1964).

disputa sobre a melhor definição a ser dada ao conceito jurídico “difamação”. No que respeita ao seu significado, todos estavam mais ou menos de acordo: difamação correspondia a declarações falsas que feriam a reputação de outrem⁵³⁰. O que ali se discutia, em vez disso, era qual a *força protetiva* mais apropriada a ser conferida a discursos (indiscutivelmente) difamatórios e endereçados a autoridades públicas; colocando de outra forma, os Justices não estavam ali se engajando numa atividade de demarcação do escopo da categoria dos discursos difamatórios, e sim numa função de *calibragem* do nível de proteção a ser outorgado a discursivos que inegavelmente caíam sob o jugo daquela categoria⁵³¹.

A leitura do voto de Justice Brennan também nos revela que por detrás do “*actual malice*” test havia uma preocupação com a criação de uma “margem de erro” (*buffer zone*) – representada pela *proteção estratégica* oferecida a todo um conjunto de discursos destituídos de valor constitucional (*false factual statement*) – com o propósito último de garantir que o “robusto e desinibido debate de questões públicas”⁵³² não fosse arrefecido (*chilling*) pela imposição de um insuportável ônus aos meios de comunicação, obrigando-os a verificar e a garantir a veracidade de todas as informações por eles diariamente publicadas⁵³³.

Nos anos que se seguiram à *Sullivan*, foram pelo menos duas as oportunidades em que a Corte procurou conferir contornos mais precisos ao “*actual malice*” test. Na primeira delas, num caso em que o periódico *The Saturday Evening Post* publicou reportagem denunciando o ex-técnico de futebol americano universitário Wally Butts de

⁵³⁰ Nos Estados Unidos colonial, contudo, o elemento “falsidade” não era condição necessária para reputar uma declaração que ferisse a honra do Rei da Inglaterra ou de líderes da colônia como difamatórias. Cf. Hudson, David L. Jr. Libel and Defamation. Freedom Forum Institute, Sept. 12, 2002. Acessado em: <https://www.freedomforuminstitute.org/first-amendment-center/topics/freedom-of-the-press/libel-defamation/>

⁵³¹ Justice Black, por exemplo, produziu uma opinião concorrente justamente por discordar do nível de proteção que a maioria conferiu aos discursos difamatórios (“*actual malice*” test). Conforme pensava Black, a Corte poderia ter ido mais longe e ajustado o interior da categoria de modo que os *todos* os discursos produzidos contra autoridades públicas fossem *sempre* protegidos. 376 U.S. 254, 293 (1964): “Unlike the Court, therefore, I vote to reverse exclusively on the ground that the Times and the individual defendants had an absolute, unconditional constitutional right to publish in the Times advertisement their criticisms of the Montgomery agencies and officials”.

⁵³² 376 U.S. 254, 270 (1964).

⁵³³ 376 U.S. 254, 270-72 (1964): “Thus we consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials. (...) That **erroneous statement is inevitable in free debate**, and that it must be protected if the freedoms of expression are to have the ‘**breathing space**’ that they ‘need . . . to survive’. (Os grifos são meus). Cf. Schauer, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the “Chilling Effect”. 58 B.U.L. Rev. 685 (1978). P.705-714.

envolvimento num esquema de apostas (*game-fixing*)⁵³⁴, a Corte estendeu a proteção da Primeira Emenda a discursos difamatórios proferidos contra figuras públicas.

Já em *Gertz v. Robert Welch, Inc.*⁵³⁵, os limites do teste, bem como a diferenciação entre personalidades “públicas” e “privadas”, foram estabelecidos com maior clareza. Elmer Gertz era um conhecido advogado que fora contratado por uma família de um jovem rapaz que havia sido assassinado por Richard Nuccio, um agente policial. Após a condenação de Nuccio, e pela simples razão de ter aceitado representar a família num processo contra um “representante da lei”, Gertz foi acusado pela revista conservadora *American Opinion* de colaboração na produção de falsas evidências contra Nuccio, como também de ser comunista e leninista. Indignado com as falsas acusações, Gertz então processou o periódico. Diante desse caso, a Corte teve que decidir, antes de tudo, sobre o *status* do conhecido advogado, para, ato contínuo, definir os *standards* de prova aplicáveis às suas pretensões reparatorias. No começo, distinguiu-se personalidades públicas de personalidades privadas usando como critérios (a) o fato de as primeiras desfrutarem de maior acesso aos canais de comunicação para se defenderem de acusações difamatórias⁵³⁶ e, além disso, de (b) terem *voluntariamente* assumido o risco de um maior escrutínio por parte do público⁵³⁷. De acordo com tais critérios Gertz foi classificado como uma personalidade privada, sobre ele recaindo assim um ônus probatório muito menos estridente do que aquele imposto a autoridades e personalidades públicas (qual seja, responsabilização civil pela simples demonstração de culpa)⁵³⁸.

Discurso Comercial:

O movimento em direção à uma postura decisória que deixasse de lado rótulos inflexíveis, e que, com isso, conferisse algum nível de proteção a discursos tidos como de “menor valor social”, também pôde ser sentido no âmbito do discurso comercial. A categoria dos discursos comerciais não constava na lista de *Chaplinsky*; porém, não demorou mais do que algumas semanas para que àquela classe fosse negado qualquer amparo constitucional. Em *Valentine v. Chrestensen*⁵³⁹, um caso sobre panfletagem

⁵³⁴ *Curtis Publishing Company v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967).

⁵³⁵ 418 U.S. 323 (1974).

⁵³⁶ 418 U.S. 323, 344 (1974).

⁵³⁷ 418 U.S. 323, 344 (1974).

⁵³⁸ 418 U.S. 323, 352 (1974): “We therefore conclude that the New York Times standard is inapplicable to this case and that the trial court erred in entering judgment for respondent. Because the jury was allowed to impose liability without fault and was permitted to presume damages without proof of injury, a new trial is necessary”.

⁵³⁹ 316 U.S. 52 (1942)

comercial em locais públicos, a Suprema Corte decidiu unanimemente que discursos comerciais não faziam parte do conjunto de atividades protegidas pela Primeira Emenda. No começo da década seguinte, em *Breard v. Alexandria*⁵⁴⁰, a Corte julgou mais uma vez pela constitucionalidade de lei que regulava discursos comerciais, confirmando, portanto, a condenação de Jack H. Breard, um representante de corporação estrangeira que oferecia de porta em porta assinaturas de revistas e periódicos nacionais.

Desse modo, a publicidade comercial costumava receber idêntico tratamento constitucional àquele despendido a práticas comerciais desprovidas de qualquer valor comunicativo, tal como a fixação de preços ou a negociação de termos contratuais⁵⁴¹. A situação começou a mudar em *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*⁵⁴², oportunidade em que a Corte teve que decidir a respeito da constitucionalidade de ato normativo que proibia farmacêuticos licenciados de anunciar remédios vendidos sob prescrição médica. Conforme ali se determinou, alguns discursos comerciais, como aqueles manifestamente falsos e enganosos, poderiam ser objetos de regulação estatal; noutros casos, porém, especialmente nas situações em que o livre fluxo de informações comerciais fosse reputado como de interesse dos indivíduos e da sociedade como um todo, o governo via-se limitado em sua pretensão restritiva⁵⁴³. Em poucas palavras, a importância de *Virginia State Board* reside no de fato de ali ter se determinado pela primeira vez a aptidão de discursos comerciais em servirem como *instrumentos* para o alcance das justificativas subjacentes à liberdade de discurso⁵⁴⁴ e, em razão disso, de a Corte tê-los finalmente recepcionado no conjunto de atividades comunicativas merecedoras de ao menos *algum nível de proteção*⁵⁴⁵.

O mesmo raciocínio decisório que guiou *Virginia State Board*, isto é, a de que discursos comerciais possibilitam em alguma medida a consecução dos objetivos mais

⁵⁴⁰ 341 U.S. 622 (1951).

⁵⁴¹ Farber, Daniel A. (2009). Op. Cit. P.923.

⁵⁴² 425 U.S. 748 (1976).

⁵⁴³ 425 U.S. 748, 765 (1976).

⁵⁴⁴ 425 U.S. 748, 765 (1976): “Therefore, even if the First Amendment were thought to be primarily an instrument to enlighten public decisionmaking in a democracy, we could not say that the free flow of [commercial] information does not serve that goal”

⁵⁴⁵ 425 U.S. 748, 748 (1976): “‘Commercial speech’ is not wholly outside the protection of the First and Fourteenth Amendments, and the Virginia statute is therefore invalid”. Cf. Deutsch, Norman T. Professor Nimmer Meets Professor Schauer (and Others): An Analysis of ‘Definitional Balancing’ as a Methodology for Determining the ‘Visible Boundaries of the First Amendment’”. Akron Law Review, Vol. 39, No. 1 (2006). P. 513: “(...) the Court [in *Virginia State Board of Pharmacy*] expanded the scope of speech included within the First Amendment, and that it did so based on speech values rather than on a comparative balancing of interest”.

profundos da Primeira Emenda, também governou julgamentos seguintes como *Carey v. Population Services International*⁵⁴⁶ e *Linmark Associate, Inc. v. Township of Willingboro*⁵⁴⁷. Atualmente, contudo, o paradigma a que a maior parte dos processos constitucionais envolvendo discursos comerciais ascende é o que foi estabelecido em *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission*⁵⁴⁸.

Em meio a uma crise energética, a Comissão de Serviços Públicos de Nova Iorque ordenou que empresas de produção e distribuição de energia elétrica (*electric utility*) se abstivessem de anunciar seus serviços. Apoiando-se em argumentos ligados à liberdade de discurso, a *Central Hudson Gas & Electric Corp.* contestou a decisão administrativa da Comissão. Diante desses fatos, a Suprema Corte formulou um teste composto por quatro etapas que, embora continue a ser objeto de inúmeras críticas, sobrevive quase sem nenhuma alteração até os dias atuais. Este é o teste:

“At the outset, [1] we must determine whether the expression is protected by the First Amendment. For commercial speech to come within that provision, it at least must [a] concern lawful activity and [b] not be misleading. Next, [2] we ask whether the asserted governmental interest is substantial. If both inquiries yield positive answers, we must determine [3] whether the regulation directly advances the governmental interest asserted, and [4] whether it is not more extensive than is necessary to serve that interest.”⁵⁴⁹

A primeira etapa é uma herança de *Virginia State Board of Pharmacy*: nela, o joio é separado do trigo, o que é dizer, a publicidade comercial detentora de valor constitucional (isto é, as atividades comerciais consideradas como “discursos” sob a perspectiva das razões substantivas da Primeira Emenda) é identificada e isolada das práticas desprovidas de qualquer importância comunicacional. As três etapas seguintes compõem a estrutura de um *balanceamento* decisório: de início, o interesse estatal deve ser substancial; depois, exige-se da regulação que ela seja capaz de promover o interesse declarado (adequação); e, por último, reclama-se que ela não seja mais extensa do que o necessário para o alcance daquele interesse (necessidade).⁵⁵⁰ O teste então proporciona à

⁵⁴⁶ 431 U.S. 678 (1977). [Suprema Corte julgou inconstitucional lei estadual que proibia publicidade de produtos contraceptivos].

⁵⁴⁷ 431 U.S. 85 (1977). [Suprema Corte invalidou lei que regulava anúncios imobiliários do tipo “for-sale”].

⁵⁴⁸ 447 U.S. 557 (1980).

⁵⁴⁹ 447 U.S. 557, 566 (1980).

⁵⁵⁰ Essa última etapa, caracterizada originalmente pela exigência imposta à regulação pela busca do “meio menos restritivo ao discurso”, foi aliviada posteriormente em *Board of Trustees of State University of New York v. Fox*, 492 U.S. 469 (1989) e *Greater New Orleans Broadcasting Association v. United States*, 527 U.S. 173 (1999), quando se entendeu que “a fit that is not necessarily perfect, but reasonable; that

pretensão governamental duas opções restritivas ou, como Schauer as chama, dois “caminhos à não-proteção”⁵⁵¹, nomeadamente: (a) o caminho da “não cobertura” (*uncovered speech*)⁵⁵², pelo qual o discurso comercial é simplesmente excluído do escopo protetivo da Primeira Emenda em razão de ser falso, enganoso ou de promover produtos ilegais e (b) o caminho através do qual o governo intenta demonstrar que os seus interesses regulatórios superam aqueles associados à liberdade de discurso (*outweighing the first amendment*)⁵⁵³

As críticas a que fiz menção logo acima são de pelo menos duas naturezas distintas: diz-se, de um lado, que o *Central Hudson test* confere aos tribunais excessiva discricionariedade na determinação do que conta como um “interesse substancial”, bem como nos exames de adequação e necessidade da regulação *vis-à-vis* seus propósitos aventados⁵⁵⁴; de outro lado, afirma-se que o teste como um todo dá margens a que o Estado aja *paternalisticamente*, dado que a regulação do acesso a certas informações busca, o mais das vezes, desincentivar um tipo de comportamento que o poder governamental tem como prejudicial à sociedade (e.g., controle da publicidade sobre energia elétrica com vistas a diminuir seu consumo em tempos de crise energética)⁵⁵⁵. Críticas à parte, deve-se notar que os precedentes de *Virginia* e *Central Hudson* são suficientes para nos convencer de que a Suprema Corte reputa a categoria dos discursos comerciais como merecedora de *algum nível de proteção*⁵⁵⁶. No que tange ao mais adequado nível de proteção a ser conferido a anúncios e propagandas que dispõem de ao menos algum valor social, parece não existir inteiro consenso⁵⁵⁷. O mesmo seria dizer que o problema do *escopo do direito* foi resolvido, mas que problemas de *calibragem da força protetiva* ainda existem.

Discurso subversivo:

represents not necessarily the single best disposition but one whose scope is in proportion to the interest served” já bastava para a superação da quarta exigência do teste.

⁵⁵¹ Cf. Schauer, Frederick (1982). Op. Cit. P. 299-308.

⁵⁵² Idem. P. 302-04.

⁵⁵³ Idem. P. 304-306.

⁵⁵⁴ Baker, C. Edwin. The First Amendment and Commercial Speech. *Faculty Scholarship at Penn Law*. 176. (2009). P.983.

⁵⁵⁵ Ibidem. P.983-84.

⁵⁵⁶ Farber, Daniel A. (2009). Op. Cit. P.924: “What was once considered beneath the notice of the First Amendment now vies for a level of protection akin to core speech”.

⁵⁵⁷ Baker, C. Edwin (2009). Op. Cit. P. 983: “Ever since Virginia Board, both before and after Central Hudson, the Court has swung back and forth between weaker and stronger protection of commercial speech”.

Grande parte do que aqui poder-se-ia dizer a respeito da evolução da categoria dos discursos subversivos – isto é, de manifestações que incitam ações violentas e ilegais – já foi exposta no capítulo anterior, momento em que descrevi: (a) o desenvolvimento do *clear and present danger test* como parâmetro decisório em casos envolvendo atividades discursivas que contrariavam o *Espionage Act* de 1917⁵⁵⁸; (b) a modificação pela qual o teste de Holmes passou em *Dennis v. United States*⁵⁵⁹, principalmente em razão da influência que as opiniões de Judge Learned Hand tiveram sobre aquele caso; e, finalmente, (c) a utilização da metodologia do balanceamento com vistas a controlar o que durante o Macarthismo se acreditou ser uma “ameaça vermelha”⁵⁶⁰. Sendo assim, sigo direto ao julgamento responsável pela *estabilização da metodologia decisória* da classe dos discursivos subversivos, como também pela maior proteção que tais atividades passaram então a gozar.

Foi em *Brandenburg v. Ohio*⁵⁶¹ que a Suprema Corte adotou uma *metodologia decisória mais categórica* para tratar de assuntos relacionados a manifestações que instigavam o uso da violência ou a prática de ações ilegais⁵⁶². Os fatos ali foram os seguintes: Clarence Brandenburg, líder da Ku Klux Klan, foi condenado nos termos de legislação penal de Ohio por realizar um efusivo discurso num comício organizado por aquela seita. A fala de Brandenburg continha uma vasta gama de termos racialmente derogatórios, além de prometer uma “ação de revanche” caso o governo continuasse a “subjugar a raça caucasiana”. Numa decisão *Per Curiam*, a Corte elaborou um teste bipartite, condicionando a proibição do discurso subversivo à comprovação de que ele fosse: (1) dirigido a incitar ou produzir uma *ação ilegal iminente*; e (2) *provável* a incitar ou produzir tal ação⁵⁶³. E, mobilizando tal teste para avaliar a legalidade da conduta de Brandenburg, a Corte acabou por reverter a sua condenação.

Nas décadas que se seguiram, foram inúmeras as oportunidades em que a Corte ratificou a validade do *Brandenburg test*, com especial destaque a *Hess v. Indiana*⁵⁶⁴,

⁵⁵⁸ Cf. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919); *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

⁵⁵⁹ 341 U.S. 494 (1951).

⁵⁶⁰ Cf. *American Communication Association v. Douds*, 339 U.S. 382 (1950); *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951); *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959); *Konigsberg v. State Bar*, 366 U.S. 36 (1961); *Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Bd.*, 367 U.S. 1 (1961).

⁵⁶¹ 395 U.S. 444 (1969).

⁵⁶² Farber, Daniel A. (2009). Op. Cit. P. 921.

⁵⁶³ 395 U.S. 444, 447 (1969): “(...) the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action”.

⁵⁶⁴ 414 U.S. 105 (1973).

*NAACP V. Claiborne Hardware Co.*⁵⁶⁵ e *Steward v. McCoy*⁵⁶⁶. No mais, o teste serviu como modelo para desenvolvimento de parâmetros decisórios em outras categorias discursivas, além de, em virtude de sua estridência, ter alcançado eliminar do cenário político o risco de perseguição que há muito pairava sobre a cabeça daqueles que ousavam levantar suas vozes contra o governo. Como colocou Daniel Farber:

“This is one area [advocacy of illegal action] where the categorical approach has been highly successful as a method for protecting speech. After *Brandenburg*, the Court has rarely had to return to this issue, and prosecutions against subversive speech seem to have dried up. (...) [f]rom the Vietnam era to the present, this issue has disappeared. Eliminating this type of abuse is a real judicial achievement. By announcing a clear, rule-based test, the Court decisively shut the door on a historic pattern of abusive government regulation”⁵⁶⁷

5.1.4. Os últimos refúgios de *Chaplinsky*: pornografia infantil e “ameaças reais”:

Como pretendi tornar evidente ao longo deste capítulo, as categorias que em *Chaplinsky* passavam completamente ao largo do escopo protetivo da Primeira Emenda foram gradativamente recebendo algum grau de proteção constitucional, seja porque os seus contornos se tornaram cada vez mais bem definidos, seja porque uma série de qualificações, exceções, princípios, regras e presunções começaram a modelar o interior de suas coberturas protetivas. Há, todavia, duas exceções a esse movimento, representadas nas categorias da pornografia infantil e das chamadas “ameaças reais” (*true threats*).

Pornografia infantil:

Vale a pena lembrar o que se deu em *New York v. Ferber*: em 1977 o poder legislativo de Nova Iorque, em companhia de outros estados federativos, proibiu a produção e distribuição de representações visuais que exibissem crianças (menores de dezesseis anos) envolvidas em algum tipo de conduta sexual. O ato normativo promulgado em Nova Iorque levantava uma série de delicadas questões constitucionais, especialmente por autorizar a censura de materiais que, embora exibissem crianças engajadas em performances sexuais, não poderiam ser caracterizados como obscenos segundo os termos do *Miller test* (porque o material dispunha de algum valor artístico,

⁵⁶⁵ 458 U.S. 886 (1982).

⁵⁶⁶ 537 U.S. 993 (2002).

⁵⁶⁷ Farber, Daniel A. (2009). Op. Cit. P. 921.

por exemplo). Em síntese, Paul Ferber, comerciante de livros em Manhattan, foi preso em flagrante ao vender a um agente policial disfarçado dois filmes onde se viam jovens rapazes se masturbando.

Conforme fez notar o poder governamental, seus interesses regulatórios não tinham nada a ver como o eventual impacto comunicativo que a pornografia infantil poderia gerar em seus consumidores - ou na sociedade como um todo -, mas, em vez disso, diziam respeito exclusivamente à preocupação com a integridade física e psicológica das crianças utilizadas no processo de produção daquele material⁵⁶⁸. A Corte tomou em alta conta os argumentos levantados pelo Estado, reconhecendo em seguida que o *Miller test*, planejado unicamente para excluir da cobertura da Primeira Emenda discursos destituídos de qualquer valor à sociedade, desconsiderava por completo as mais do que legítimas preocupações com o bem-estar dos imberbes modelos empregados naquele subgênero da indústria pornográfica: afinal, do o ponto de vista de segurança física e emocional das crianças e adolescentes, o valor artístico, literário, político ou científico do material produzido mostrava-se completamente irrelevante⁵⁶⁹.

Consequentemente, o que a Corte fez em *Ferber* foi forjar uma nova categoria discursiva – a categoria da pornografia infantil – que guardava pouquíssimas semelhanças com a categoria da obscenidade tal como delineada em *Miller*: para a sua censura, tornou-se *totalmente prescindível* que o material pornográfico (a) “apelasse ao interesse lascivo”, (b) fosse “patentemente ofensivo”, (c) ou que, percebido em sua inteireza, fosse carente de qualquer um dos valores acima citados⁵⁷⁰. Com efeito, houve em *Ferber* aquilo que poderíamos chamar de “salto categorial”, isto é: um conjunto de atos discursivos (pornografia infantil) que até então achava-se contido num conjunto maior de atos (discursos obscenos), ganhou, em relação a ele, plena autonomia, tornando-se com isso uma categoria discursiva independente. Desde então a Corte não só tem visto a categoria da pornografia infantil como um dos últimos refúgios do raciocínio dualista *à la*

⁵⁶⁸ Schauer, Frederick (1982). Op. Cit. P. 291.

⁵⁶⁹ Ibidem. P. 292.

⁵⁷⁰ Ibidem. P. 295.

*Chaplinsky*⁵⁷¹, como tem também ampliado as suas fronteiras de “não-proteção” para abarcar certas atividades correlatas⁵⁷².

Ameaças reais (*true threats*):

Recentemente, a Corte resolveu não mais deixar a pornografia infantil desacompanhada no conjunto de discursos *categoricamente* excluídos da Primeira Emenda. A ela se somou à categoria das “ameaças reais” (*true threats*), tipo discursivo assim definido pela Corte em *Virginia v. Black*:

“True threats encompass those statements where the speaker means to communicate a serious expression of an intent to commit an act of unlawful violence to a particular individual or group of individuals. *The speaker need not actually intend to carry out the threat*. Rather, a prohibition on true threats ‘*protects individuals from fear of violence*’ and ‘*from the disruption that fear engenders*’, in addition to protecting people ‘from the possibility that the threatened violence will occur’. Intimidation in the constitutionally proscribable sense of the word is a type of true threat, where a speaker directs a threat to a person or group of persons with the intent of placing the victim in fear of bodily harm or death”⁵⁷³. (Os grifos são meus).

Disto se infere que o precisa ser “real” nas *true threats* não é propriamente a capacidade daquele que realizou a ameaça em executá-la no plano concreto, nem mesmo

⁵⁷¹ Devo admitir que quanto à conclusão a que cheguei nesta subseção, qual seja, a que a pornografia infantil corresponderia a um dos últimos refúgios da lógica decisória de *Chaplinsky*, afasto-me da interpretação oferecida por Frederick Schauer sobre esse assunto. Schauer é enfático ao afirmar que em *Ferber* o “caminho doutrinário para não-proteção” [*doctrinal path to nonprotection*] seguido pela Corte não foi aquele da não cobertura [*uncovered speech*], e sim o do reconhecimento de que o material pornográfico seria possuidor de um “valor discursivo mínimo” [*less valuable speech*]. O autor baseia o seu argumento em algumas passagens da decisão que dão a entender que o discurso em análise é possuidor de *algum* valor, mas que, ainda assim, esse valor seria irrisório quando comparado aos interesses governamentais em jogo. Cf. Schauer, Frederick (1982). Op. Cit. P. 304: “(...) the discussion of state interest in *Ferber* seems premised on emphasizing the particularly overwhelming nature of that interest, and no such showing would be required if child pornography itself were not encompassed by the First Amendment”. Todavia, minha conclusão é fiel àquilo que muitos autores julgam ser o *status* da pornografia infantil no processo decisório da Primeira Emenda. Cf. Farber, Daniel (2009). Op. Cit. P. 924.

⁵⁷² Cf. *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990): Corte entendeu que a Primeira Emenda não impedia que estado criassem leis para punir a *posse* de pornografia infantil. Todavia, em *Ashcroft v. Free Speech Coalition* [535 U.S. 234 (2002)], ao julgar como inconstitucional uma série de leis que proibiam “pornografia infantil virtual” – isto é, pornografia cujo os atores *parecem* ser menores de idade, mas que na realidade são adultos –, a Suprema Corte claramente se recusou a estender ainda mais as fronteiras daquela categoria.

⁵⁷³ 538 U.S. 343, 359-60 (2003).

a sua intenção de assim o fazer; em vez disso, o que deve ser “real” é a intenção do falante de que seu discurso seja *interpretado* como uma verdadeira ameaça. Em outras palavras, o bem jurídico que se quer proteger corresponde à tranquilidade emocional das possíveis vítimas de intimidações, que, com a exclusão da categoria do âmbito de proteção da liberdade de discurso, ver-se-ão garantidos contra o sentimento de medo consequente das “ameaças reais”.

No entanto, essa parece ser apenas uma das muitas maneiras de interpretar *Virginia v. Black*: ainda resta uma série de questões a serem esclarecidas, tanto no que diz respeito ao nível de intenção necessário para que um discurso seja considerado como uma “ameaça real”, como no que concerne à maneira de verificá-lo (isto é, verificar o nível de intenção). Afinal, é preciso mesmo provar que o falante *subjetivamente* pretendia intimidar o público alvo? Se sim, como fazê-lo? Não seria mais apropriado avaliar se o discurso, a despeito da intenção subjetiva do falante, pode ser *razoavelmente interpretado* como uma ameaça? Se sim, para quem ele deve ser razoavelmente visto como uma ameaça? Quais são os parâmetros? Seriam aqueles do receptor da mensagem, aqueles do próprio falante ou aqueles de um hipotético “cidadão médio”? Em *Virginia* não é possível encontrar respostas claras a estas questões, de modo que as instâncias inferiores veem-se obrigadas a preencher tais lacunas com suas próprias interpretações⁵⁷⁴.

5.2. Forma e Substância na categorização: Frederick Schauer e a Categorização em três atos:

Em seus escritos mais gerais sobre regras e formalismo metodológico, Frederick Schauer costuma enfatizar que a formulação autoritativa de uma regra é condição suficiente para orientar eficazmente o comportamento de seus destinatários⁵⁷⁵: regras simples do tipo: “É proibida a entrada de cachorros no estabelecimento” ou “Não ultrapasse 80 quilômetros por hora” providenciam um conteúdo semântico inteligível⁵⁷⁶ -ou aquilo que R. Summers e Atiyah chamaram “conteúdo altamente formal”⁵⁷⁷ - com

⁵⁷⁴ Cf. Hudson, David L. Jr. True Threats and the First Amendment. Freedom Forum Institute. May 12, 2008. Acessado em: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1025/true-threats>.

⁵⁷⁵ Schauer, Frederick. *Playing by the Rules: a philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press. 1991. P. 22-23.

⁵⁷⁶ Cf. Ernest J. Weinrib. *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*. 97 Yale L.J. (1998): Weinrib chama de *racionalidade* à inteligibilidade do conteúdo semântico de uma regra.

⁵⁷⁷ S. Atiyah and Summers, Robert, S. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions*. Clarendon Press; New York: Oxford University Press (1987) P.13-14.

base no qual torna-se possível determinar com precisão quando ela é respeitada ou desrespeitada.⁵⁷⁸

De outro modo, em seus trabalhos mais específicos sobre a Primeira Emenda, Schauer com frequência destaca que *linguagem constitucional não é coextensiva à linguagem ordinária*⁵⁷⁹. Ao que lhe parece, conceitos constitucionais complexos são *termos teoricamente carregados*, o que faz com que tenhamos que transcender o seu contexto de proferimento para que possamos interpretá-los⁵⁸⁰. Em suas próprias palavras: “‘Freedom of speech’ and ‘equal protection of the law’ (...) *send us outside of the legal domain and into the moral or the political*”⁵⁸¹ (Grifos no original).

Por conseguinte, me parece que a metodologia decisória que Schauer acredita descrever com maior grau de precisão o lugar que regras ocupam em sistemas jurídicos modernos⁵⁸², isto é, o que ele chama de *positivismo (ou formalismo) presumido*⁵⁸³, é menos ajustável à jurisdição constitucional da Primeira Emenda. E isso ocorre porque - como o próprio autor admite na passagem transcrita no último parágrafo -, no que respeita à “liberdade de discurso”, não há uma interpretação “literal e amplamente acontextual”⁵⁸⁴ a que se possa outorgar uma *presunção de correção*.

À vista disso, Schauer admite repetidamente ao longo de sua produção acadêmica que o recurso aos “fundamentos teóricos da liberdade de discurso” – ou àquilo que aqui me referi por *razões substantivas* – permeia todas as etapas do processo decisório da Primeira Emenda⁵⁸⁵. Isso não significa, porém, que o autor tenha simplesmente se resignado a abrir

⁵⁷⁸ Schauer, Frederick (1991). Op. Cit. P. 62-68.

⁵⁷⁹ Schauer, Frederick (1979). Op. Cit. 900. Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P.273: (...) the constitutional definition of the word ‘speech’ carves out a category that is not coextensive with the ordinary language meaning of the word ‘speech’.”

⁵⁸⁰ Schauer, Frederick (1982b). Op. Cit. P. 827.

⁵⁸¹ Ibidem.

⁵⁸² Schauer, Frederick (1991). Op. Cit. P. 206: “(...) **presumptive positivism** may be the most accurate picture of the place of rules within many modern systems”. (Os grifos são meus).

⁵⁸³ Schauer, Frederick. Formalism. 97 Yale L.J. (1988). P.547: “Under such a theory of presumptive formalism there would be a presumption in favor of the result generated by the literal and largely acontextual interpretation of the most locally applicable rule. Yet that result would be presumptive only, subject to defeasibility when less locally applicable norms, including the purpose behind the particular norm, and including norms both within and without the decisional domain at issue, offered especially exigent reasons for avoiding the result generated by the presumptively applicable norm”.

⁵⁸⁴ Ibidem.

⁵⁸⁵ Segundo Schauer, a linguagem constitucional deve ser encarada como uma forma de *linguagem técnica*. Por isso, a exemplo do que acontece com as linguagens próprias a outros domínios complexos- como os domínios das ciências naturais, da biomedicina e da teoria artística -, *a linguagem constitucional deve ser interpretada com referência ao seu contexto e aos seus propósitos específicos*. Cf. Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P 269. Ainda, a linguagem constitucional é única porque pressupõe a existência de uma constituição, o que é dizer, ela incorpora certas “pressuposições particulares que dizem respeito ao papel

mão de todas as vantagens sistêmicas atreladas a uma postura decisória mais formalista - e.g., previsibilidade; separação dos poderes; garantia de não arbitrariedade dos julgamentos; eficiência em termos de tempo e custos decisórios⁵⁸⁶-, em prol de um *particularismo decisório*. Em vez disso, e a partir de um exercício de reconstrução racional da jurisprudência da Primeira Emenda⁵⁸⁷, ele se esforça em nos apresentar o *método da categorização*, não mais como uma simples alternativa ao balanceamento decisório, mas sim como uma *técnica de “organização do raciocínio decisório”*⁵⁸⁸ cuja maior vantagem consiste em possibilitar que o acesso a razões substantivas da liberdade de discurso seja conformado a uma série de “filtros formais”.

À semelhança de uma peça em três atos⁵⁸⁹, Schauer desdobra a atuação do raciocínio da categorização em três etapas do procedimento decisório da Primeira Emenda. A primeira delas consiste no “*inevitável* processo de delineamento da cobertura da Primeira Emenda”⁵⁹⁰; a segunda corresponde ao processo de criação de subcategorias no interior do (previamente já) delineado escopo protetivo⁵⁹¹, enquanto que a terceira é a responsável pela determinação do grau de proteção específico a ser prescrito a cada uma daquelas subcategorias⁵⁹².

de uma constituição em um dado sistema jurídico”. Schauer, Frederick (1982b). Op. Cit. P. 803. Isso significa que a interpretação constitucional deve sempre estar atenta à função desempenhada por uma Constituição na *restrição do escopo do poder e da ação governamental*. Schauer, Frederick (1979). Op. Cit. P. 909. Dworkin compartilha desta ideia de função constitucional, vez que, conforme pensa, se é verdade haver entre o direito e a “coerção oficial” uma íntima relação, isso significa que a Constituição deve impor *critérios mínimos de justificação* para o exercício do poder coercitivo por parte do Estado. Dworkin, Ronald. O Império do Direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014, P. 49-51.

⁵⁸⁶ Schauer, Frederick (1988). Op. Cit. P. 547; Schauer, Frederick (1991). Op. Cit. P. 135-166.

⁵⁸⁷ Por “reconstrução racional” quero enfatizar o aspecto duplo, isto é, normativo e descritivo, do projeto de Schauer. Referindo-se a proposta teórica de Alexy, Luis Fernando Schuartz descreveu sua “reconstrução racional” como uma “reconstituição e justificação das ‘regras’ que governam [a prática decisória do Tribunal Constitucional Alemão]. Trata-se de tornar explícito, articulado e operacionalizável um conjunto de regras cuja existência pode ser documentada empiricamente mas que, não obstante, serve também para fundar uma plataforma normativa a partir da qual a prática social da qual o conjunto é inferido pode ser avaliada como correta ou incorreta”. Schuartz, Luis Fernando. Nos Limites do Possível: “Balanceamento” entre Princípios Jurídicos e o Controle de sua Adequação na Teoria de Robert Alexy. In: Norma, Contingência e Racionalidade: Estudos Preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P.185.

⁵⁸⁸ Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P. 266: “I would thus like to cast aside any preconceptions about categorization as a first amendment technique and look instead at the way in which thinking about categories in general can help us to think clearly about a number of hard problems in first amendment methodology”.

⁵⁸⁹ A metáfora é do próprio autor, que intitula o seu artigo de “*Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*”. Schauer, Frederick (1981).

⁵⁹⁰ Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. 282.

⁵⁹¹ Ibidem. P.282-296.

⁵⁹² Ibidem. P.296-305.

5.2.1. Primeiro ato: delineamento da cobertura protetiva:

Em uma das muitas metáforas com as quais Schauer costuma colorir suas ideias, a dimensão da *força protetiva* de um direito é comparada à uma armadura de combate:

“If I am wearing a suit of armor, I am *covered* by the armor. This will *protect* me against rocks, but *not* against artillery fire. I can be wounded by artillery fire despite the fact that I am covered by the armor. But this does not make the armor useless. The armor does not protect against everything; but it serves a purpose because with it only a greater force will injure me”⁵⁹³.

Essa metáfora nos ajuda a ilustrar uma distinção que ocupa lugar central em seus escritos sobre a Primeira Emenda: a distinção entre a *cobertura* (ou escopo) de um direito e a sua *força protetiva*⁵⁹⁴. Prosseguindo com a metáfora, a “armadura da Primeira Emenda” torna o ônus argumentativo que o poder governamental deve superar para fazer valer suas pretensões restritivas algo consideravelmente maior, se bem que ainda assim transponível. Contudo, uma questão que *antecede logicamente* à avaliação da resistência efetiva da armadura da Primeira Emenda (isto é, de sua *força protetiva*), consiste em saber a quais tipos de atividades o equipamento está realmente à disposição. Algumas atividades discursivas sucumbem no decorrer de uma batalha jurídica, não porque suas armaduras constitucionais foram perfuradas pelo fogo inimigo dos interesses governamentais, mas sim por terem se lançado numa guerra sem qualquer tipo de proteção (ou melhor, sem qualquer tipo de proteção, ao menos por parte da Primeira Emenda)⁵⁹⁵.

⁵⁹³ Schauer, Frederick. Can Rights be Abused? *The Philosophical Quarterly*, Vol. 31, No. 124 (1981b). P.228-299.

⁵⁹⁴ Cf. Schauer, Frederick. The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience. 117 HARV. L. REV. (2004). P. 1767. Schauer, Frederick (1982). Op. Cit. P. 304; Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P. 276. Schauer, Frederick (1981b). Op. Cit. P. 288; Schauer, Frederick (1979). Op. Cit. P. 906.

⁵⁹⁵ Se quiséssemos nos deter um pouco mais nessa metáfora, seria possível dizer que *Chaplinsky*, por exemplo, não representou nada menos do que uma divisão entre “atividades para as quais a armadura constitucional ficaria sempre à disposição” e as “categorias discursivas destinadas a permanecer eternamente inermes”. Ainda, conforme destaquei no capítulo 3, a mesma divisão estanque (entre dentro e fora, tudo ou nada) se verificou no *absolutismo moderado*, que, buscando contornar os “contraexemplos irresistíveis” que arruinaram a sua versão radical, viram-se obrigados a de algum modo limitar a cobertura da Primeira Emenda. De mais a mais, e como Schauer fez questão de destacar, o processo de delineamento da Primeira Emenda é em última instância uma tarefa simplesmente inevitável, inclusive mesmo àquelas metodologias decisórias que não fazem parte da tradição definicional, como é o caso do balanceamento decisório. Schauer, Frederick (1979). Op. Cit. P. 904-905: “Take again the case of the ‘routine’ murder. If the defendant argues that the interests protected by the first amendment ought to be balanced against the state’s interest in punishing murder, the proper response is that there are no free speech to be balanced. (...)”

Haja vista que somente algumas atividades são abarcadas pela cobertura da Primeira Emenda, e que, consequentemente, ela “não consiste numa total proibição [a toda e qualquer] ação governamental”⁵⁹⁶, há de haver algum modo pelo qual o delineamento de seu escopo protetivo possa ser realizado. Na realidade, conforme descrevi na seção 2.2.3., abundam candidatos à esta tarefa, incluindo, de um lado, projetos teóricos que confiam em apenas um princípio substantivo para orientar o procedimento de circunscrição da cobertura (*teorias gerais/dedutivas*), e, do outro lado, *teorias ecléticas* para as quais o aspecto distintivo da liberdade de discurso só pode ser justificado com referência a um *feixe de valores substantivos* relacionados entre si⁵⁹⁷. Schauer é da opinião de que a justificação teórica da Primeira Emenda não é monotônica, o que significa que para ele a posição preferencial⁵⁹⁸ desse direito tem como alicerce mais de um valor substantivo⁵⁹⁹. A meu ver, o maior desafio enfrentado pelo autor é então descrever a maneira como tais princípios influem na prática jurisdicional da Primeira Emenda, sem cair num *particularismo decisório*. Antes disso, porém, ele costuma trazer à tona os equívocos de outros projetos metodológicos, dando especial atenção aos defeitos das teorias dedutivas gerais, como também aos erros associados ao subterfúgio à linguagem ordinária para delimitação do escopo protetivo do direito ao livre discurso⁶⁰⁰.

[d]efining the range of activities that require a first amendment analysis is essential to balancing as well as to any other approach”.

⁵⁹⁶ Ibidem. P. 902.

⁵⁹⁷ Percebam que o *projeto de delimitação do escopo protetivo* da liberdade de discurso pode ser igualmente descrito como um *projeto de justificação* do maior peso conferido à Primeira Emenda comparativamente ao nível de proteção outorgado a liberdades gerais [i.e., aquelas garantidas por um “princípio (mínimo) geral de liberdade”]. Conferir principalmente as seções 2.2.2 e 2.2.3 deste trabalho. Conferir também: Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge University Press (1982b); Greenawalt, Kent. *Free Speech Justifications*. *Columbia Law Review*. Vol. 89, No. 1 (1989).

⁵⁹⁸ Ou o que ele chama de o aspecto *excepcional* da Primeira Emenda; Cf. Schauer, Frederick. *The Exceptional First Amendment* (February 2005). KSG Working Paper N° RWP05-021.

⁵⁹⁹ Schauer, Frederick (1981). *Op. Cit.* 277: “Freedom of speech need not have any one “essential” feature. It is much more likely a bundle of interrelated principles sharing no common set of necessary and sufficient defining characteristics”.

⁶⁰⁰ Desse modo, é com certa frequência que Schauer se volta contra o subterfúgio representado pelo uso da linguagem ordinária para a definição daquilo que deve contar como “discurso” para a Constituição [Cf. Schauer, Frederick (1982). Schauer, Frederick (1981). *Op. Cit.* P. 267-82; Schauer, Frederick (1979). *Op. Cit.* P. 902-10].; e não é menos comum as ocasiões em que ele critica o *dedutivismo teórico*, projeto cujos nomes de maior destaque foram Alexander Meiklejohn e Thomas I. Emerson [Cf. Schauer, Frederick (1981). *Op. Cit.* P. 274]. Em relação a estes, como disse há pouco, sua discordância apoia-se acima de tudo em sua arraigada crença de que a Primeira Emenda é incapaz de ser teoricamente justificada a partir do recurso a um único princípio fundamental (cf. Seção 3.3: Conclusão: Forma e substância nas posições absolutistas); segundo lhe parece, a Primeira Emenda funciona como uma espécie de guarda-chuva sob o qual convivem valores *independentes entre si*, se relacionando, cada um deles, a um grupo específico de problemas que costumam surgir em processos envolvendo a liberdade de discurso.

Em resumo, como já vimos, esta é a lógica dedutivista contra a qual Schauer se opõe: num primeiro momento, elenca-se “O Princípio Fundamental” da Primeira Emenda, ou seja, aquele princípio que se supõe conseguir por si só justificá-la teoricamente; em seguida, se lhe deduz ao caso concreto, de modo a que fique estabelecido se a atividade discursiva sob análise é ou não albergada pelo direito ao livre discurso⁶⁰¹. Como alternativa à dedução, Schauer nos apresenta a dois métodos para circunscrever a cobertura da Primeira Emenda, ambos mais compatíveis com uma visão eclética das justificativas subjacentes à liberdade de discurso. São eles: o “método por inclusão” (“*defining in*” *method*) e o “método por exclusão” (“*defining out*” *method*).

“‘Under a ‘defining in’ method, a definition of the coverage of the first amendment is derived from the underlying theory of the first amendment [isto é, daquilo que aqui venho chamando de “razões substantivas”] (...) [t]he point is that we will have defined a category, and anything outside the category is not within the coverage of the first amendment”⁶⁰².

O autor então prossegue enfatizando que:

“The ‘defining in’ approach assumes both that we can construct a workable definition reflecting the deep theoretical premises of the concept of free speech and that such a definition can be taught”⁶⁰³.

Entretanto, é difícil imaginar que qualquer uma das duas suposições da qual parte o “método por inclusão” seja verdadeira. Por um lado, construir uma “definição viável que reflita as premissas teóricas (as razões substantivas) mais profundas do conceito da liberdade de discurso” parece ser uma tarefa por demais complexa para ser realizável. Por outro lado, ainda que fosse factível, essa definição, tendo que incorporar todas as vicissitudes e sutilezas de uma perspectiva eclética da Primeira Emenda, mostrar-se-ia pouco capaz de ser “ensinada” e aplicada pelos operadores do direito que compõem as mais diversas instâncias do sistema judiciário norte-americano.

⁶⁰¹ Por exemplo: Justice Douglas, que ao lado de Justice Black pareciam ser bastante simpáticos ao dedutivismo teórica de Thomas I. Emerson (cf. subseção 3.4.4. Aplicações na Suprema Corte), resumiu toda a discussão que então se fazia em *Dennis* à questão de saber se a conduta de Eugene Dennis correspondia a uma “ação” ou a uma “expressão”. E, optando por esta, votou pela absolvição do acusado, pondo em destaque que “we deal here with speech alone, not with speech plus acts of sabotage or unlawful conduct” [341 U.S. 494, 584 (1951)]. Ou seja, a premissa maior do raciocínio já tinha sido de antemão desenhada: “toda ‘expressão’ merece proteção absoluta”, restando ao Justice apenas a tarefa de “subsumir o fato identificado à norma”.

⁶⁰² Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. 279-80.

⁶⁰³ Ibidem. P. 280.

Para se manter “ecclético” e ao mesmo tempo “não particularista”, Schauer opta pelo “método por exclusão”. Segundo tal método, a primeira coisa a ser feita é:

“(…) construct a coarse and intentionally overbroad definition that is simple enough to be learned and applied easily and broad enough to encompass the full range of plausible theoretical justifications for a principle of freedom of speech”⁶⁰⁴

Uma vez *grosseiramente* construída a definição do que conta “discurso” para a Constituição; ou ainda, tendo definido de modo *intencionalmente amplo* – isto é, “amplo o suficiente para incorporar todo o conjunto de razões substantivas plausíveis para a liberdade de discurso” – a cobertura protetiva da Primeira Emenda, “we then carve out *subcategories of noncoverage*, to take care of contract law, perjury, extortion, and so on”⁶⁰⁵.

Colocando de outra forma, a proposta de Schauer é que se estabeleça uma *presunção de constitucionalidade* a um extenso (sobreinclusivo) conjunto de atividades discursivas. E para o autor, tal *presunção* só deve ser superada quando for possível demonstrar que inexistente qualquer tipo de correlação entre a livre prática da atividade discursiva objeto da regulação e o fomento de alguma das razões substantivas da Primeira Emenda. Para ilustrar o seu raciocínio, Schauer recorre à disputa sobre a constitucionalidade do discurso comercial em *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc*⁶⁰⁶. Segundo lhe parece, se nos valêssemos do “método por inclusão” dificilmente teríamos reputado o discurso ali proferido (o anúncio de medicamentos vendidos sob prescrição médica) como integrante da “theoretical foundations of the first amendment”⁶⁰⁷. De outro modo, caso recorrêssemos ao “método por exclusão”, tal como o autor acreditou que a maioria tenha procedido naquele caso:

“(…) we would *assume* that all communication is covered by the first amendment and exclude a subcategory of commercial advertising only if it could be shown to be unrelated to the purposes of a principle of freedom of speech”⁶⁰⁸.

O ônus argumentativo imposto ao poder governamental para que ele repute uma atividade como categoricamente excluída dos domínios protetivos da Primeira Emenda é

⁶⁰⁴ Ibidem.

⁶⁰⁵ Ibidem.

⁶⁰⁶ 425 U.S. 748 (1976).

⁶⁰⁷ Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P. 281.

⁶⁰⁸ Ibidem.

propositalmente pesado. No limite, tal sobre peso proposital é resultado da percepção que no âmbito jurisdicional da Primeira Emenda os erros cometidos pelos tomadores de decisão costumam ser de “subproteção” ao invés de “sobreproteção” às liberdades discursivas⁶⁰⁹.

Antes de passarmos para o próximo ato, pensemos por mais um instante nas atividades discursivas que nas décadas que se seguiram à *Chaplinsky* foram aos poucos sendo recepcionadas no âmago da Primeira Emenda, como é caso da difamação e do discurso comercial (cf. seção 5.1.3), bem como naquelas outras que passaram gradativamente a receber contornos descritivos mais precisos, a exemplo do que se deu com os discursos obscenos (cf. seção 5.1.2). Em *Sullivan*, o bilhete de entrada da difamação no conjunto de discursos constitucionalmente protegidos foi emitido com base na percepção por parte dos Justices de que mesmo declarações falsas sobre a atuação de autoridades públicas (contanto que não maliciosas) possibilitavam a consecução de um estado de coisas mais próximo daquele idealizado pelo princípio republicano de controle do poder estatal pelo povo. Já em *Miller*, o que motivou a Corte a tornar mais precisos os critérios usados no exercício de qualificação de um discurso como obsceno foi a tomada de consciência de que muitas das coisas as quais *ordinariamente* tinham-se por obscenas eram, em virtude de seu valor político, artístico ou científico, interpretadas pela Constituição como discursos não-obscenos. Finalmente, em *Virginia State Board* admitiu-se que informações comerciais que não fossem falsas nem enganosas seriam dignas de proteção constitucional, uma vez que corroboravam para o livre fluxo de ideias.

Em cada uma dessas oportunidades as razões substantivas da Primeira Emenda de alguma maneira fizeram parte do cálculo decisório da Suprema Corte; em nenhuma delas, porém, o recurso a tais razões foi feito de maneira desregulada e casuística. Houve por parte da Corte uma preocupação na criação de testes e parâmetros capazes de conformar julgamentos futuros às conclusões alcançadas naquele momento; isto é, a formulação de roteiros argumentativos estáveis e intersubjetivamente controláveis. Presunções contra interesses regulatórios foram criadas; os ônus de prova passaram a recair sobre o poder governamental, que se viu então diante da árdua missão de provar que discursos difamatórios eram também maliciosos; que discursos obscenos eram também destituídos de qualquer valor social; e que propagandas comerciais eram também falsas ou

⁶⁰⁹ Schauer, Frederick (1982). Op. Cit. P. 288.

enganosas. A sugestão de Schauer, algo no limite entre o descritivo e o normativo, corresponde justamente ao estabelecimento de uma *presunção de constitucionalidade* ao mais extenso conjunto de atividades possível, atividades estas que só podem ser postas categoricamente à margem da Primeira Emenda caso fique demonstrado a *inexistência de correlação entre a sua livre prática e a promoção das razões substantivas da liberdade de discurso*⁶¹⁰.

5.2.2. Segundo ato: criação de subcategorias:

A categorização, percebida como uma técnica de organização do raciocínio decisório, contém três etapas. A primeira delas, *inevitável a despeito da metodologia adjudicatória preferida*, consiste no delineamento do escopo protetivo da Primeira Emenda. Uma vez que as fronteiras que separam o “protegido”⁶¹¹ do “não protegido” são traçadas com alguma precisão, novas questões começam a surgir. A mais imediata delas, aquela que figura como o ator principal deste segundo ato da categorização, tem relação com a maneira pela qual o interior do escopo protetivo da liberdade de discurso deve ser arranjado.

Tendo já assistido às últimas cenas deste ato, adianto que no fim Frederick Schauer advoga pela criação de subcategorias no interior da cobertura da Primeira Emenda, com a condição de elas guardarem alguma relação com as justificativas subjacentes à liberdade de discurso⁶¹². Antes de lá chegarmos, contudo, descrevo um desfecho alternativo onde o que se tem é uma completa aversão ao processo de refinamento categórico dentro dos limites protetivos da Primeira Emenda.

A lógica binária de *Chaplinsky* (e da teoria dos dois níveis, consequentemente) é o exemplo mais saliente de *recusa à subcategorização*. Como vimos no início do capítulo, com *Chaplinsky* era tudo ou nada: às categorias cobertas, máxima proteção; às excluídas, nada. Julgo que já tenha ficado claro que a mesma lógica se aplica às demais metodologias da tradição definicional: afinal, o que aproxima o absolutismo moderado do balanceamento definicional, e estes dois da categorização nos moldes de *Chaplinsky*, é a *monotonia da força protetiva* (absoluta) a ser aplicada a um *conjunto predeterminado* (e, portanto, limitado) de atividades. Em contrapartida, cada uma se singulariza em relação

⁶¹⁰ Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P. 280.

⁶¹¹ “Protegido” tem aqui o sentido de “merecedor de algum nível de proteção”.

⁶¹² Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P. 293. “(...) a subcategory must have some relationship to a permissible first amendment purpose”.

às demais por efeito do método escolhido para circunscrever (limitar, delinear) o conjunto sobre o qual incidirá a proteção absoluta, ou, colocando de outra forma, em razão da estratégia adotada para *justificar externamente* a premissa maior do silogismo.

Todavia, falar de um “conjunto predeterminado” e de uma “força protetiva que sobre este incide” é enganador no que concerne a teorias da tradição definicional, visto que, para elas, não há propriamente uma distinção entre as dimensões da *cobertura* e da *proteção efetiva* da Primeira Emenda⁶¹³⁶¹⁴. De outra parte, admitir a distinção entre *cobertura* e *proteção* significa aceitar também que certos interesses discursivos, embora sejam abarcados pela cobertura da Primeira Emenda, podem vir a sucumbir diante de interesses governamentais mais substantivos. E, no fim das contas, não foi nada além disto que Schauer quis nos ensinar com sua metáfora da armadura: tudo o que podemos exigir da indumentária da Primeira Emenda é que ela torne consideravelmente mais rigorosos os padrões de revisão à luz dos quais devem ser avaliadas as pretensões regulatórias ao discurso. Mas quão rigorosos devem ser tais critérios de revisão? Ou ainda, devem eles ser aplicados com idêntica força a todas as categorias discursivas protegidas pela Primeira Emenda? Os discursos comerciais, difamatórios e ofensivos são merecedores do mesmo nível de proteção daquele outorgado aos discursos políticos, artísticos e religiosos?

Subcategorizar equivale a responder “não” à esta última questão; significa reconhecer que o peso do ônus argumentativo imposto sobre as pretensões regulatórias estatais é uma função da importância que cada categoria discursiva possui no

⁶¹³ Ibidem. P. 275-76: “In searching for absolutism, however, theories of this type [definitional-absolutist theories] have collapsed the important distinction between coverage and protection”. Ou seja, para as teorias da tradição definicional a atividade de delimitação da cobertura protetiva da Primeira Emenda (isto é, de circunscrição do conjunto de ações as quais o direito se aplica) é completamente fundida à fase seguinte onde se determina a prevalência ou não do discurso sobre os interesses a ele antagônicos. Por exemplo: quando Justice Douglas alegou que a conduta de Eugene Dennis correspondia tão somente a um “discurso”, e não a um “discurso (+) ação”, ele, ao mesmo tempo que precisava os contornos da categoria dos discursos subversivos, conferia ao acusado irrestrita proteção constitucional.

⁶¹⁴ É interessante perceber que muitos dos críticos do modelo decisório da Primeira Emenda, sobretudo aqueles de países onde se adota alguma variação do balanceamento decisório (e.g., Canadá, Alemanha e África do Sul), o interpretam como contendo duas etapas: a primeira delas muito bem delineada e bastante formal, ao contrário da segunda, que demonstra um quê de artificial. Num primeiro momento, argumentam eles, opera-se uma intrincada delimitação da cobertura do direito, para, em seguida, conferir-se máxima proteção às atividades incluídas no escopo protetivo predeterminado. Cf. Schauer, Frederick. *The Exceptional First Amendment* (February 2005). KSG Working Paper Nº RWP05-021. P. 33. Essa visão é verdadeira apenas para os modelos que chamei de “dedutivos”: modelos estes que realmente fundem num mesmo ato a “delimitação do direito” e “aplicação de sua força protetiva”. Entretanto, é incorreto dizer que tais modelos descrevem fielmente a maior parte da prática decisória da Primeira Emenda ao longo de todo o século passado.

cumprimento dos propósitos últimos da Primeira Emenda. Schauer nos oferece então ao menos três bons argumentos em favor da subcategorização, são eles: (1) se adotássemos o modelo binário proposto pela tradição definicional e, em consequência disso, conferíssemos irrestrita proteção a um conjunto limitado de discursos, poderíamos ser levados a restringir cada vez mais o número de discursos beneficiados, porque, como alerta o autor: “when the choice is all or nothing, the difficulties of ‘all’ may lead courts to choose ‘nothing’”⁶¹⁵; (2) nem todas as formas de discursos são receptivas às mesmas abordagens analíticas: por exemplo, se definíssemos o “*clear and present danger*” test como critério padrão do nosso modelo binário, ficaríamos sem resposta sempre que nos víssemos diante de casos envolvendo atividades discursivas, como a difamação ou a propaganda comercial, cujos danos causados (ou cujo o perigo esperado) são de natureza completamente distinta daqueles com vistas nos quais o teste foi originalmente forjado (isto é, para evitar danos causados por discursivos subversivos e combativos)⁶¹⁶; (3) a recusa à subcategorização é “assustadoramente contraintuitiva”: ou seja, apesar da inegável e impreterível dose de subjetividade que existe em torno de julgamentos de valor quaisquer, “most people do believe that there are ‘commonsense differences’ between different categories of utterances”, o que as fazem pensar também que “some categories are more important than others, with great agreement about many questions of relative worth”⁶¹⁷.

Contudo, Schauer não ignora que o procedimento de subcategorização de atividades discursivas traga consigo alguns riscos. E o maior deles tem a ver com o fato de que as linhas que separam as categorias discursivas nem sempre serem tão precisas tal como gostaríamos⁶¹⁸: à guisa de exemplo, imaginem uma artista famosa que, tencionando realizar uma intervenção artística no centro da cidade, distribua folhetos contendo uma montagem do presidente da república completamente nu; como deveríamos então

⁶¹⁵ Ibidem. P. 286. Algumas linhas adianta ele prossegue: “If the creation of a separate category within the first amendment is precluded, a tempting solution is merely to keep the speech that would constitute that category outside first amendment protection”.

⁶¹⁶ Ibidem. P.286-87. Em outros termos, o *clear-and-present danger* parece ter sido modelado sob medida para prevenir um tipo de perigo específico, qual seja, aquele decorrente de discursos subversivos (e.g., a derrubada violenta do governo). Falar de *clear-and-present danger* em casos envolvendo, por exemplo, o uso de autôfalantes de madrugada num bairro residencial parece um tanto quanto fora de contexto.

⁶¹⁷ Ibidem. P.287-288.

⁶¹⁸ Ibidem. P. 288: “(...) the categories of political speech, entertainment, and literature, for example, have such loose and overlapping boundaries that the dangers of miscategorization are particularly strong”. Conferir também: Van Alstyne, William W (1982). Op. Cit. P. 141: “(...) a particular speech may in fact cut across these artificial lines, readily embarrassing ant attempt to say which kind of speech it was”.

categorizar o ato em questão: como artístico, político, obsceno, ou como todos eles ao mesmo tempo? Ou por outra: com base nos critérios analíticos próprios a qual dessas categorias deveríamos escrutinizar os interesses do Estado na supressão daquela atividade comunicativa? A dificuldade que acompanha tais perguntas manifesta que o aumento desmedido do número de categorias discursivas pode resultar num acréscimo no risco de *classificações errôneas* por parte daquele que é chamado a decidir, e no consequente endurecimento (ou enfraquecimento, a depender do tipo de erro) da estridência analítica com base na qual os interesses estatais deveriam (idealmente) ser examinados⁶¹⁹.

Por isso, Schauer crê que as vantagens resultantes da subcategorização têm o seu preço: do projeto de alocação de diferentes graus de presunção de constitucionalidade a categorias discursivas distintas segue-se o risco de *complexificação desmedida do procedimento decisório*. Mas, longe de sugerir o abandono desse projeto de refinamento conceitual em favor do problemático modelo binário, o autor defende uma estratégia que ele reputa como plenamente capaz de conformar a criação de novas categorias aos limites do (a) operacionalizável e do (b) teoricamente fundamentável. À semelhança do que ocorrera no fim do primeiro ato, momento em que uma presunção de constitucionalidade foi instituída ao mais extenso conjunto de atividades possível, o segundo ato também recorre ao uso de presunções para organizar e para controlar o procedimento de subcategorização. O autor apresenta sua proposta nos seguintes termos:

“If we accept the principle that the first amendment seeks to protect that which may at first sight (or even upon further reflection) seem worthless, then we must guard against the pressure to create subcategories that will leave to judges in a particular case the determination of either the truth or the social utility of a covered communicative act. *We can accomplish this best by creating a presumption, albeit rebuttable, against the creation of subcategories within the first amendment*”⁶²⁰. (Os grifos são meus).

⁶¹⁹ O receio que acompanha o processo de criação desmedida de subcategorias, longe de ser imotivado, guarda íntima relação com o *valor contra-intuitivo* (ou com aquilo que Scalón cunhou de *sentimento de irracionalidade* cf. Scalón, Thomas. A Theory of Freedom of Expression. Philosophy and Public Affairs. Vol. 1, No.2. [Winter, 1972]) da liberdade de discurso. Em outros termos, os incentivos implicados no maior detalhamento das categorias existentes são em geral incentivos para o relaxamento dos altos padrões de revisão constantes no interior de uma determinada subcategorias (Cf. *New York v. Ferber*). Em suma, a complexificação exagerada do processo decisório da Primeira Emenda aumenta a propensão de erros classificatórios; e os erros na prática decisória da Primeira Emenda costumam ser de “subproteção” ao invés de “sobreproteção” [Schauer, Frederick (1982). Op. Cit. P. 288].

⁶²⁰ Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P.295-96.

Mas quais exatamente seriam as presunções que Schauer propõe para que se evite que a criação desenfreada de subcategorias desemboque num preocupante alargamento da “discrecionabilidade classificatória” dos tomadores de decisão do sistema jurídico norte americano? Com efeito, são três as presunções propostas: (1) com relação à primeira delas, exige-se da “aspirante à nova subcategoria” que ela seja “consistente com os fundamentos teóricos da Primeira Emenda”⁶²¹; (2) em seguida, reivindica-se que tanto a sua definição como a sua aplicação sejam universalizáveis (*principled definition and application*)⁶²²; (3) e, por último, que os eventuais erros associados à operacionalização da subcategoria que se quer criar sejam de algum modo controláveis.⁶²³ Em conclusão, a superação dessas três presunções habilita o engendramento de uma nova subcategoria analítica do domínio da jurisdição constitucional da liberdade de discurso.

Antes de passar para o terceiro e último ato, gostaria de citar alguns exemplos - alguns de sucesso, outros de fracasso - da busca pelo *refinamento categórico* da Primeira Emenda. Começo com a subcategoria dos discursos difamatórios, comparando-a à anômala categoria da ofensividade. Em primeiro lugar, o interesse na proteção de indivíduos contra falsidades demonstráveis (*demonstrable falsehoods*) que contra eles possam-se produzir não é inconsistente com as razões substantivas da Primeira Emenda⁶²⁴: no fim das contas, a destruição maliciosa de reputações por meio de falsas acusações pouco ou nada corrobora com a busca pela verdade, com o controle do governo pelo povo, com a autorrealização individual, ou com qualquer outra justificativa subjacente à liberdade de comunicação. Alternativamente, a categoria “discursos ofensivos” contraria os fundamentos mais elementares da Primeira Emenda, sobretudo a sua premissa antimajoritária segundo a qual não é dado ao Estado atuar como censor do discursivo em nome da delicada sensibilidade de uma maioria⁶²⁵. Ademais, e a despeito das complexidades epistêmicas atreladas a qualificação de uma declaração como

⁶²¹ Ibidem. Op. Cit. P. 296.

⁶²² Ibidem.

⁶²³ Ibidem.

⁶²⁴ Ibidem. P. 291.

⁶²⁵ Cf. *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 414 (1989): “If there is a bedrock principle underlying the First Amendment, it is that the government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable”. *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 U.S. 205 (1975): “(...) when the government, acting as censor, undertakes selectively to shield the public from some kinds of speech on the ground that they are more offensive than others, the First Amendment strictly limits its power”. *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 U.S. 205, 209 (1975): “(...) when the government, acting as censor, undertakes selectively to shield the public from some kinds of speech on the ground that they are more offensive than others, the First Amendment strictly limits its power”.

verdadeira ou falsa, a categoria dos discursos difamatórios facilmente se destaca *vis-à-vis* às demais categorias discursivas, porquanto diz respeito apenas a declarações falsas que ferem a reputação de outrem (definição universalizável); ainda, desde a sua primeira formulação em *Sullivan*, o *actual malice test* tem sido coerentemente aplicado, seja pela Suprema Corte, seja pelas instâncias inferiores (aplicação universalizável). Inversamente, a definição do que conta como ofensivo parece sempre (e inevitavelmente) depender de uma avaliação subjetiva e casuística por parte de cada magistrado (afinal, “one man’s vulgarity is another lyric”⁶²⁶), impedindo, com isso, que casos similares sejam decididos com base em critérios padronizáveis⁶²⁷.

5.2.3. Terceiro ato: criação e aplicação de regras, entre o previsível e o flexível:

No processo de delimitação da cobertura da Primeira Emenda, etapa inicial da categorização do raciocínio decisório, Schauer propôs que ficasse a cargo do poder estatal a demonstração da total ausência de correlação entre a livre prática da atividade discursiva em disputa e o fomento dos propósitos últimos da liberdade de discurso. Reparem que nessa etapa *o recurso a razões substantivas é feito de modo muito indireto*: isto é, o responsável pela tarefa de circunscrever o escopo protetivo da Primeira Emenda não recorre a qualquer das justificativas que possam existir para a supressão do discurso sob análise, mas, em vez disso, volta-se somente àquelas razões substantivas que dizem respeito exclusivamente à liberdade de discurso⁶²⁸. Por exemplo: se tiver que determinar se a troca ilegal de informações privilegiadas no mercado de ações é ou não abarcada pela cobertura da Primeira Emenda, o tomador de decisão não precisa (nem mesmo deve) levar

⁶²⁶ Cf. *Cohen v. United States*, 403 U.S. 15, 25 (1971).

⁶²⁷ Schauer critica também a criação da subcategoria “restrições a matéria” (*subject matter restrictions*) como categoria analiticamente independente (e, portanto, merecedora de critérios de revisão próprios) da categoria “regulação a pontos de vista” (cf. seção 6.2. Bifurcação das restrições de conteúdo). Segundo o autor, os “fundamentos teóricos” da Primeira Emenda não oferecem qualquer base para fundamentar tal distinção. Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P. 285: “The problem with a subject matter restriction is that it is inconsistent with the theoretical underpinnings of the first amendment”. Ao contrário, Schauer vê com bons olhos a criação da subcategoria dos discursos comerciais, eis que: “It embodies factual statements generally quite easily verifiable, it is regulated for reasons both less suspect and less capable of abuse than those reasons used to justify restrictions of speech on political, moral, and related issues (...) [and] is a category relatively easy both to identify and to describe, and it demands the use of analytic tools different from those used for, say, political speech”. Ibidem. P. 290-91.

⁶²⁸ Pode-se dizer que o conjunto de razões substantivas à liberdade de discurso tem aqui uma *função negativa-interpretativa*: interpretativa porque auxilia na determinação do conjunto de discursos abarcados pela Primeira Emenda (o que é dizer, na determinação do significado de “discurso” para fins constitucionais); negativa porque a composição final do conjunto de discursos protegidos é constituída por aquelas atividades comunicativas que o poder estatal não logrou demonstrar ausência de vínculo causal com propósitos da liberdade de discurso.

em conta os princípios que regem o direito societário, mas tão somente o vínculo causal entre a atividade comunicativa em questão e as justificativas subjacentes ao livre discurso (no caso, inexistente)⁶²⁹.

Já no que diz respeito ao segundo ato, Schauer sugere um refinamento no interior dos limites protetivos da Primeira Emenda de forma a prescrever a cada subcategoria concebida um grau de proteção proporcional à importância do fundamento substantivo a quem sua criação é devida. Ou seja, também aqui as razões substantivas da liberdade de discurso exercem uma *pressão controlada* sobre o processo decisório⁶³⁰. Assim, tenho que esses dois primeiros atos sejam meramente *organizacionais (definicionais)*: no tocante a eles, não há qualquer preocupação em determinar se os interesses associados a uma atividade discursivas são mais ou menos importantes do que [ou se devem prevalecer sobre] os interesses regulatórios a eles contrapostos. O tipo de questão a ser respondida pelas duas fases iniciais da categorização não é: “afinal, deve a atividade discursiva prevalecer sobre os interesses governamentais”; mas sim: “afinal, esta é realmente uma atividade discursiva? ”; e, se a resposta for positiva: “a qual categoria discursiva ela pertence? ”.

Isto posto, finalmente chegamos ao terceiro e último ato da categorização como organização do raciocínio decisório da Primeira Emenda. Nesse momento:

“(...) the question finally arises of just how we will decide the case, or, more accurately, how the judge will decide the case. It is at this stage that we can no longer escape facing up the recurrent question of ad hoc balancing. The question at this stage is what the rules of guidance for the judge will look like within a

⁶²⁹ Schauer, Frederick (1982). Op. Cit. P. 303: “One of the classic noncoverage cases is that the determination of lack of coverage is made solely on the basis of the First Amendment value of the utterance itself, without regard to possible justification for restriction. Conferir também: Greenawalt, Kent. Speech and Crime. Am. B. Found. Research J. 645 (1980).

⁶³⁰ Com a diferença, acredito, de que no segundo ato essa “pressão controlada” das razões substantivas sobre o processo decisório ocorre em *dois níveis distintos*. Num *nível puramente teórico*, o projeto de criação de subcategorias, em oposição ao modelo binário, é produto da crença de que algumas classes de discursos são simplesmente mais importantes do que outras. E essa diferença na importância conferida a discursos de naturezas distintas reflete de modo algo rudimentar a estrutura escalonada das razões substantivas da Primeira Emenda. Num *outro nível*, os interesses substantivos que se contrapõem ao discurso (e.g., proteção da reputação de funcionários públicos contra falsas acusações) e que aconselham a criação de uma subcategoria independente (e.g., categoria dos discursos difamatórios pronunciados contra funcionários públicos) são avaliados à luz dos propósitos últimos da liberdade de discurso (que, como vimos na subseção precedente, não impediram a formulação daquela nova subcategoria de discursos difamatórios).

given first amendment category (...) [t]he question is the extent to which we can anticipate the categories into which future factual situations will fall”⁶³¹.

O que agora se faz necessário é definir o *grau de discricionariedade* que os parâmetros analíticos (ou as diretrizes normativas) que governam cada uma das subcategorias discursivas devem deixar ao tomador de decisão para que este leve em consideração as circunstâncias particulares de cada caso concreto⁶³². Segundo acredita Schauer, a escolha da quantidade de flexibilidade decisória a ser outorgada aos operadores do direito é feita implicitamente, mediante o *grau de especificidade* conferida a formulação das normas que orientam o processo decisório⁶³³. Como se percebe, o terceiro ato se passa no nível do *design institucional* e tem como trama principal o desafio de construir diretivas normativas aptas a de algum modo conciliar nossas expectativas de *previsibilidade decisória* com o nosso desejo de diminuir ao máximo a probabilidade e a magnitude de resultados anômalos, que em geral surgem como consequência da limitada *flexibilidade* outorgada ao tomador de decisão para lidar com situações recalcitrantes (*unanticipated cases*)⁶³⁴⁶³⁵.

A opção entre previsibilidade e flexibilidade decisória guarda íntima relação com a escolha entre regras e standards - como formas alternativas de formular diretivas normativas visando atender os nossos objetivos regulatórios⁶³⁶-, escolha esta que, por sua vez, reflete nossas maiores preocupações com os aspectos formais *ou* substanciais do

⁶³¹ Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P. 296.

⁶³² Ibidem. P. 299.

⁶³³ Ibidem.

⁶³⁴ Cf. Schauer, Frederick (1991). Op. Cit. P. 38-47: Schauer diagnostica três tipos de experiências recalcitrantes que podem emergir sempre que lidamos com regras, são elas (a) sobre e subinclusão da regra *vis-à-vis* suas justificativas subjacentes; (b) regras são sempre *potencialmente* subótimas em relação suas justificações em função do indelével fenômeno da textura aberta da linguagem; (c) situações em que as propriedades suprimidas pelo exercício de generalização que dá origem à formulação autoritativa de uma regra se tornarem especialmente relevantes para a resolução de um caso particular.

⁶³⁵ A criação de regras jurídicas pode ser vista como uma estratégia de conformar a limites minimamente toleráveis a angustiante incerteza acerca do futuro. Assim, quanto mais capazes formos de antecipar o futuro, mais hábeis também seremos em prescrever os resultados que gostaríamos que fossem alcançados da aplicação de regras a casos concretos [Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P. 297]. Afinal, o predicado fático de uma regra consiste numa generalização percebida como *causamente relevante* para o alcance do propósito desejado ou para o afastamento do mal temido [Schauer, Frederick (1991). Op. Cit. P. 27]. Porém, mesmo a mais precisa das regras é *potencialmente imprecisa*: isto é, a relação entre generalização e justificação permanece sempre vulnerável à emergência de eventos ou descobertas futuras capazes de frustrar nossas expectativas iniciais. Consequentemente, quanto mais incorporamos nossas visões sobre o futuro nas regras que criamos, maiores são as chances de sermos surpreendidos quando do surgimento de uma *situação recalcitrante* que, embora possa estar de acordo com a descrição verbal da categoria, pouco o nada tem a ver com aquilo que tínhamos em mente no momento de sua formulação [Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P. 298]. Por isso, a questão central desse último ato do processo de categorização se resume a saber em que medida realmente somos capazes de antecipar o futuro recorrendo a criação de categorias.

⁶³⁶ Schauer, Frederick. The Convergence of Rules and Standards. 2003 N.Z. L. Rev. 303 (2003). P. 303.

direito. Nunca é demais lembrar o tão puido, mas nem por isso menos verdadeiro, lembrete de que tais distinções são de “grau” e não de “tipo”. Seja como for, assumindo o semblante dos modelos decisórios que melhor os representam, isto é, o do “balanceamento” e o da “categorização *stricto sensu*”, “substância” e “forma” são metaforicamente assim apresentadas por Kathleen M. Sullivan:

“Categorization and balancing each employ quite different rhetoric. Categorization is the taxonomist's style - a job of classification and labeling. When categorical formulas operate, all the important work in litigation is done at the outset. Once the relevant right and mode of infringement have been described, the outcome follows, without any explicit judicial balancing of the claimed right against the government's justification for the infringement. Balancing is more like grocer's work (or Justice's) - the judge's job is to place competing rights and interests on a scale and weigh them against each other. Here the outcome is not determined at the outset, but depends on the relative strength of a multitude of factors. These two styles have competed endlessly in contemporary constitutional law; neither has ever entirely eclipsed the other”⁶³⁷.

O trabalho do taxinomista reduz drasticamente os canais de acesso às particularidades da situação concreta. Quanto mais categórica for a formulação de uma regra jurídica, o que é dizer, quanto maior for a extensão em que uma regra predetermina o resultado que decorre de fatos determinados, tanto menor será a discricionariedade decisória à disposição do tomador de decisão⁶³⁸. Ilustrando essa regra, é no domínio dos discursos difamatórios que Schauer julga encontrar o melhor exemplo da criação de uma *regra categórica* a partir da prática decisória da Suprema Corte. Segundo o autor, quando diante de um caso envolvendo difamação, resta à Corte tão somente determinar (1) o *status* do querelante, isto é, se ele é uma personalidade pública ou privada e, em decorrência disto, (2) o ônus de prova que ele tem de superar para a consecução de suas pretensões reparatórias⁶³⁹. Porém, à exceção dessas duas questões, Schauer pensa que as peculiaridades do caso concreto (e.g., se o querelante tem de fato acesso a canais de comunicação para responder às acusações contra ele dirigidas, o que já é pressuposto quando da determinação de seu *status*) foram removidas do horizonte de análise dos

⁶³⁷ Kathleen M. Sullivan, Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing, 63 U. Colo. L. Rev. 293 (1992). P. 293-94.

⁶³⁸ Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P.300.

⁶³⁹ Cf. Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (1974).

juízes, ou ainda, que “[a]ll of the first amendment issues (...) have been predetermined at the rulemaking level”⁶⁴⁰.

Já o trabalho numa mercearia tem o seu estilo próprio. Em algumas subáreas da Primeira Emenda, tal como nos âmbitos dos discursos comerciais⁶⁴¹ e de regulações neutras em relação ao conteúdo discursivo, o tomador de decisão não apenas é pouco constrangido pela força autoritativa de regras categóricas, como também, e para ser capaz de dar uma resposta ao caso que se lhe apresenta, nada pode fazer senão recorrer ao exame das vicissitudes da situação concreta. Como veremos com maior riqueza de detalhe na seção 6.1.3, em situações nas quais o juiz se vê diante de uma “regulação neutra” (e.g., regulações motivadas por questões envolvendo o tempo, modo ou lugar do proferimento do discurso), pouquíssimas coisas parecem ter sido decididas de antemão, restando-lhe por determinar uma série de questões, dentre as quais: (1) a existência ou não de meios alternativos através dos quais a mesma mensagem pode ser transmitida, e (2) a força dos interesses regulatórios estatais (i.e., se são eles razoáveis, relevantes ou imperiosos). À vista disso, Schauer considera que em tais casos a margem de manobra que dispõe os juízes para determinar quais são os fatos relevantes, e inclusive como os interesses antagônicos devem ser conformados, é amplíssima⁶⁴².

Há vantagens atreladas à cada uma dessas estratégias. De um lado, quanto mais sensíveis às singularidades do caso concreto forem os modelos decisórios, tanto mais aptos serão eles em evitar que do surgimento de uma situação imprevista (ou imprevisível) no momento da formulação da regra decorra um resultado anômalo (ou seja, um resultado completamente estranho aos propósitos da Primeira Emenda). Por exemplo: se a Suprema Corte insistisse em aplicar o rígido *Brandenburg Test*⁶⁴³ num caso envolvendo a constitucionalidade de uma liminar que impedia a publicação de artigo explicando o passo-a-passo da construção e detonação de uma bomba de hidrogênio⁶⁴⁴,

⁶⁴⁰ Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P.301. No mesmo parágrafo Schauer complementa dizendo que “even the factual determinations are constrained by rule, at least to the extent the concepts of ‘publicness’ and ‘actual malice’ have become more precise through a combination of rule language and interpretive case law”.

⁶⁴¹ Cf. *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980).

⁶⁴² Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P.300.

⁶⁴³ Teste segundo o qual discursos subversivos só podem ser proscrito quando (a) forem enunciados diretamente para *incitar* ações ilegais; e (b) que, por causa deles, seja *provável* que tais ações venham a acontecer.

⁶⁴⁴ Cf. *United States v. The Progressive, Inc.*, 467 F. Supp. 990 (W.D. Wis. 1979).

disto resultaria a proteção de um discurso⁶⁴⁵ que, apesar da pouca iminência e da baixíssima probabilidade de concretização, seria capaz de causar um dano de proporções simplesmente desastrosas.

Por outro lado, a outorga de altos níveis de flexibilidade e de discricionariedade para que tomadores de decisão ajustem casuisticamente seus parâmetros decisórios em função das vicissitudes da situação mais imediata não é possível a não que se que se pague o devido preço. Esse preço, nada menos do que um velho conhecido de todos os que se dedicam ao estudo das vantagens do formalismo no direito, pode ser dividido em: (a) *decréscimo no nível da previsibilidade* do procedimento decisório: algo que no que diz respeito à liberdade de discurso pode ser especialmente preocupante devido ao alto risco de autocensura (*chilling*) que decorre da insegurança jurídica⁶⁴⁶; (b) a questão empírica de saber se, em última instância, juízes menos constrangido pela autoridade de regras categóricas não estariam mais propensos a produzir, em número e magnitude, resultados errôneos⁶⁴⁷.

De todo modo, entre a aplicação mecânica de regras categóricas e a discricionariedade judicial irrestrita apontam alternativas das mais variadas nuances; e é justamente nos pontos médios entre os extremos da “categorização taxionomista” e do “balanceamento *ad hoc* da mercearia” que a Suprema Corte vem desenvolvendo critérios capazes de combinar a qualidade “aptidão para guiar casos futuros” (*guidance*) com as vantagens em se guardar um mínimo de flexibilidade para que possamos nos prevenir contra eventuais resultados anômalos. A escolha entre os níveis apropriados de discricionariedade e rigidez, contudo, não precisa nem ser feita de maneira definitiva, muito menos ser idêntica a todas as subcategorias discursivas. Na perspectiva de Schauer, tal escolha não deve ser realizada de uma vez por todas justamente porque uma das maiores vantagens do tipo de categorização que ele propõe reside no modo como o equilíbrio entre os aspectos formais e substâncias da Primeira Emenda é constantemente afetado pelo acúmulo de novas experiências⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ A publicação seria protegida porque “In *progressive* there were certainly no words of incitement, probably no imminence, and somewhat lower probability of likelihood”. Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P. 298 note 153.

⁶⁴⁶ Cf. Schauer, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the “Chilling Effect”. 58 B.U.L. Rev. 685 (1978).

⁶⁴⁷ Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P. 299. Conferir também: Sunstein, Cass R. Must Formalism Be Defended Empirically? John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 70, (1999).

⁶⁴⁸ Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P. 304.

Por fim, logo antes do “fechar das cortinas”, o autor conclui seus três atos, resumizando-os da seguinte maneira:

“The choice of appropriate point between unguided judicial discretion and rigid verbal rules, then, must be influenced not only by the balance between predictability and flexibility for unforeseen cases, but also by the psychological factors relating to the likely outcome discretion. It is a decision that takes place *within* a given first amendment subcategory. In turn, the decision to create subcategories takes place *within* the process of delineating the category of coverage of the first amendment. Each categorization decision takes place within another, somewhat like those sets of Russian wooden dolls. Each categorization decision, like each doll, can stand alone if necessary, but the full impact is achieved in the way they all fit together”⁶⁴⁹.

⁶⁴⁹ Ibidem. P. 305.

6. Critérios Gerais e Complementares:

6.1. Critério Geral: Restrições de Conteúdo e Restrições Neutras.

6.1.1. Introdução:

Na manhã de 31 de março de 1966, David O'Brien subiu os degraus do Tribunal de Justiça de Boston e, diante de um grande público, queimou seu cartão de identificação de alistamento militar. Com esse ato simbólico, O'Brien intentava fazer com que as pessoas ali presentes também adotassem crenças de desprezo à Guerra do Vietnã. Em seguida, ele foi denunciado, julgado e condenado por violação à lei federal que tornava crime a destruição ou danificação de comprovantes de alistamento militar. Em *United States v. O'Brien*⁶⁵⁰, a Suprema Corte teve que decidir se a lei nos termos da qual O'Brien havia sido condenado violava a Primeira Emenda. No final, a Corte a interpretou como válida, mantendo por isso condenação do apelante.

Quase duas décadas depois, em 1984, um caso similar foi apresentado à Suprema Corte. Depois de ter queimado publicamente a bandeira norte-americana em protesto às políticas administrativas de Ronald Reagan, Gregory Lee Johnson foi preso e multado nos termos de lei estadual que tornava crime a profanação de objeto de veneração (no caso, a bandeira nacional). Estaria o discurso simbólico de Johnson protegido pela Primeira Emenda? Numa apertada decisão (5-4), a Corte entendeu que a queima da bandeira encontrava amparo na Primeira Emenda; à vista disso, a lei texana foi declarada inconstitucional.

Quando dispostos desta forma, um diante do outro, *O'Brien* e *Johnson*⁶⁵¹ sugerem uma espécie de incoerência decisória por parte da Suprema Corte: afinal, por que a lei federal que tornava crime a queima dos cartões de alistamento militar foi julgada constitucional, enquanto que a lei estadual que proibia a difamação da bandeira nacional, ao contrário, foi interpretada como inconstitucional? Houve aí o uso de dois pesos e duas

⁶⁵⁰ 391 U.S. 367 (1968).

⁶⁵¹ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

medidas? Ambos os casos criticavam o governo dos Estados Unidos: em *O'Brien*, sua postura bélica; em *Johnson*, as medidas republicanas de Reagan. No mais, a natureza do discurso perpetrado era a mesma para os dois: o discurso político simbólico. Apesar disso, não estaríamos enganados ao sugerir que não houve propriamente uma guinada na orientação da Suprema Corte, ou que os parâmetros por ela utilizados para examinar a constitucionalidade das regulações àqueles discursos simbólicos não foram modificados. Vejamos o porquê.

Em *O'Brien*, Chief Justice Earl Warren começou seu voto adotando a seguinte linha argumentativa: antes de tudo, não estava totalmente claro para ele se a conduta de O'Brien poderia ser de fato classificada como “discurso”⁶⁵². E ainda que se admitisse a existência de “elementos discursivos” na conduta do apelante, o Chief Justice não podia ignorar que na queima do *draft card* havia também inegáveis “elementos não discursivos”. Em tais casos, quando “elementos discursivos” e “elementos não discursivos” encontravam-se embrenhados numa mesma conduta, um *interesse governamental suficientemente importante* na regulação do “elemento não discursivo” justificaria *limitações incidentais* aos “elementos discursivos” da conduta⁶⁵³ (Cf. seções 3.2.3 e 3.2.4).

Mas o que contava, afinal, como um “interesse suficientemente importante”? Ou por outra: como seria possível determinar com relativa precisão aquilo que justificava a *limitação indireta* ao discurso? Diante de tais questões, Earl Warren formulou o que em seguida viria a ser conhecido como *O'Brien Test*. Segundo o Chief Justice:

“(...) we think it clear that a government regulation is sufficiently justified if [1] it is within the constitutional power of the Government; [2] if it furthers an important or substantial governmental interest; [3] **if the governmental interest is unrelated to the suppression of free expression**; and [4] if the incidental restriction on alleged First Amendment freedoms is no greater than is essential to the furtherance of that interest”⁶⁵⁴. (Os grifos, bem como a numeração, são meus).

No presente momento, gostaria de me concentrar no terceiro critério: dele depreende-se que, para que a regulação governamental possa ser justificada, o interesse que a anima não deve estar (diretamente) relacionado à supressão do discurso. Em outros termos, *a restrição governamental deve ser neutra em relação ao conteúdo do discurso*

⁶⁵² 391 U.S. 367, 376 (1968): “We cannot accept the view that an apparently limitless variety of conduct can be labeled ‘speech’ whenever the person engaging in the conduct intends thereby to express an idea”.

⁶⁵³ 391 U.S. 367, 376 (1968).

⁶⁵⁴ 391 U.S. 367, 377 (1968).

(*content neutral*). Em *O'Brien*, a Corte acreditou que a lei federal que proibia a destruição dos cartões de identificação militar tinha como *objetivo primordial* a garantia da eficiência e da tranquilidade do processo de alistamento militar, e não a supressão do discurso simbólico. Colocando de outra maneira, o alvo regulatório daquela lei não consistia propriamente no conteúdo da mensagem que O'Brien buscava transmitir (qual seja, uma dura crítica às forças armadas e à política militar dos Estados Unidos), mas, em vez disso, fundava-se no *impacto não comunicativo* de sua conduta (isto é, no fato de que, no limite, a destruição dos documentos de identificação poderia inviabilizar o recrutamento militar).

Em *Texas v. Johnson*, a Corte nada mais fez senão operar com base nessa mesma distinção entre *limitações ao conteúdo do discurso (content-based)* e *restrições neutras em relação ao conteúdo (content neutral)*. Dessa vez, porém, o julgamento foi pela inconstitucionalidade da lei regulatória. O governo havia então sugerido dois interesses para justificar sua pretensão restritiva, nomeadamente: (a) a prevenção de atos capazes de provocar reações violentas (*fighting words*); e (b) a preservação da bandeira como símbolo do patriotismo e da comunhão nacional. O primeiro interesse sugerido foi de pronto descartado, já que, no entender de Justice Brennan, autor do voto da maioria, nenhuma desordem ou violação da paz pública havia se seguido da conduta de Gregory Lee Johnson⁶⁵⁵. Complementarmente, e ainda em relação ao primeiro dos interesses aventados, Johnson não havia buscado confrontar um espectador em especial, o que fazia com que a qualificação de sua atividade como “combativa” se mostrasse inadequada⁶⁵⁶.

E em relação ao segundo interesse governamental? A preservação da bandeira dos Estados Unidos como símbolo da unidade nacional justificaria a restrição ao discurso simbólico de Johnson? De início, Justice Brennan fez questão de classificar o ato simbólico perpetrado pelo acusado como um discurso de natureza política: detalhe nada insignificante na medida em que a categoria dos discursos políticos sempre ocupou lugar central no sistema protetivo da Primeira Emenda. O seu “raciocínio classificatório” foi o

⁶⁵⁵ 491 U.S. 397, 407-08 (1989): “Texas claims that its interest in preventing breaches of peace justifies Johnson’s conviction for flag desecration. However, no disturbance of the peace actually occurred or threatened to occur because of Johnson’s burning of the flag”.

⁶⁵⁶ 491 U.S. 397, 409 (1989): “No reasonable onlooker would have regarded Johnson’s generalized expression of dissatisfaction with the policies of the Federal Government as a direct personal insult or an invitation to exchange fisticuffs”.

seguinte: no limite, o que motivou Johnson a atear fogo na bandeira nacional não foi outra coisa senão a sua completa insatisfação com as políticas recentes do governo de seu país.

E disto se seguiu o entendimento de que a atividade regulatória governamental se voltava exclusivamente contra às mensagens implícitas no ato da queima da bandeira nacional, como, por exemplo, contra às nocivas críticas dirigidas às ideias fundantes de comunhão e unidade nacional. Em outros termos, sob a perspectiva de Justice Brennan, Johnson teve seu direito ao livre discurso cerceado única e exclusivamente em virtude do *conteúdo da mensagem* que ele buscava transmitir⁶⁵⁷. E, contra pretensões regulatórias dessa natureza, Brennan concluiu que “If there is a bedrock principle underlying the First Amendment, it is that the government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable”⁶⁵⁸.

Portanto, pode-se dizer que a incoerência entre os parâmetros decisórios empregados pela Suprema Corte em *O'Brien* e *Johnson* é apenas aparente. Em ambas situações a Corte recorreu à distinção entre restrições que tomam por base o conteúdo do discurso (content-based) e restrições que são neutras *vis-à-vis* à mensagem comunicada (content neutral). O que farei nas próximas duas subseções é oferecer mais detalhes a respeito da evolução, das consequências e dos desafios envolvendo a aplicação dessas duas espécies restritivas a disputas constitucionais concretas.

6.1.2. Restrições de conteúdo:

Restrições de conteúdo correspondem a atos normativos que *discriminam* atividades discursivas em razão daquilo que elas buscam comunicar. Leis que proíbem a contratação de professores comunistas ou uso da suástica em público servem como exemplos de proibições ao discurso animadas exclusivamente pela discordância ao conteúdo de suas mensagens⁶⁵⁹. Por outro lado, leis que limitam o discurso indiretamente, ou ainda, que acabam por afetar o discurso sem que, contudo, tenha levado em consideração o conteúdo de sua mensagem, são chamadas de *restrições neutras*⁶⁶⁰. A proibição de manifestações

⁶⁵⁷ 491 U.S. 397, 413 (1989): “Johnson’s political expression was restricted because of the content of the message he conveyed. We must therefore subject the State’s asserted interest in preserving the special symbolic character of the flag to ‘the most exacting scrutiny’”.

⁶⁵⁸ 491 U.S. 397, 414 (1989).

⁶⁵⁹ Geoffrey R. Stone. Content Regulation and the First Amendment. 25 William and Mary Law Review 189 (1983). P.189.

⁶⁶⁰ Ibidem. P. 190.

nas proximidades de hospitais e escolas, bem como o uso de autofalantes em bairros residenciais exemplificam tais restrições.

Quanto à sua origem histórica, a distinção entre *content-based* e *content neutral regulations* remonta a decisões da Suprema Corte nas décadas de 1930 e 1940. Entretanto, foi somente no início da década de 1970⁶⁶¹ - ou mais especificamente, somente a partir de *Schacht v. United States*⁶⁶² - que tal distinção começou a se tornar central na adjudicação constitucional da Primeira Emenda. Em *Schacht*, a Corte invalidou por unanimidade uma lei que tornava crime o uso de uniformes militares em produções teatrais. Melhor dizendo, a lei proibia o uso performático da farda militar *exclusivamente* àquelas representações tidas como capazes de suscitar um sentimento de desprezo pelas forças armadas. Justice Black, autor da opinião da Corte, admitiu, antes de mais nada, que a proibição *indiscriminada* do uso de trajes militares a *toda e qualquer* performance teatral encontrava-se ao alcance dos poderes regulatórios legítimos do Estado. Contudo, algo distinto acontecia quando a restrição se aplicava tão somente a performances nas quais o exército era objeto de crítica: nesses casos, a restrição se baseava no conteúdo da mensagem, o que, segundo Justice Black, correspondia a algo simplesmente inadmissível⁶⁶³.

À primeira vista, parece haver uma espécie de incoerência em *Schacht*: afinal, o que Justice Black em última instância sugeriu foi que uma lei mais restritiva – ou seja, uma lei que proibia *indiscriminadamente* todo e qualquer uso performático do uniforme militar – não acarretava maiores problemas à Primeira Emenda; em contrapartida, uma lei menos restritiva – isto é, que proscovia apenas o uso daqueles trajes em atuações teatrais críticas ao exército – foi avaliada como patentemente inconstitucional. Entretanto, esse “sentimento de incoerência” é contornado tão logo percebemos que à luz dos princípios substantivos da liberdade de discurso *a maneira pela qual uma atividade discursiva é regulada muitas vezes é mais problemática do a quantidade de atividades discursivas efetivamente postas na ilegalidade*⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ Geoffrey R. Stone. Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century. 36 Pepp. L. Rev. 2 (2009). P.278: “Until roughly 1970, the Court did not clearly see that laws regulating expression posed a different First Amendment issue than laws regulating expression without regard to content”.

⁶⁶² 398 U.S. 58 (1970).

⁶⁶³ 398 U.S. 58, 63 (1970): “The final clause of § 772 (f), which leaves Americans free to praise the war in Vietnam but can send persons like Schacht to prison for opposing it, cannot survive in a country which has the First Amendment”.

⁶⁶⁴ Geoffrey R. Stone (2009). Op. Cit. P. 279.

Dois anos após *Schacht*, em *Police Department of Chicago v. Mosley*⁶⁶⁵, a Suprema Corte mais uma vez deu a entender ser mais importante avaliar *como* o discurso é cerceado do que propriamente *a quantidade* de atividades suprimidas. Em *Mosley*, o poder legislativo de Chicago promulgou lei proibindo manifestações a uma distância de 150 pés de escolas durante o período de aulas. Porém, a lei trazia consigo uma exceção: manifestações pacíficas envolvendo direitos trabalhistas eram permitidas. A Suprema Corte então interpretou a exceção a favor de manifestações de cunho trabalhista como violando a cláusula de igual proteção (*equal protection clause*). Segundo Justice Marshall, limitações governamentais ao discurso que se baseassem no conteúdo da mensagem transmitida eram *presumivelmente inconstitucionais*. No mais, tais presunções só poderiam ser superadas (na prática elas quase nunca o foram) após a realização de um *escrutínio rigoroso/estrito* dos interesses estatais envolvidos na limitação do discurso. Em *Mosley*, a Corte julgou pela inconstitucionalidade da lei estadual, condenando severamente a distinção por ela realizada entre manifestações trabalhistas e demais protestos pacíficos.

Da leitura do parágrafo anterior depreende-se haver entre os conceitos “igual proteção”, “presunção de inconstitucionalidade” e “escrutínio estrito” uma íntima relação. Relativamente ao primeiro conceito, faz-se necessário reconhecer que, no limite, *Schacht* e *Mosley* foram resolvidos com base na *cláusula de igual proteção* (Décima Quarta Emenda)⁶⁶⁶. Para começar, estava longe de ser algo incontestável que Daniel Schacht e Earl Mosley tinham o direito constitucional assegurado em, respectivamente, (a) vestir uniforme militar durante uma exibição teatral e (b) protestar em frente a uma escola durante o período de atividades escolares. Certamente, o que a Constituição norte americana colocava acima de qualquer dúvida era o direito assegurado a ambos de serem julgados com base nos *mesmos critérios* utilizados em (a) situações caracterizadas pelo uso de uniformes em apresentações não críticas ao exército, no caso de *Schacht*, e (b) em

⁶⁶⁵ 408 U.S. 92 (1972).

⁶⁶⁶ Erwin Chemerinsky, Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech: Problems in the Supreme Court's Application, 74 S. CAL. L. Rev. 49 (2000). P. 51-52 “In *Police Department of Chicago v. Mosley* and *Carey v. Brown* the Court expressly relied on the Equal Protection Clause in declaring unconstitutional subject-matter restriction on speech on public sidewalks”; “The Supreme Court expressly used equal protection for analyzing the Chicago ordinance. Justice Marshall, writing for the Court, said ‘Because Chicago treats some picketing differently from others, we analyze this ordinance in terms of Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment’”. Ver também: Geoffrey R. Stone (2009). Op. Cit. P. 281.

protestos pacíficos de cunho trabalhistas dentro de um raio de 150 pés da instituição de ensino, no que diz respeito à *Mosley*⁶⁶⁷.

Então, a mera insinuação de que discriminações entre conteúdos discursivos em alguma medida se equiparavam às discriminações perpetradas contra a população negra no contexto da doutrina do direito à igualdade⁶⁶⁸ viabilizou a criação de um critério que tornava quase impossível (*forte presunção de inconstitucionalidade*) a prevalência dos interesses restritivos naquelas situações. Sem embargo, a esse critério - responsável por *escrutinar rigorosamente* os interesses preconizados pelo governo - só foi conferida uma definição mais precisa em *Carey v. Brown*⁶⁶⁹, alguns anos depois de *Mosley*. Em *Carey*, a Corte invalidou uma lei de Illinois que impedia a realização de manifestações na proximidade de uma área residencial, com a exceção de protestos de cunho trabalhista. As semelhanças com *Mosley* não passaram despercebidas aos olhos da Corte: Justice Brennan, escrevendo para a maioria, disse: “*what we said in Mosley has equal force in the present case*”; e, logo em seguida, transcreveu as palavras proferidas por Justice Marshall naquela oportunidade:

“The central problem with Chicago's ordinance is that it describes permissible picketing in terms of its subject matter (...). Any restriction on expressive activity because of its content would completely undercut the 'profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open’”⁶⁷⁰.

A despeito da proximidade temática entre *Mosley* e *Carey*, a linha argumentativa adotada pelo poder público para fazer valer suas pretensões restritivas tentou a todo custo diferenciá-los, concentrando-se para tanto numa alegada desproporção entre a *relevância dos interesses governamentais* envolvidos em cada caso. Em síntese, argumentou-se que a privacidade do lar doméstico representava um valor constitucionalmente mais substancial (mais pesado) do que o interesse na tranquilidade das atividades escolares. À vista disso, a pretensão governamental em *Carey* justificaria uma regulação ao conteúdo discursivo (*content-based*), ao contrário do que ocorrera com os frágeis interesses governamentais suscitados em *Mosley*⁶⁷¹. E foi justamente em resposta a esse argumento

⁶⁶⁷ Geoffrey R. Stone (2009). Op. Cit. P. 282.

⁶⁶⁸ Geoffrey R. Stone (2009). Op. Cit. P. 282: “(...), the Court seemed to be saying in *Mosley* that content-based regulation in the First Amendment context was analogous to discrimination against African-Americans in the Equal Protection context”.

⁶⁶⁹ 447 U.S. 455 (1980).

⁶⁷⁰ 447 U.S. 455, 463 (1980).

⁶⁷¹ 447 U.S. 455, 464 (1980): “Appellant explains that whereas the Chicago ordinance sought to prevent disruption of the schools, concededly a ‘substantial’ and ‘legitimate’ governmental concern (...), the Illinois

que Justice Brennan estipulou com maiores detalhes os critérios constitutivos do *escrutínio estrito*:

“We find it unnecessary, however, to consider whether the State's interest in residential privacy outranks its interest in quiet schools in the hierarchy of societal values. For even the most legitimate goal may not be advanced in a constitutionally impermissible manner. And though we might agree that certain state interests may be so **compelling** that where no adequate alternatives exist a content-based distinction if **narrowly drawn** - would be a permissible way of furthering those objectives (...) this is not such a case.”⁶⁷² (Os grifos são meus).

Assim interpreto o enunciado acima transcrito: há, num primeiro instante, a admissão de que, em certas situações, restrições baseadas no conteúdo podem prosperar, ou seja, o reconhecimento de que a proibição a restrições de conteúdo não é absoluta (e aí está a explicação para o “presumivelmente inconstitucional”)⁶⁷³. Contudo, à superação da presunção de inconstitucionalidade de normas que regulam seletivamente conteúdos discursivos exige-se a satisfação de dois rigorosos critérios (*escrutínio estrito*), são eles: (a) que haja um interesse estatal imperioso (*compelling interest*); e (b) que a restrição seja estritamente orientada (*narrowly tailored*) para o atingimento deste interesse. Apoiado em tais critérios, Justice Brennan rechaçou as pretensões regulatórias do Estado, e assim o fez sobretudo por não ter ficado claro como exatamente a distinção operada pela lei (entre manifestações pacíficas trabalhistas e manifestações pacíficas não trabalhistas) ajudaria a garantir a satisfação dos interesses governamentais na privacidade⁶⁷⁴.

Em teoria, o *escrutínio estrito* reconhece a possibilidade de restrições de conteúdo. Na prática, porém, o teste equivalia (e ainda equivale) a uma proibição absoluta a limitações do discurso a partir de seu conteúdo⁶⁷⁵. É por isto que Barry Macdonald, em

statute was enacted to ensure privacy in the home, a right which appellant views as paramount in our constitutional scheme. For this reason, he contends that the same content-based distinctions held invalid in the Mosley context may be upheld in the present case”.

⁶⁷² 447 U.S. 455, 465 (1980).

⁶⁷³ Cf. Macdonald, Barry. Speech and distrust: rethinking the content approach to protecting the freedom of expression. *Notre Dame Law Review*. Notre Dame, v.81 (2006). P. 1363: Barry Macdonald enxerga no reconhecimento em *Carey* da natureza não absoluta da proibição a restrições ao conteúdo uma verdadeira mudança relativamente ao caráter absoluto da proibição anteriormente expresso em *Mosley* (*Mosley's principle of absolute content neutrality*): “With this one ambivalent statement [*Carey's*], however, the Court began a significant doctrinal shift towards the notion that content-based regulations of speech could demonstrate a sufficiently compelling interest for the restriction and that it was narrowly tailored to serve that interest”.

⁶⁷⁴ 447 U.S. 455, 465 (1980): “Appellant can point to nothing inherent in the nature of peaceful labor picketing that would make it any less disruptive of residential privacy than peaceful picketing on issues of broader social concern. **Standing alone, then, the State's asserted interest in promoting the privacy of the home is not sufficient to save the statute**”. (Os grifos são meus).

⁶⁷⁵ A não ser, como veremos na seção 6.2, a restrição de conteúdo seja considerada como “neutra em relação a pontos de vista” (*viewpoint neutral*).

sua extensa reconstrução teórica sobre a proibição da discriminação do discurso pelo conteúdo comunicado, enfatiza que “In the twenty cases commencing with Carey where a majority of the Court has applied a strict scrutiny standard for reasons of content discrimination, it has found it every one to be unconstitutional”⁶⁷⁶.

6.1.3. Restrições neutras:

Do outro lado da distinção figuram as restrições neutras em relação ao conteúdo. Não há dúvidas de que a Suprema Corte é bem mais tolerante no tocante a tais restrições⁶⁷⁷. E isso se dá sobretudo por serem elas: (1) consideravelmente menos aptas a influenciar/manipular o debate público de ideias, (2) como também menos capazes de serem animadas por “motivações impróprias/ilegítimas”⁶⁷⁸⁶⁷⁹. Se por um lado a Corte escrutiniza estritamente todos os casos envolvendo restrições de conteúdo (ou melhor, todos os casos *exceto aqueles que dizem respeito aos discursos marginais*), quanto às restrições neutras há um leque maior de *standards* empregados para avaliar a constitucionalidade dos atos normativos que regulam o discurso⁶⁸⁰. Geoffrey R. Stone indica-nos pelo menos três diferentes critérios decisórios já utilizados pela Corte para examinar a validade de uma regulação neutra, nomeadamente: (a) revisão deferente; (b) revisão intermediária; e (c) revisão estrita⁶⁸¹.

A partir da *revisão deferente*, a Corte confirma a constitucionalidade de leis neutras em relação ao conteúdo, contanto que seja possível assegurar que *interesses governamentais legítimos* estejam sendo por elas promovidos. O caráter deferente dessa

⁶⁷⁶ Macdonald, Barry. Speech and distrust: rethinking the content approach to protecting the freedom of expression. Notre Dame Law Review. Notre Dame, v.81 (2006). P. 1365. Nesse mesmo sentido: Geoffrey R. Stone. Content-Neutral Restrictions. 54 University of Chicago Law Review 46 (1987). P. 48: “outside the realm of low-value speech, the Court has invalidated almost every content-based restriction that it has considered in the past thirty years”.

⁶⁷⁷ Macdonald, Barry (2006). Op. Cit. P.1370.

⁶⁷⁸ Geoffrey R. Stone (1978). Op. Cit. P. 107: “the Court’s special treatment of content-based restrictions can be explained, at least generally, in terms of the **uniquely distorting impact** they have upon the “marketplace of ideas” and the **particularly high likelihood that their passage may have been tainted by the presence of a fundamentally illegitimate motive**”. (Os grifos são meus); conferir também: Geoffrey R. Stone (1987). Op. Cit. P.56.

⁶⁷⁹ Cf. Elena Kagan. Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine. 63 U. Chi. L. Rev. 413 (1996): Elena Kagan define “motivos impróprios” como aqueles que resultam da hostilidade, antipatia e auto interesse do governo *vis-à-vis* o discurso regulado. Ver também: Geoffrey R. Stone (2009). Op. Cit. P. 280.

⁶⁸⁰ Geoffrey R. Stone. Content-Neutral Restrictions. 54 University of Chicago Law Review 46 (1987). P. 48: “(...) while the Court strictly scrutinizes virtually all content-based restrictions of high-value speech, it applies a broad range of standards to test the constitutionality of content-neutral restrictions”.

⁶⁸¹ Cf. Geoffrey R. Stone (1987). Op. Cit. P. 50-54.

postura deriva do fato de os tomadores de decisão não se engajarem profundamente na investigação, seja da relevância dos interesses governamentais, seja dos meios alternativos para alcançá-los⁶⁸². Isto posto, sempre que se recorre a um escrutínio deferente, a pretensão restritiva prevalece sobre o discurso⁶⁸³. A *revisão intermediária*, por sua vez, impõe à Corte um exame mais minucioso acerca da relevância dos interesses governamentais promovidos pelo ato normativo, como também um maior comprometimento na procura por alternativas regulatórias menos restritivas ao discurso. Como consequência desse incremento de rigor analítico, na revisão intermediária uma parcela maior de atos restritivos levados a julgamento são invalidados. Por fim, a *revisão estrita* exige que os interesses governamentais sejam: imperiosos (*compelling*), e não apenas relevantes; e *estritamente orientados* (*narrowly tailored*) para a consumação daqueles interesses⁶⁸⁴. O acréscimo dessa nova camada de rigor resulta na declaração de inconstitucionalidade da quase totalidade de atos normativos que caem sob o jugo do *escrutínio estrito*.

A escolha entre os três critérios decisórios (revisão deferente, intermediária ou estrita) costuma ser determinada pelo *grau de interferência dos interesses governamentais nas oportunidades de concretização dos interesses vinculados à liberdade de discurso*⁶⁸⁵, o que é dizer: quanto mais nocivo for o impacto gerado pela regulação sobre os princípios substantivos ligados ao discurso, tanto mais rigoroso será o escrutínio empregado. A Corte reconhece que em algumas situações restrições neutras também distorcem o debate público de ideias⁶⁸⁶ e/ou que são animadas por motivos

⁶⁸² Por exemplo: o segundo critério do teste criado em *O'Brien* exige que a restrição ao discurso: (...) “furthers an important or **substantial governmental interest**”. (Os grifos são meus). Contudo, como assinala Geoffrey R. Stone (1987). Op. Cit. P. 51: “the Court defines the governmental interest at the broadest possible levels and then invariably terms any legitimate governmental interest ‘substantial’. A ‘substantial’ interest (...) is thus one that ‘has substance’ or is ‘not imaginary,’ rather than one that is ‘important’ or ‘weighty’”. No que diz respeito à exigência da inexistência de meios alternativos para o alcance dos interesses estatais (o que corresponderia ao quarto critério do teste de *O'Brien*), Ibidem. P. 52 afirma que “Similarly, formulations 3 and 4 purport to require that the challenged restriction be ‘no greater than is essential to the furtherance’ of the governmental interest. In applying these formulations, however, the Court never engages in such an inquiry”.

⁶⁸³ Ibidem. P.50-51.

⁶⁸⁴ Ibidem. P. 53.

⁶⁸⁵ Ibidem. P.58: “There is a strong correlation in practice (...) between the extent to which a challenged law actually interferes with the opportunities for free expression and the Court’s use of the strict, intermediate, and deferential standards of review identified earlier”; Conferir também: Geoffrey R. Stone (2009). Op. Cit. P. 291.

⁶⁸⁶ Cf. Geoffrey R. Stone. Restriction of Speech Because of Its Content: The Peculiar Case of Subject-Matter Restrictions. 46 University of Chicago Law Review 81 (1978). P.102. Restrições superficialmente neutras podem, sem embargo, (1) ser *aplicadas* desigualmente *vis-à-vis* conteúdos discursivos diversos, bem como (2) ter efeitos (ou graus de rigor) desiguais consoante à natureza da mensagem propagada ou à condição daquele que a profere.

impróprios⁶⁸⁷ (o que faz com que a diferença entre as duas regulações seja “de grau” e não “de tipo/natureza”⁶⁸⁸). Ainda assim, *pressupondo-as* como menos perigosas aos valores associados à Primeira Emenda, a Suprema Corte concentra seus esforços analíticos em duas considerações: (a) na avaliação do quanto um ato normativo efetivamente reduz a quantidade total (isto é, a vitalidade) do debate público de ideias; avaliação esta que é realizada por meio da procura por meios alternativos (e igualmente eficazes) para a comunicação da mensagem regulada; e (b) no exame do quanto a regulação ao discurso afeta *desproporcionalmente* grupos, indivíduos e causas particulares⁶⁸⁹. Vejamos como essas considerações se dão na prática.

Recordo o seguinte: a lei que suscitou a condenação de O’Brien não tornava crime todo e qualquer discurso simbólico que pudesse ser levantado contra a política bélica das forças armadas no Vietnã, mas tão somente aqueles que eram realizados mediante a destruição ou danificação do cartão de identificação do recrutamento militar. Analogamente, a regulação sob análise em *Clark v. Community for Creative Non-Violence*⁶⁹⁰ - que impedia que pessoas montassem tendas e dormissem em parques públicos -, apesar de *indiretamente* impedir que um grupo de manifestantes pernoitasse num parque público para protestar contra a situação de abandono dos moradores de rua, não visava *imediatamente* nenhum tipo de discurso. Não se discute que tanto David O’Brien como os manifestantes em *Community for Creative Non-Violence* foram silenciados: de fato, eles sofreram uma restrição em suas oportunidades discursivas. Mesmo assim, em ambos os casos a Corte aplicou um escrutínio mais brando (revisão deferente), julgando, por consequência, pela constitucionalidade dos respectivos atos normativos. E isso se deu por ela entender que aos que quisessem protestar contra a política bélica do governo norte americano ou contra as condições de abandono dos

⁶⁸⁷ Ou seja, o poder público também é capaz de avançar interesses espúrios (sob a perspectiva das justificativas subjacentes à Primeira Emenda) pela via de “regulações superficialmente neutras ao conteúdo”.

⁶⁸⁸ Geoffrey R. Stone (1978). Op. Cit. P. 107.

⁶⁸⁹ Geoffrey R. Stone (1987). Op. Cit. P. 59.

⁶⁹⁰ 468 U.S. 288 (1984).

moradores de rua, outros canais igualmente efetivos para a comunicação daquelas mensagens ainda estavam à disposição⁶⁹¹⁶⁹²⁶⁹³.

Em outras situações, como costuma acontecer quando o objeto da restrição é todo um *modo de expressão*, a Corte passa a ser menos deferente em sua revisão de constitucionalidade. Desse jeito, sempre que se viu diante de atos normativos que proibiam distribuição de panfletos⁶⁹⁴; solicitações feitas de porta em porta⁶⁹⁵ ou a exibição de anúncios publicitários em vias públicas⁶⁹⁶, os interesses governamentais envolvidos (respectivamente, a manutenção da limpeza das ruas; a redução do número de crimes e

⁶⁹¹ Isso significa que as regulações não causavam grande impacto no vigor do debate público a respeito da ‘questão militar’ e da ‘questão dos moradores de rua’. Cf. Geoffrey R. Stone (1987). Op. Cit. P.71. Adicionalmente, a Corte julgou que o *impacto desproporcional* que a regulação que baniu a danificação dos comprovantes de alistamento causava nas oportunidades discursivas dos críticos à guerra (comparativamente àqueles que a defendiam) não era severa o suficiente para aumentar o rigor do escrutínio utilizado na revisão constitucional do ato normativo. Cf. Geoffrey R. Stone (1987). Op. Cit. P. 84: “the actual restrictive effect of the challenged law is clearly disparate, but it is not severe, for even the disproportionately disadvantaged speakers may readily shift to alternative means of expression. In such circumstances, the disparate impact does not significantly restrict free expression, nor does it appreciably distort public debate. And it is unlikely to be the result of improper motivation (...)”.

⁶⁹² O escrutínio que orientou a Corte em *O’Brien* e em *Community for Creative Non-Violence* tornou-se ainda mais deferente em *Ward v. Rock Against Racism* [491 U.S. 781 (1989)]. Em *Ward* deliberou-se que a regulação do volume de amplificadores sonoros em concertos de rock no Central Park não violava a Primeira Emenda. Esse resultado foi atingido mediante a reinterpretação do *O’Brien Test*, que foi reformulado numa versão composta por três critérios. Assim, a constitucionalidade da restrição neutra (escrutínio deferente) passou a depender: (I) de ela ser justificada sem referência ao conteúdo do discurso regulado; (II) de ela ser restritivamente forjada (*narrowly tailored*) para o alcance de um interesse governamental relevante e (III) de ela deixar abertos canais alternativos de comunicação [491 U.S. 781, 791 (1989)]. A maior deferência em comparação à versão anterior (*O’Brien Test*) foi resultado da interpretação conferida à segunda exigência do novo teste: nas palavras de Justice Kenedy: “the requirement of narrow tailoring is satisfied ‘so long as the (...) regulations promotes a substantial government interest that would be achieved less effectively absent the regulations’ [491 U.S. 781, 799 (1989)]. Isso quer dizer que o ato normativo restritivo preenche o requisito do “narrowly tailored” contanto que corrobore em alguma medida na promoção do interesse governamental relevante, ainda que porventura se verifique a existência de alternativas menos gravosas ao discurso (resumidamente, trata-se de um teste de adequação e não de necessidade).

⁶⁹³ O escrutínio deferente também é comumente utilizado em casos envolvendo a regulação do discurso em razão do *tempo, lugar e modo de proferimento* (*time, place and manner*). Em *Adderley v. Florida* [385 U.S. 39 (1966)], mais de três décadas antes de *Ward*, Justice Black já havia confirmado a legitimidade do poder do Estado em exercer controle sobre suas próprias propriedades (sob a condição de o fazer de maneira não discriminatória). Naquela oportunidade a Corte julgou a condenação de cerca de 200 estudantes que invadiram área pertencente a um complexo prisional no condado da Flórida, com o intuito de protestar contra a prisão de seus companheiros durante um protesto em favor dos direitos civis. A proibição (neutra) de manifestações nas proximidades de escolas, presídios e hospitais tinha um considerável potencial de restringir as oportunidades expressivas disponíveis aos manifestantes, em especial quando tais discursos tinham como alvo prioritário (se não exclusivo) os responsáveis administrativos por aquelas instituições (e.g., em *Adderley*, os responsáveis pelo sistema carcerário). Disto se segue que, relativamente a um grupo específico de falantes, regulações de “tempo, modo e lugar” pode criar sólidas barreiras frente ao livre fluxo de ideias. Nada obstante, em tais situações a Corte costuma adotar um *escrutínio deferente* à pretensão restritiva governamental, acima de tudo por acreditar que, numa perspectiva global, regulações dessa natureza causam pouco impacto no trânsito de ideias. Cf. Geoffrey R. Stone (1987). Op. Cit. P. 68-69.

⁶⁹⁴ *Schneider v. State of New Jersey*, 308 U.S. 147 (1939)

⁶⁹⁵ *Martin v. City of Struthers*, 319 U.S. 141 (1943).

⁶⁹⁶ *Metromedia, Inc. v. City of Saint Diego*, 453 U.S. 490 (1981).

incômodos à privacidade; a garantia da segurança dos motoristas contra possíveis distrações visuais) foram avaliados com um rigor analítico maior (escrutínio intermediário). Àqueles que distribuíam panfletos; à testemunha de Jeová que batia de porta em porta visando propagar suas crenças; e aos anunciantes de *outdoors*, estavam disponíveis meios alternativos para transmitir idêntico conteúdo expressivo. Contudo, seriam esses meios alternativos totalmente intercambiáveis entre si? Na visão da Corte, a mudança do meio (ou do canal) pelo qual a mensagem era transmitida em tais casos não podia ser feita a não ser que para tanto fosse pago um alto preço. Isto porque: “although speakers often can shift to alternative means of communication, the very fact that a speaker prefers the prohibited means of expression suggests that something is lost in transition”⁶⁹⁷. Adicionalmente, dado que alguns *modos de expressão* são mais utilizados por certos segmentos da sociedade (por serem mais baratos ou acessíveis, por exemplo), torná-los *inteiramente indisponíveis* equivaleria a erguer sólidas barreiras diante das pretensões discursivas de todo aquele segmento (e, com isto, manipular, mediante uma regulação neutra em relação ao conteúdo, o debate público de ideais).

Algumas vezes a Corte é ainda mais rigorosa, engajando-se assim numa *revisão estrita* de leis que parecem regular o discurso de forma neutra. Ao fim e ao cabo, o grau de rigor por ela empregado em seu exame de Constitucionalidade é uma função da intensidade com que os atos restritivos em análise afetam *desigualmente* os canais de comunicação disponíveis. Eis aqui um exemplo: sabe-se que durante o período de segregação racial no sul dos Estados Unidos uma das maneiras mais eficazes (quem sabe mesmo a única maneira disponível) de se reivindicar a igualdade de oportunidades entre negros e brancos passava pela judicial. Nesse sentido, a ação judicial representava uma verdadeira forma de expressão. E, sem sombra de dúvidas, a NAACP (National Association for the Advancement of Colored People) correspondia à associação que melhor perfilhava essa estratégia. Em 1956, apenas dois anos após *Brown v. Board of Education*⁶⁹⁸, o estado da Virgínia promulgou lei proibindo que qualquer organização figurasse como parte interessada em processos judiciais, salvo quando neles houvesse algum interesse pecuniário direto⁶⁹⁹. A mera existência dessa lei, ao proscrever a forma

⁶⁹⁷ Geoffrey R. Stone (1987). Op. Cit. P. 65.

⁶⁹⁸ 347 U.S. 483 (1954).

⁶⁹⁹ Apesar de neutra em relação ao conteúdo, tal lei, tendo em vista o contexto histórico em que foi promulgada, tinha o claro objetivo de diminuir a influência política da NAACP. Isto evidencia que leis neutras em relação ao conteúdo podem ter força restritiva igual ou maior àquelas que regulam o discurso com base em seu conteúdo comunicacional.

mesma pela qual a NAACP travava suas batalhas, colocava em grave perigo os planos políticos daquela associação. Assim, a Corte julgou pela sua inconstitucionalidade. É verdade que outros meios de comunicação permaneciam abertos à NAACP (e.g., distribuição de panfletos e publicação de manifestos em jornais); mas, apesar disso, a maioria dos Justices interpretou que a restrição perpetrada pelo governo da Virgínia não se traduzia num simples fechamento de uma dentre muitas vias comunicativas intercambiáveis entre si, e sim na completa obstrução do caminho mais efetivo de manifestação política disponível⁷⁰⁰. Por conseguinte, a Corte valeu-se do escrutínio estrito para afastar o suposto interesse governamental na prevenção de práticas ligadas à captação abusiva de clientes (*barratry and champerty*)⁷⁰¹. Em dois casos posteriores – *Buckley v. Valeo*⁷⁰² e *Brown v. Socialist Workers*⁷⁰³, a Corte, valendo-se de uma linha argumentativa similar àquela empregada em *NAACP v. Button*, novamente apreciou a constitucionalidade das regulações ao discurso por intermédio de um *escrutínio estrito*.

Como busquei demonstrar a partir dos julgamentos acima descritos, o desenvolvimento de diferentes *standards* de revisão constitucional para o exame de constitucionalidade das restrições neutras foi o resultado da preocupação por parte da Corte em calibrar o seu rigor analítico “conforme o *grau de fundamentalidade* do direito

⁷⁰⁰ Geoffrey R. Stone (1987). Op. Cit. P. 61: “(...) there were two distinct components to the conclusion in *Button* that the Virginia statute had a severe effect on the opportunities for free expression: (1) the law substantially limited the availability (2) of a very important means of political action. Both components must be present for the Court to invoke strict scrutiny.”

⁷⁰¹ Cf. *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415 (1963).

⁷⁰² 424 U.S. 1 (1976): Em *Buckley* a Corte invalidou um dispositivo do código eleitoral federal (*Federal Election Campaign Act of 1971*) que, regulando o financiamento privado a campanhas eleitorais, fixava um limite no valor de mil dólares a ser respeitado por cada contribuinte. Na visão da Corte, as restrições orçamentárias impostas pelo dispositivo em questão poderiam eventualmente causar um impacto severo na liberdade de discurso dos interessados em contribuir financeiramente com a corrida eleitoral, e, em consequência disso, mitigar o vigor do debate público de ideias políticas [424 U.S. 1, 19 (1976)]. Ecoando a lógica da “impermutabilidade dos canais de comunicação” desenvolvida em *Button*, a Corte entendeu que à estratégia discursiva caracterizada pelo aporte financeiro a campanhas eleitorais inexistiam alternativas igualmente eficazes.

Todavia, relativamente a doações realizadas diretamente a candidatos políticos (e não a suas campanhas), a Corte entendeu que existiam alternativas igualmente eficazes, e.g., contribuições aos comitês de campanha do candidato. Em razão disso, a parte do dispositivo que dizia respeito exclusivamente a contribuições diretas a candidatos passou por um escrutínio intermediário e, em seguida, foi considerada constitucional.

⁷⁰³ 459 U.S. 87 (1982): Em *Brown* uma lei estadual que obrigava partidos políticos a revelarem publicamente o nome e o endereço de todos os seus contribuintes foi derrubada pela Corte. Para invalidá-la, a Corte argumentou que a “inviolability of privacy in group association may in many circumstances be indispensable to preservation of freedom of association, particularly where a group espouses dissident beliefs”. Ou seja, relativamente a alguns partidos políticos (sobretudo em relação ao Partido Socialista dos Trabalhadores), a regulação correspondia a um fardo *desproporcionalmente pesado*. No mais, reconheceu-se na liberdade de associação – tal como em *Button* havia-se reconhecido no direito de ação – uma via de expressão política única e não intercambiável. Geoffrey R. Stone (1987). Op. Cit. P.62-63.

limitado pela lei e o tipo limitação imposta”⁷⁰⁴. Em última instância, tal preocupação pode ser traduzida numa estratégia avançada pela jurisdição constitucional da Primeira Emenda em *balancear* os valores associados à liberdade de discurso com os interesses mais imediatos sugeridos pelo poder governamental na regulação do discurso (cf. seção 6.4.2: Forma e Substância nos critérios gerais).

6.2. Bifurcação das restrições ao conteúdo: restrições de matérias e restrições de pontos de vista.

6.2.1. Introdução

Considerem um regulamento que impeça *qualquer* tipo de manifestação política numa base militar habitualmente aberta para a visita pública⁷⁰⁵. Em virtude de tal proibição, candidatos a cargos políticos são impedidos de distribuir panfletos, bem como de organizar palestras a fim de expor suas plataformas eleitorais. Outros temas estão liberados: seminários sobre educação financeira, sobre o consumo abusivo de drogas e sobre questões religiosas costumam realizar-se desimpedidamente naquela área militar. E, precisamente em função disso, isto é, por ser motivado pelo conteúdo (político) do discurso regulado, a constitucionalidade desse regulamento é desafiada.

Em compensação, é certo que o impedimento perpetrado pelo ato normativo em questão é neutro em relação aos pontos de vista em disputa: afinal, ele confere idêntico tratamento a todos os candidatos, a despeito de suas respectivas visões e preferências políticas. Portanto, *a proibição em questão tem um quê de híbrida*, pois que, se por um lado é inegável que ela avança diretamente contra um conteúdo discursivo específico (*content-based restriction*), por outro lado, ao tornar indisponível toda uma matéria/classe discursiva (*subject-matter restriction*), ela assim o faz sem que se privilegie nenhuma das perspectivas políticas em disputa.

Imaginem agora outra situação: diante do fervor do debate público em torno da justiça da empreitada militar norte americana na Guerra do Vietnã, o Congresso dos Estados Unidos decide promulgar lei banindo *indiscriminadamente qualquer* tipo de demonstração pública, seja ela contrária ou a favor da ação militar das forças armadas naquele país do sudeste asiático. Outra vez o ato normativo se fundamenta no conteúdo

⁷⁰⁴ Binenbojm, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa: As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista EMERJ*, v. 6, N. 23, 2003. P. 268 n. 29

⁷⁰⁵ Cf. *Greer v. Spock*, 424 U.S. 828 (1976).

do discurso (content-based), apesar de, ao menos superficialmente, parecer não favorecer nenhum dos pontos de vista concorrentes.

Por fim, observem este último cenário: após um devastador incêndio, uma biblioteca municipal encontra-se num processo de total reformulação de seu acervo bibliográfico. O responsável contratado pelo município para a compra dos novos livros é um historiador apaixonado pela história dos Estados Unidos, o que por certo explica o fato de a biblioteca idealizada por ele destinar-se *exclusivamente* ao estudo da cultura e da história daquele país. Diante de tal situação, alguém poderia muito bem reclamar que há no intuito do bibliotecário recém contratado uma verdadeira discriminação de conteúdo, dado que ele indiscutivelmente privilegia um tema geral em detrimento de inúmeros outros conteúdos bibliográficos à sua disposição: por que as prateleiras devem preenchidas tão somente com obras a respeito da história ianque e não por livros sobre o comunismo, sobre a culinária indiana, ou por obras clássicas da filosofia alemã? Mudando ligeiramente o cenário, imaginem agora que o bibliotecário persista em sua obsessão de angariar exclusivamente obras da história e cultura de seu país, mas, desta vez, com veemência se recuse a comprar qualquer livro crítico à guerra do Vietnã.

Quanto as duas versões do episódio descrito no último parágrafo, é indiscutível que em ambas se verificam restrições ao discurso em virtude do conteúdo de suas mensagens. Porém, é igualmente indiscutível que entre as duas situações hipotéticas há uma diferença considerável. A seleção de um grande tema (por exemplo, a história dos Estados Unidos) privilegia um conteúdo discursivo em detrimento de outros tantos igualmente disponíveis no mercado de ideias. Ainda assim, disto não se segue que tal escolha seja de algum modo capaz de *enviesar o debate público de ideias*. O mesmo não se poderia dizer no que diz respeito à censura aos livros críticos à guerra do Vietnã, porque aqui haveria não apenas uma regulação baseada no conteúdo discursivo, mas também (e o que é ainda mais grave) uma discriminação entre discursos a partir da adoção de um ponto de vista específico (*viewpoint discrimination*). Dito isto, a distinção entre *subject-matter* e *viewpoint discrimination* - que tem lugar no interior do conjunto de restrições ao conteúdo discursivo - traz à tona o seguinte questionamento: *é razoável analisar com base no mesmo tipo de escrutínio (estrito) atos restritivos que, conquanto fundados no conteúdo do discurso, interferem de modo distinto na consecução dos valores associados à liberdade de discursivo?*

A Suprema Corte não ofereceu de pronto uma resposta a essa questão. Durante a década de 1970, período em que a distinção entre restrições de conteúdo e restrições neutras ganhava cada vez mais espaço na jurisdição constitucional da Primeira Emenda, a Corte estava longe de reconhecer que regulações voltadas a toda uma matéria discursiva (subject-matter) compunham uma espécie independente do gênero “regulações ao discurso”⁷⁰⁶. Em consequência, verificou-se em relação a restrições daquele tipo uma total *ausência de padronização decisória*: em certas ocasiões a Corte interpretava-as como indistinguíveis a restrições ao conteúdo (e.g. *Mosley* e *Erznoznik*); noutros casos, porém, elas eram julgadas como de fato fossem restrições neutras (e.g., *Rowan*, *CBS*, *Lehman* e *Young*)⁷⁰⁷.

6.2.2. Restrições a matéria: neutralidade ou distorção?

Como disse na seção anterior, a diferenciação entre restrições neutras e restrições de conteúdo foi motivada acima de tudo pela percepção de que, à luz das preocupações com o melhor cumprimento das razões substantivas da Primeira Emenda, a *quantidade* efetiva de discurso regulado é por vezes menos preocupante do que o *modo* pelo qual realiza-se a regulação.⁷⁰⁸ Restrições neutras, sendo elas menos aptas a influenciar/manipular o debate público de ideias, tal como menos propensas de serem instauradas por razões impróprias, recebem, via de regra, um tratamento mais tolerante por parte da Corte (escrutínio deferente ou intermediário). De outra parte, restrições baseadas no conteúdo da mensagem são vistas como consideravelmente mais propensas a: (a) *distorcerem o debate público de ideias*; (b) serem animadas por *razões impróprias*; (c) e/ou revelarem uma *postura paternalística* da parte do governo, habitualmente expressa numa preocupação afetada com os *impactos comunicativos* da mensagem sobre os cidadãos. Por conseguinte, condiciona-se a materialização dessas últimas restrições à superação de um escrutínio muito mais rigoroso (escrutínio estrito)⁷⁰⁹.

⁷⁰⁶ Geoffrey R. Stone (1978). Op. Cit. P.115.

⁷⁰⁷ Ibidem.

⁷⁰⁸ Geoffrey R. Stone. (2009). Op. Cit. P. 279.

⁷⁰⁹ Como (a), (b) e (c) se relacionam com as “justificativas subjacentes à Primeira Emenda”? (a). Associados à noção de “livre mercado de ideias” encontram-se os valores substantivos milliano da “busca pela verdade” e do ideal republicano de Meiklejohn de “autogoverno”. Ao conferir tratamentos desiguais a discursos em razão dos seus respectivos conteúdos comunicacionais, o governo efetivamente distorce o mercado de ideias, deixando aos cidadãos uma visão incompleta e deturpada da realidade; disto se segue uma maior dificuldade em distinguir a verdade da falsidade, bem como a criação de óbices ao acesso a informações indispensáveis para tomadas de decisões neutras e inteligentes na esfera pública; (b). A imparcialidade do governo no domínio do livre discurso tende a também afetar estes valores subjetivos: a descoberta da verdade; o autogoverno numa sociedade democrática e a autorrealização individual; (c). Por fim, quando

E no que diz respeito às restrições a matérias (*subject-matter restriction*), seriam elas afinal mais ou menos propensas (comparativamente às restrições de conteúdo do tipo “ponto de vista”) de enfraquecer o livre mercado de ideais? Começemos por lembrar do primeiro episódio descrito na subseção anterior: quanto à vedação de *qualquer* discurso de cunho político numa dada base militar, poder-se-ia dizer que tal proibição compartilha com a classe das “restrições neutras” um significativo atributo:

“That is, although such a statute may at times have de facto, viewpoint-differential effects, **those effects are likely to be spread over a fairly wide range of issues**, thus mitigating the risk that the restriction is tainted by an improper legislation motivation directed against a particular viewpoint”⁷¹⁰. (Os grifos são meus).

Isso significa que em situações nas quais atos regulatórios tomam por objeto toda uma *extensa classe discursiva* (e.g., a classe das manifestações políticas), os problemas que elas podem suscitar aos valores substantivos associados à Primeira Emenda são análogos àqueles que em geral decorrem de restrições neutras⁷¹¹. Por outro lado, quando restrições a matérias têm como objeto regulatório uma (sub) classe de um tema mais geral (pensem no cenário em que as manifestações contra e favor da guerra do Vietnã foram censuradas) existe uma maior chance de um dos lados em disputa acabar numa desvantagem competitiva (naquele caso, o lado dos protestantes), a depender, dentre outras coisas, de sua maior sensibilidade relativamente à proibição em questão, ou mesmo de sua superior dependência em relação ao modo (canal) expressivo objeto da proscrição. Nas palavras de Geoffrey R. Stone:

“The more diffuse the impact, the greater the probability that the restriction server a governmental purpose unrelated to the suppression of disfavored ideas. With respect to narrowly defined subject-matter restrictions, however, the viewpoint-differential effect is sharply limited in scope, thus increasing the risk or improper legislative motivation”⁷¹².

Em parte, aí se encontra a explicação para a postura vacilante da Corte em seus julgamentos de constitucionalidade de *subject-matter restrictions* ao logo dos anos 70: ao

atos paternalísticos governamentais retiram de circulação certos discursos (afetando, para tanto, uma preocupação com os impactos comunicativos da mensagem em seus ouvintes), valores individuais do tipo: autorrealização, desenvolvimento da autonomia individual e crescimento pessoal e intelectual são amplamente abalados. Cf. Geoffrey R. Stone (1978). Op. Cit. P. 100-107.

⁷¹⁰ Geoffrey R. Stone (1978). Op. Cit. P. 112.

⁷¹¹ Geoffrey R. Stone (1978). Op. Cit. P. 113: “The point is rather that this type of subject-matter restriction poses problems virtually indistinguishable from those posed by content-neutral restrictions”.

⁷¹² Geoffrey R. Stone (1978). Op. Cit. P.110-11.

guardar certas semelhanças com *Mosley*, alguns casos, apesar de *superficialmente neutros* em relação a pontos de vistas (viewpoint neutral), eram, aos olhos da Corte, merecedores de um *escrutínio estrito* (e.g., *Erznoznik*). De outra parte, casos que à Corte pareciam estar mais próximos de *O'Brien* recebiam uma revisão mais branda, tendo que encarar um *escrutínio intermediário ou deferente* (e.g., *Rowan*, *CBS*, *Lehman*, *Young*). Nada obstante, as coisas raramente eram postas assim tão às claras; pelo contrário, o assunto geralmente acabava por ser simplesmente reconduzido à distinção padrão entre restrições “neutras” e “de conteúdo”⁷¹³.

Uma das primeiras vezes em que a Corte se viu diante da bifurcação entre as duas espécies de restrições ao conteúdo (“de matéria” e “de ponto de vista”) foi em *Rowan v. United States Post Office Department*⁷¹⁴. Em *Rowan* contestava-se a constitucionalidade de uma lei federal que habilitava moradores a entrarem em contato com a Agência Nacional de Correios (*Postmaster General*) com o intuito de fazer com que correspondências indesejadas cessassem de ser enviadas às suas residências. Tratava-se então de um clássico confronto entre liberdade de discurso e direito à privacidade. Havia, contudo, um detalhe na lei em questão: tendo em vista que ela propiciava *exclusivamente* o bloqueio de correspondências “ofensivas por causa de seu caráter lascivo e obsceno”, ninguém poderia negar que o que ela de fato regulava era o conteúdo (obsceno) do discurso. Ou seja, por não incidir sobre *toda e qualquer* material potencialmente ofensivo a seu receptor, mas tão somente sobre a matéria geral dos discursos sexuais, o *status* da regulação estava longe de ser “neutro”. Apesar disso, a Corte resolver examinar o propósito da legislação (nomeadamente: o de evitar que menores de idade se deparassem com aquele tipo de material) com base num *escrutínio leniente*, garantindo dessa forma a sua manutenção. Porém, absolutamente nenhum esforço argumentativo foi realizado para

⁷¹³ Outro motivo para a resistência por parte da Corte em conferir a *restrições à matéria* um tratamento distinto relativamente àquele conferido a *restrições de conteúdo* tem a ver com a importância geralmente atribuída aos valores da simplicidade e da clareza no processo decisório envolvendo a Primeira Emenda. Ou seja, a opção da Corte em não se engajar em considerações casuísticas sobre as propriedades específicas do caso concreto pode ser em grande medida justificada pela preocupação com a garantia da estabilidade e previsibilidade da prática decisória da Suprema Corte. Cf. Geoffrey. R. Stone (1978). Op. Cit. P. 114-15: “The difficulties in this analysis may suggest the most prudent course is simply to test all subject-matter restrictions by the ordinarily standards of content-based analysis. Clarity and simplicity are important values in first amendment jurisprudence, and acceptance of even a narrow sacrifice of those values in this context might have unwelcome long-range consequences”.

⁷¹⁴ 397 U.S. 728 (1970).

lançar luz nas peculiaridades do caso em apreço e diferenciá-lo das demais restrições de conteúdo⁷¹⁵.

Em *Mosley*, dois anos após *Rowan*, a Corte não só se recusou a criar novas distinções no domínio das restrições ao conteúdo, como assim o fez explicitamente⁷¹⁶. Posto que a restrição governamental fosse de *matéria* - como vimos, a proibição de todas manifestações próximas a escolas, exceto as “pacíficas de cunho trabalhista” -, e não de *pontos de vista* - o que seria o caso se a regulação realizasse distinções entre classes de trabalhadores, por exemplo - a Corte julgou pela sua inconstitucionalidade, argumentando ser completamente injustificada a discriminação entre “manifestações trabalhistas pacíficas” e “manifestações pacíficas de outros gêneros”. De certo, se a regulação sob análise em *Rowan* tivesse sido obrigada a encarar o mesmo tipo de revisão de constitucionalidade adotado em *Mosley*, os interesses governamentais não teriam sobrevivido ao seu rigoroso escrutínio analítico⁷¹⁷.

No decorrer daquela década, muitas foram as oportunidades desperdiçadas pela Corte para imprimir um mínimo de *sistematicidade* à sua abordagem a respeito de regulações à matéria. Em algumas situações, à semelhança de *Rowan*, a opinião vencedora parecia ser construída sobre a crença de que “restrições de conteúdo, porém neutras em relação a pontos de vista” eram merecedoras de uma revisão mais deferente; no entanto, lendo de perto as justificativas contidas nas opiniões da maioria naquelas situações, as suas linhas costumavam ser muito escassamente preenchidas por considerações explícitas sobre o que exatamente acionava um escrutínio mais leniente.

⁷¹⁵ Por outro lado, precavendo-se do risco de ter que avaliar o que contava como “discurso sexual” em cada caso concreto, ou ainda, precavendo-se do possível risco de ter que traçar distinções entre diferentes discursos com conotação sexual (o que representaria uma discriminação de ponto de vista), a Corte conferiu ao próprio receptor da correspondência a autoridade/responsabilidade de definir o que conta como “erotically arousing or sexually provocative”. O que quer dizer que a preocupação com a neutralidade da atuação do poder público estava sem dúvida no radar da Corte em *Rowan*: a discricionariedade conferida aos receptores foi essencial “to avoid possible constitutional questions that might arise from vesting the power to make any discretionary evaluation of the material in a governmental official” [397 U.S. 728, 757 (1970)]. Ainda assim, a Corte mostrou-se tímida ao dar um passo além e tornar explícito o porquê de restrições a matérias discursivas correspondiam a uma espécie independente (e menos grave) de restrições ao conteúdo. Cf. Geoffrey R. Stone (1978). Op. Cit. P. 84-88.

⁷¹⁶ Geoffrey R. Stone (1978). Op. Cit. P.86: “In effect, then, the Court in *Mosley* proceeded on the assumption that subject-matter restrictions are to be treated no differently from other sorts of content-based restrictions”.

⁷¹⁷ Ibidem. P.88: “*Mosley* and *Rowan* thus seem fundamentally at odds in their treatment of subject-matter distinctions”.

Nos anos que se seguiram à *Mosley*, dois julgamentos consecutivos - ambos envolvendo distinções entre as matérias “discurso comercial” e “discurso sobre questões públicas” - ajudam-nos a compreender a timidez demonstrada pela Corte em escrever com todas as letras a lógica que de fato governava parte de suas decisões. Em *CBS V. Democratic National Committee*⁷¹⁸, a Corte foi chamada a responder sobre a constitucionalidade da recusa de emissoras de rádio e televisão em vender tempo de propaganda a grupos e indivíduos que buscavam por meio delas expressar suas opiniões sobre delicados e controversos assuntos públicos. Justice Chief Burger, autor do voto vencedor, deu pouca atenção às diferenças entre restrições de matéria e restrições a pontos de vista, preferindo pôr em destaque tanto a doutrina do fórum público (*public forum*) como a *fairness doctrine*, que consiste, esta última, numa política implementada pela Agência Nacional de Comunicações (FCC) que exigia dos meios de comunicação uma cobertura ampla e equitativa sobre todos assuntos públicos. Com isso, não foi senão como um mero corolário da *fairness doctrine* (cuja existência efetivamente diminuía o *impacto desproporcional* que a recusa das emissoras poderia causar sobre certos tópicos públicos controversos) que a análise sobre restrições de matéria ganhou algum espaço (incidental) nos fundamentos do Chief Justice. Assim, na medida em que não houvesse “discriminação contra discursos controversos” (o que, com a existência da *fairness doctrine*, supunha-se garantido inexistir), a maioria da Corte acreditava ser constitucional a prática das emissoras em definir quando, como e por quem tais assuntos seriam “colocados no ar”^{719 720}.

No ano seguinte à *CBS*, em *Lehman v. City of Shaker Heights*⁷²¹, a Suprema Corte foi novamente apresentada à questão acerca da permissibilidade de *distinções temáticas* entre propagandas políticas e propagandas comerciais. Dessa vez um ato administrativo municipal permitia que espaços no interior de transportes públicos fossem alugados para

⁷¹⁸ 412 U.S. 94 (1973).

⁷¹⁹ 412 U.S. 94, 130 (1973): “In short, there is no ‘discrimination’ against controversial speech, present in this case. The question here is not whether there is to be discussion of controversial issues of public importance on the broadcast media, but rather who shall determine what issues are to be discussed by whom, and when”

⁷²⁰ Apesar disso, poderíamos suspeitar com alguma razão que, embora *implicitamente*, o fato de a política restritiva avançada pela CBS (isto é, sua recusa sistemática em vender tempo de propaganda) ter sido de matéria e não de ponto de vista foi determinante para o resultado ao qual a Corte chegou. Tal suspeita funda-se num raciocínio contrafactual segundo o qual o desfecho do julgamento em questão seria diferente se a emissora houvesse se negado a veicular exclusivamente propagandas políticas de cunho socialista. Afinal, se o caso assim tivesse se apresentado, seria pouquíssimo provável que o argumento com base no *fairness doctrine* fizesse qualquer diferença. Geoffrey R. Stone (1978). Op. Cit. P. 89-90.

⁷²¹ 418 U.S. 298 (1974).

anúncios comerciais, mas não para mensagens políticas ou para assuntos públicos delicados. Uma vez mais, tratava-se de uma ótima oportunidade para a Corte consolidar de forma inequívoca a existência de uma restrição de conteúdo menos gravosa aos interesses discursivos, nomeadamente: a restrição a matérias. Porém, a distinção permaneceu na dimensão do implícito. Seguindo os passos de *CBS*, ao ato administrativo municipal impôs-se escrutínio muito mais brando em comparação àquele utilizado em *Mosley*. Justice Blackmun, escrevendo para uma apertada maioria, chamou atenção para o fato de que a vedação de anúncios políticos no interior de transportes públicos despendia idêntico tratamento a todos os pontos de vista em disputa⁷²²; ainda assim, a premissa sobre o qual se fundava o seu argumento, qual seja, a de que a distinção temática entre propagandas comerciais e políticas representa uma espécie distinta e menos grave de distinções baseadas no conteúdo, manteve-se encoberta por considerações de menor relevância.

À primeira vista, a fundamentação decisória em *CBS* e em *Lehman* parece ter revelado uma falta de apuro conceitual por parte da Suprema Corte, principalmente pelo fato de a bifurcação operada no interior das restrições ao conteúdo não ter sido exposta em termos inequívocos. Em ambos os casos, a utilização do *escrutínio intermediário* para a análise de constitucionalidade dos respectivos atos normativos não se fez acompanhar de uma explícita dissociação da categoria “restrição ao conteúdo” nas subcategorias “restrição de matéria” e “restrição de ponto de vista”. Em contrapartida, isso pode ser parcialmente explicado pelo fato de que Corte se encontrava dividida quanto à própria correção da distinção em causa (o que justificaria sua resistência em ressaltá-la como o fator decisivo para o deslinde de questões concretas). Tanto é assim que o voto dissidente em *Lehman* (escrito por Justice Brennan e subscrito por outros três Justices), não poderia ser mais enfático ao declarar que: “(...) the discrimination is among entire classes of ideas, rather than among points of view within a particular class, does not render it any less odious. Subject matter or content censorship in any form is forbidden”⁷²³.

A posição dissidente de Justice Brennan em *Lehman* exemplifica a forma alternativa a partir da qual a Corte julgava casos envolvendo restrições de matéria: isto é,

⁷²² 418 U.S. 298, 303-04 (1974): “(...) the policies and practices governing access to the transit system's advertising space **must not be arbitrary, capricious, or invidious**. Here, the city has decided that ‘Purveyors of goods and services saleable in commerce may purchase advertising space on an equal basis, whether they be house builders or butchers’”. (Os grifos são meus).

⁷²³ 418 U.S. 298, 316 (1974).

uma abordagem que rejeitava com veemência o suposto caráter distintivo daquelas regulações baseadas no conteúdo (tal como fizera em *Mosley*). Quando diante de dois casos que, além de bastante similares, foram decididos em anos consecutivos (*Erznoznik* e *Young*), a Corte pareceu pairar entre o paradigma de *Mosley* e a lógica (oculta e pouco decifrável) que teria governado *Rowan*, *CBS* e *Lehman*. Em *Erznoznik v. City of Jacksonville*⁷²⁴ discutia-se a constitucionalidade de ato administrativo que proibia que cinemas ao ar livre (drive-in) exibissem cenas de nudez sempre que sua tela pudesse ser vista da rua. Citando *Mosley*⁷²⁵, Justice Powell sustentou que restrições a matérias, não sendo elas merecedoras de qualquer tratamento especial, deveriam suscitar o mais alto grau de rigor analítico; nas palavras do ministro: “when the government, acting as censor, undertakes selectively to shield the public from some kinds of speech on the ground that they are more offensive than others, the First Amendment **strictly limits its power**”⁷²⁶ (Os grifos são meus). Isto posto, os alegados interesses governamentais na limitação do discursivo sexual – proteção dos cidadãos contra exposições indesejáveis a conteúdos ofensivos (captivity) e prevenção de acidentes causados pela distração de motoristas – não foram fortes o suficiente para superar o *escrutínio estrito* imposto pela Corte.⁷²⁷

Comparemos agora o rigor do escrutínio utilizado em *Erznoznik*⁷²⁸ com a leniência da Corte para com os interesses governamentais envolvidos em *Young v. American Mini Theatres Inc*⁷²⁹. À semelhança de *Erznoznik*, *Young* dizia respeito à regulação imposta à matéria “discursos sexuais”. A cidade de Detroit, preocupada com a deterioração de alguns de seus bairros, promulgou portaria proibindo que cinemas que exibissem filmes com conteúdo sexual se concentrassem numa mesma área. Justice Stevens, escrevendo para a maioria (5-4), admitiu que o ato administrativo em questão

⁷²⁴ 422 U.S. 205 (1975).

⁷²⁵ 422 U.S. 205, 215 (1975): “[A]bove all else, the First Amendment means that government has no power to restrict expression because of its message, its ideas, its subject matter, or its content” (Police Dept. of Chicago v. Mosley, 408 U.S., at 95.).

⁷²⁶ 422 U.S. 205, 209 (1975)

⁷²⁷ 422 U.S. 205, 212, 214-15 (1975): “the limited privacy interest of persons on the public streets cannot justify this censorship of otherwise protected speech on the basis of its content”, “By singling out movies containing even the most fleeting and innocent glimpses of nudity **the legislative classification is strikingly underinclusive**. There is no reason to think that a wide variety of other scenes in the custom any screen diet, ranging from soap opera to violence, would be any less distracting to the passing motorist”. (Os grifos são meus).

⁷²⁸ Geoffrey R. Stone (1978). Op. Cit. P. 93: “Applying a **strict standard of justification**, the Court concluded that: ‘the limited privacy interest of persons on the public streets cannot justify this censorship of otherwise protected speech on the basis of its content’. The state interest, in other words, **was not of sufficient importance to justify a content-based restriction**”. (Os grifos são meus).

⁷²⁹ 427 U.S. 50 (1976).

discriminava discursos em razão do conteúdo comunicado. Ainda assim, Stevens declarou não ser função da Corte avaliar a sabedoria da decisão municipal em requerer que os cinemas fossem dispersos ao longo da cidade⁷³⁰. O Justice justificou a deferência dispensada aos interesses governamentais destacando, dentre outras coisas⁷³¹, o fato de que a regulação em questão de modo algum violava a obrigação primordial de neutralidade imposta ao Estado; e isto porque:

“For the regulation of the places where sexually explicit films may be exhibited is unaffected by whatever social, political, or philosophical message a film may be intended to communicate; whether a motion picture ridicules or characterizes one point of view or another, the effect of the ordinances is exactly the same”⁷³².

Ou seja, tal como ocorrera em *CBS e Lehman*, a lógica que governou a escolha por um escrutínio mais brando em *Young* foi justamente aquela fundada na percepção de que a neutralidade em relação aos pontos de vista existentes sobre uma determinada matéria fazia da restrição ao conteúdo algo menos perturbador aos valores associados à liberdade de discurso. Nada obstante, nenhum esforço foi realizado para reconciliar *Young* com as decisões as quais a Corte chegou nos anos anteriores, de maneira que se pudesse conferir um mínimo de coerência decisória aos casos envolvendo restrição ao conteúdo discursivo⁷³³. No mais, a Corte permanecia dividida quanto o próprio acerto da distinção: em *Young*, em nome dos quatro ministros vencidos, Justice Stewart simplesmente a ignorou, centrando suas atenções no binômio padrão “restrições ao conteúdo”/ “restrições neutras”⁷³⁴.

Entretanto, apesar de um início algo conturbado e assistemático, o entendimento de que restrições neutras a pontos de vista eram merecedoras de um tratamento mais

⁷³⁰ 427 U.S. 50, 71 (1976).

⁷³¹ Para além do argumento da neutralidade da regulação proposta por Detroit, Justice Stevens também apontou para o fato de que o discurso sexual pertence a uma daquelas categorias de “menor valor social” e, à vista disso, invocam um exame mais brando dos interesses associados à pretensão regulatória. Cf. 427 U.S. 50, 70-71 (1976): “few of us would march our sons and daughters off to war to preserve the citizen's right to see ‘Specified Sexual Activities’ exhibited in the theaters of our choice. Even though the First Amendment protects communication in this area from total suppression, we hold that **the State may legitimately use the content of these materials as the basis for placing them in a different classification from other motion pictures**”. (Os grifos são meus).

⁷³² 427 U.S. 50, 71 (1976).

⁷³³ Geoffrey R. Stone (1978). Op. Cit. P. 98: “According to Justice Stevens, then, subject-matter restrictions, because they are viewpoint neutral, are less troublesome than other forms of content-based restrictions, and thus should be tested by less rigorous standards. Justice Stevens made no effort to explore this theory in depth or to reconcile it with the Court’s prior subject-matter decisions”.

⁷³⁴ Geoffrey R. Stone (1978). Op. Cit. P. 99: “(...) referring to *Mosley* and *Erznoznik*, he [Justice Stewart] simply assumed that subject-matter restrictions were no different from other content-based restrictions”.

brando por parte da Corte foi aos poucos se consolidando na jurisprudência constitucional da Primeira Emenda⁷³⁵. Gradativamente, a forte presunção de inconstitucionalidade que até o momento incidia indiscriminadamente sobre todo o extenso conjunto de “restrições ao conteúdo” passou a se conformar somente àqueles casos em que à pretensão restritiva estatal fosse possível atribuir alguma *motivação imprópria*, quer dizer, uma motivação calcada no desacordo e hostilidade vis-à-vis um *ponto de vista*.

6.3. Critérios Complementares.

6.3.1. Introdução:

Antes de mais nada, gostaria de recapitular alguns pontos centrais daquilo que foi dito no decurso dos dois últimos capítulos. Em primeiro lugar, procurei mostrar que parte da história da jurisdição constitucional da Primeira Emenda, desde os meados do século passado até os dias de hoje, corresponde a uma complexificação do modelo binário (“protegido”/“não protegido”) originalmente estabelecido em *Chaplinsky*. Atualmente, afirmar que uma categoria discursiva é de “pouco valor social” significa apenas dizer que, em relação a ela, o governo dispõe de um caminho relativamente mais fácil para fazer valer suas pretensões restritivas⁷³⁶. De outra parte, declarar uma categoria discursiva como constitucionalmente protegida equivale a simplesmente chamar a atenção para as sólidas (mas ainda assim transponíveis) barreiras erguidas diante dos interesses regulatórios governamentais⁷³⁷. Em síntese: “today we seem to have disfavored versus favored categories of speech, with corresponding levels of regulation for each, rather than absolutely unprotected versus absolutely protected speech”⁷³⁸.

Os chamados “discursos periféricos” (*disfavored categories of speech*) são efetivamente protegidos sempre que a pretensão restritiva estatal for incapaz de superar o ônus argumentativo característico à categoria do discurso objeto da regulação; por

⁷³⁵ Cf. *Morse v. Frederick*, 127 S. Ct. 2618 (2007); *Nat’l Endowment for the Arts v. Finley*, 524 U.S. 569 (1998); *Rosenberger v. Rector & Visitors of Univ. of Va.*, 515 U.S. 819 (1995); *Lamb’s Chapel v. Moriches Union Free Sch. Dist.*, 508 U.S. 384 (1993); *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992); *Bethel Sch. Dist. No. 403 v. Fraser*, 478 U.S. 675 (1985); *Perry Educators’ Ass’n*, 460 U.S. 37; *Bd. Of Educ., Island Trees Union Free Sch. Dist. V. Pico*, 457 U.S. 853 (1982); *FCC v. Pacifica Found.* 438 U.S. 726 (1978).

⁷³⁶ Farber, Daniel (2009). Op. Cit. P. 918: “In short, the treatment of supposedly unprotected speech under the First Amendment has become much more nuanced, meaning that the government’s hands are tied in ways that do not apply to the regulation of nonspeech behavior”.

⁷³⁷ Farber, Daniel (2009). Op. Cit. P. 918: “Just as some ‘unprotected’ speech began to receive constitutional protection, it also become clear that under some circumstances ‘protected’ speech could be the basis of government sanctions”.

⁷³⁸ Farber, Daniel (2009). Op. Cit. P. 937.

exemplo: o discurso subversivo é protegido pela Primeira Emenda contanto que o poder governamental falhe em demonstrar que (a) ele foi enunciado diretamente para incitar ações ilegais; e (b) que, por causa dele, seja provável que tais ações realmente venham a acontecer (*Brandenburg Test*). Porém, para além dos testes específicos pertencentes a cada uma das categorias de discursos periféricos, há *formas alternativas* (ou ainda, *critérios complementares*) por meio das quais o desejo regulatório é igualmente frustrado. Tais “caminhos alternativos” têm como aspecto distintivo o fato de provocarem a *invalidação de plano* (*on its face*) de atos regulatórios ao discurso⁷³⁹. Assim, as doutrinas do *overbreadth*, do *prior restraint* e da *vagueness* permitem que regulações ao discurso sejam declaradas inconstitucionais, sem que se exija qualquer avaliação acerca dos interesses governamentais envolvidos na questão.

No que diz respeito aos *discursos presumivelmente protegidos* (*favored categories of speech*), a distinção entre “regulações ao conteúdo” e “regulações neutras” representa o *critério geral* para a definição do grau do rigor analítico a ser utilizado na revisão de constitucionalidade de um ato regulatório. Contudo, outras variáveis (e.g., a natureza do *fórum* em que o discurso foi proferido e/ou *status especial* daquele que busca se expressar)⁷⁴⁰ podem modificar o *standard* de revisão constitucional, acrescentando ou retirando uma ou mais camadas de estridência analítica, a depender das vicissitudes do caso em questão. Consequentemente, o tipo de escrutínio que em circunstâncias normais seria acionado para o exame de restrições ao conteúdo (qual seja, o escrutínio estrito) pode ser significativamente aliviado se, por exemplo, o discurso tiver sido proferido num local tradicionalmente considerado como “*não público*” (e.g., bases militares⁷⁴¹ e complexos prisionais⁷⁴²) ou/e tiver sido enunciado por um funcionário do governo, e em desacordo com a posição oficial da instituição a qual ele pertence⁷⁴³.

⁷³⁹ Resumidamente, na jurisdição constitucional dos Estados Unidos a constitucionalidade de um ato normativo pode ser desafiada de duas maneiras distintas, são elas: “de plano” (*on its face*) e “relativamente à sua aplicação” (*as-applied*). Em geral, a “invalidação de plano” tem origem num defeito na formulação da norma declarada inconstitucional; sendo assim, tais desafios consideram tão somente a validade da regulação em si mesma (e não a sua aplicação a casos concretos) e os efeitos da decisão são *erga omnes*. Ao invés, desafios à constitucionalidade relativamente à aplicação de um ato normativo (*as-applied*) são mais comuns (e mais modestos) e têm efeitos somente para as partes envolvidas na disputa constitucional. Cf. Richard H. Fallon, Jr. *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*: Harvard Law Review, Vol. 113, No. 6 (Apr., 2000), pp. 1321-1370.

⁷⁴⁰ Farber, Daniel (2009). Op. Cit. P. 927.

⁷⁴¹ Cf. *Greer v. Spock*, 424 U.S. 828 (1976).

⁷⁴² Cf. *Jones v. N.C. Prisoners' Union*, 433 U.S. 119 (1977).

⁷⁴³ Cf. *Pickering v. Bd. Of Educ.*, 391 U.S. 563 (1968).

A subseção imediatamente abaixo (6.3.2) toma como objeto os critérios complementares empregados pela Corte para impedir que discursos sejam censurados (a) previamente (*prior restraints*), (b) a partir de um ato normativo *excessivamente abrangente* (*overbreadth*); (c) ou mediante uma regulação *inconstitucionalmente vaga* (*vagueness*). A subseção subsequente (6.3.3), por seu lado, dispõe sobre a *doutrina do fórum público* (*public forum doctrine*), bem como sobre outras circunstâncias especiais capazes de alterar o grau de rigor empregado no exame dos interesses regulatórios governamentais.

6.3.2. Prior Restraints, overbreadth e vagueness.

Prior Restraints:

Se, ante ao mar de incessantes mutações e de infindas variáveis que corresponde ao corpo doutrinário da Primeira Emenda, fosse eu obrigado a eleger uma só constante, um só porto seguro, decerto elegeria a quase insuperável presunção de inconstitucionalidade a qual historicamente se impôs às tentativas de censura prévia (*prior restraint*) ao discurso⁷⁴⁴⁷⁴⁵. Mesmo as atividades discursivas mais repugnantes - aquelas às quais ninguém em sã consciência estaria disposto a conferir guarida constitucional; aquelas que apenas surgissem, de pronto ver-se-iam rechaçadas pela sociedade e pelo direito - merecem ao menos “vislumbrar a luz do sol”⁷⁴⁶. Antiga e tradicional, a repulsa à censura prévia já ecoava nos comentários de Sir. William Blackstone, antes mesmo de a Primeira Emenda ser sequer antevista; disse ele que:

“The liberty of the press is indeed essential to the nature of a free state: but this consists in laying no prior restraints upon publications (...). Every freeman has an undoubted right to lay what sentiments he pleases before the public: to forbid this, is to destroy the freedom of the press: but if he publishes what is improper, mischievous, or illegal, he must take the consequence of his own temerity”⁷⁴⁷.

⁷⁴⁴ Cf. *Organization for a Better Austin v. Keefe*, 402 U.S. 415, 419 (1971): “any prior restraint on expression comes to (...) [the] Court with a ‘heavy presumption’ against its constitutional validity”.

⁷⁴⁵ Redish, Martin H. *The Proper Role of the Prior Restraint Doctrine in First Amendment Theory*. *Virginia Law Review*, Vol. 70, No. 1 (Feb., 1984). P. 53.

⁷⁴⁶ Há exceções, ou melhor, há situações em que a forte presunção de inconstitucionalidade é superada: Cf. *Snepp v. United States*, 444 U.S. 507 (1980), caso em que a Suprema Corte aceitou injunções contra a publicação de certos livros que infringiam o dever de sigilo contratual.

⁷⁴⁷ Blackstone, William, Sir. *Commentaries on the Laws on England*. Vol 4. Acessado em: https://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp

No âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos, a doutrina do *prior restraint* recebeu sua primeira formulação em *Near v. Minnesota ex rel. Olson*⁷⁴⁸⁷⁴⁹. Os fatos ali eram mais ou menos estes: num periódico que circulava em Minneapolis (The Saturday Press), os jornalistas Jay Near e Howard Guilford acusaram autoridades locais de associação com gangsteres. Como resposta à tão grave acusação, as autoridades difamadas pleitearam junto ao judiciário para que o periódico fosse posto permanentemente fora de circulação. A pretensão dos autores da ação fundava-se numa lei (Public Nuisance Law) que classificava como distúrbio público a publicação de revistas e periódicos cujo conteúdo fosse malicioso, escandaloso ou difamatório. Em uma decisão apertada (5-4), a Suprema Corte julgou pela inconstitucionalidade do ato normativo. No mais, estabeleceu-se como princípio constitucional a doutrina de que, com raríssimas exceções, o governo não poderia proibir ou censurar previamente qualquer publicação, ainda que, em um momento posterior (isto é, depois de publicada), ela pudesse vir a ser objeto de persecução civil e/ou penal⁷⁵⁰⁷⁵¹.

A contar de *Near*, nada menos do que quarenta anos haviam-se passado até que, em *New York Times Co. v. United States*⁷⁵² (mais conhecido como *The Pentagon Papers Case*), a Corte finalmente pudesse aparar aquelas arestas da doutrina do *prior restraints* que se mostravam especialmente protuberantes sempre que interesses na segurança nacional vinham à tona. Em junho de 1971, alguns documentos contendo informações classificadas como altamente confidenciais começaram a ser publicadas em grandes veículos de comunicação, mais especificamente no *New York Times* e no *Washington Post*. As informações diziam respeito às atividades militares do exército norte-americano

⁷⁴⁸ 283 U.S. 697 (1931).

⁷⁴⁹ No mais, *Near v. Minnesota ex rel. Olson* reforçou a incorporação (ou aplicação) do *Bill of Rights* aos estados da federação. Cf. e.g., *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

⁷⁵⁰ Neste ponto, Cf. Emerson, Thomas I. The Doctrine of Prior Restraint. Faculty Scholarship Series. 2804 (1955) P. 648 "(...) restrictions which could be validly imposed when enforced by subsequent punishment are, nevertheless, forbidden if attempted by prior restraint."

⁷⁵¹ Uma década após *Near*, em *Chaplinsky*, a difamação era colocada *categoricamente* para fora do escopo protetivo da Primeira Emenda. Em *Times*, mais de três décadas depois de *Near*, discursos difamatórios dirigidos contra funcionários públicos passaram a ganhar guarida constitucional, com a condição de não terem sido pronunciados de maneira maliciosa. Embora encoberta sob o fluxo dos diversos entendimentos por parte da Corte quanto ao lugar dos discursos difamatórios na doutrina da Primeira Emenda, a doutrina do *prior restraint* nunca foi abandonada: do modo como eu a percebo, a proibição à censura prévia corresponde a uma espécie de apêndice implícito a qualquer tratamento decisório que venha a ser dado à Primeira Emenda. Se esse realmente for o caso, *Chaplinsky* pode ser interpretado como dizendo: - *desde que não o faça de maneira prévia*, o Estado tem o direito de regular livremente a categoria de discursos difamatórios; ao passo que *Times* ganharia a seguinte feição: - *desde que não o faça de maneira prévia*, e sob a condição de ter provado que o discurso foi enunciado com malícia, ao Estado é dado regular discursos difamatórios proferidos contra seus funcionários.

⁷⁵² 403 U.S. 713 (1971).

na (então em andamento) Guerra do Vietnã, e foram disponibilizadas aos veículos por Daniel Ellsberg, um funcionário do Pentágono que passara a discordar com as práticas belicosas de seu país. Sem perder tempo, o governo federal entrou com uma ação judicial contra os dois jornais objetivando com isso impedir que novas informações fossem publicadas, de modo a garantir a manutenção da segurança nacional. Apoiando-se na doutrina do *prior restraints*, a Suprema Corte, numa decisão de 6 votos contra 3, ressaltou o valor da grande mídia como um verdadeiro “cão de guarda” das ações governamentais, concluindo que os esforços judiciais da administração do governo de Nixon em obstar a propagação daquelas informações traduziam-se numa violação à Primeira Emenda.

Overbreadth:

Um ato normativo é *excessivamente abrangente* (overbreadth) sempre que, visando regular uma atividade discursiva não protegida pela Primeira Emenda (e.g., pornografia infantil), termina por restringir mais coisas do que o estritamente necessário (e.g., a venda de manuais de medicina que exibem para fins didáticos imagens de órgãos sexuais de crianças e adolescentes)⁷⁵³. Em consequência, a *overbreadth doctrine* determina que não é dado ao governo alcançar um propósito reconhecidamente válido mediante uma norma cuja definição linguística abarca indevidamente atividades constitucionalmente protegidas⁷⁵⁴.

A primeira aparição (implícita) da *overbreadth doctrine* na jurisdição constitucional da Primeira Emenda ocorreu no ano de 1940, em *Thornhill v. Alabama*⁷⁵⁵. Byron Thornhill, um líder sindical de Alabama, havia sido preso e multado nos termos de lei estadual que proibia a qualquer pessoa manifestar em pontos comerciais com o intuito de atrapalhar o comércio⁷⁵⁶. Naquela oportunidade, a Suprema Corte reconheceu que a vedação ao discurso ali perpetrada era particularmente sobreinclusiva porque: “[t]he range of activities proscribed (...) embraces nearly every practicable, effective means

⁷⁵³ Cf. *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).

⁷⁵⁴ Redish, Martin H. Warren Court, the Burger Court and the First Amendment Overbreadth Doctrine. 78 Nw. U. L. Rev. 1031 (1983-1984). P. 1034.

⁷⁵⁵ 310 U.S. 88 (1940).

⁷⁵⁶ 310 U.S. 88, 88 (1940): “A statute of Alabama makes it unlawful for any person, ‘without a just cause or legal excuse,’ to go near to or ‘loiter’ about any place of lawful business, for the purpose of, or with the intention of, influencing or inducing other persons not to buy from, deal with or be employed at such place of business; or to ‘picket’ a place of lawful business for the purpose of impeding, interfering with, or injuring such business.”

whereby those interested-including the employees directly affected-may enlighten the public on the nature and causes of a labor dispute”⁷⁵⁷.

Todavia, o exemplo mais curioso dentre atos normativos excessivamente abrangentes continua sendo aquele invalidado em *Board of Airport v Jews for Jesus, Inc.*⁷⁵⁸. Em *Jews for Jesus* o conselho responsável pela administração do aeroporto internacional de Los Angeles promulgou portaria banindo o empreendimento de qualquer tipo de “atividade associada à Primeira Emenda” em seu terminal central. Com base nessa portaria, Alan Snyder, ministro da seita “Jews for Jesus”, foi impedido por funcionários do aeroporto de distribuir gratuitamente literatura a respeito de sua religião. Debruçando-se sobre tais fatos, a Suprema Corte julgou pela inconstitucionalidade da portaria implementada pelo conselho administrativo do aeroporto. Justice O’Connor, escrevendo para a maioria, concentrou suas atenções justamente na *overbreadth doctrine*. Em suas palavras:

“Under the First Amendment overbreadth doctrine, an individual whose own speech or conduct may be prohibited is permitted to challenge a statute on its face ‘because it also threatens others not before the court-those who desire to engage in legally protected expression but who may refrain from doing so rather than risk prosecution or undertake to have the law declared partially invalid.’⁷⁵⁹

Justice O’ Connor não fechou os olhos para dois valiosos ensinamentos oriundos de *Broadrick v Oklahoma*⁷⁶⁰, decidido mais de uma década antes: o primeiro deles receitava que a doutrina em questão correspondia a um “remédio extremo” a ser empregado “com moderação e tão somente como último recurso”, não devendo ser aplicado a situações nas quais “uma interpretação mais restritiva [fosse] possível de ser conferida ao estatuto em análise”⁷⁶¹; o segundo ensinamento prescrevia que o “remédio” só deveria ser aplicado quando pudesse ser demonstrado que o perigo associado à restrição excessiva era de fato “significativo”⁷⁶²⁷⁶³.

⁷⁵⁷ 310 U.S. 88, 104 (1940).

⁷⁵⁸ 482 U.S. 569 (1987).

⁷⁵⁹ 482 U.S. 569, 574 (1987).

⁷⁶⁰ 413 U.S. 601 (1973).

⁷⁶¹ 413 U.S. 601, 613 (1973): “Application of the overbreadth doctrine in this manner is, manifestly, strong medicine. It has been employed by the Court sparingly and only as a last resort. Facial overbreadth has not been invoked when a limiting construction has been or could be placed on the challenged statute”

⁷⁶² 413 U.S. 601, 615 (1973): “(...)we believe that the overbreadth of a statute must not only be real, but substantial as well, judged in relation to the statute's plainly legitimate sweep”.

⁷⁶³ Foi exatamente com base no argumento de que não era real o risco de a lei que baniu pornografia infantil ser igualmente aplicada a materiais didáticos protegidos pela Primeira Emenda (como manuais de medicina ou documentários da *National Geographic*) que o recurso de *Ferber* à doutrina do overbreadth não ter

“A statute may be invalidated on its face, however, only if the overbreadth is ‘substantial.’ The requirement that the overbreadth be substantial arose from our recognition that application of the overbreadth doctrine is, “manifestly, strong medicine,” and that ‘there must be a realistic danger that the statute itself will significantly compromise recognized First Amendment protections of parties not before the Court for it to be facially challenged on overbreadth grounds.’”⁷⁶⁴.

Percebam que tanto *overbreadth doctrine* como a *prior restraint doctrine* fundamentam-se em *razões instrumentais* para a proteção do discurso⁷⁶⁵. Para elas, pouco importa se a distribuição de folhetos religiosos no terminal central do aeroporto, ou mesmo se o discurso difamatório perpetrado por veículos de comunicação contra autoridades locais, são, quando tomados em seus próprios termos, merecedores de proteção constitucional. A lógica que orienta as duas doutrinas é então análoga àquela que informa a doutrina do *chilling effect*: ou seja, estender estrategicamente o âmbito de incidência da Primeira Emenda – fazendo-o abarcar discursos que num “mundo ideal” não receberiam qualquer amparo constitucional –, de modo a garantir, com isso, que o seu “núcleo duro” (quer dizer, os discursos que são *indiscutivelmente protegidos*) não seja, direta ou indiretamente, colocado em perigo⁷⁶⁶.

Vagueness:

Conforme propugna a doutrina da vagueza (*vagueness doctrine* ou *void for vagueness doctrine*), uma regulação ao discurso é *inconstitucionalmente vaga* sempre que a uma “pessoa de inteligência ordinária”⁷⁶⁷ mostrar-se impossível distinguir o lícito do ilícito, especialmente em razão das dificuldades envolvendo a atribuição de significado à

logrado êxito. Cf. Schauer, Frederick. Codifying the First Amendment: New York v. Ferber. *Faculty Publications*. 884. (1982). P. 296: “Because the possibility of medical book and similar applications was so remote when compared to the constitutional reach of the statute, the Court held the statute not to be substantially overbroad and thus not subject to a facial attack by one whose own conduct was clearly subject to prohibition.”

⁷⁶⁴ 482 U.S. 569, 574 (1987).

⁷⁶⁵ Farber, Daniel A. (2009). Op. Cit. P.929.

⁷⁶⁶ Cf. Schauer, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the “Chilling Effect”. 58 B.U.L. Rev. 685 (1978). P. 707: “É imediatamente perceptível que a Zona B [conjunto de discursos que, em si mesmos, não são importantes para os fins da Primeira Emenda] receba proteção constitucional mesmo que a Corte tenha admitido que tal discurso não possua um valor constitucional independente. Uma explicação para o alargamento da esfera protetiva pode ser encontrada nos próprios princípios subjacentes à doutrina do *chilling effect*. A imperfeição do nosso sistema legal obriga-nos a proteger a Zona B não por que ela é intrinsecamente passível de proteção, mas sim para assegurarmos que a Zona A [conjunto de discursos de grande valor para à Constituição] não seja erroneamente penalizada. (Tradução livre).

⁷⁶⁷ *Connally v. General Const. Co.*, 269 U.S. 385, 391 (1926): “And a statute which either forbids or requires the doing of an act in terms so vague that men of common intelligence must necessarily guess at its meaning and differ as to its application, violates the first essential of due process of law”.

linguagem por meio do qual formulou-se o ato restritivo.⁷⁶⁸ Em última instância, a doutrina da vagueza, ao requerer de atos normativos a porção de clareza indispensável para que eles possam efetivamente “guiar condutas”⁷⁶⁹, corresponde a um desdobramento da exigência constitucional ao devido processo legal (*due process clause*)⁷⁷⁰.

O que aqui se disse sobre a *overbreadth doctrine* aplica-se com igual força à *vagueness doctrine*: isto é, que uma lei pode ser invalidada de plano (*on its face*, o que é dizer, dispensando o exame dos interesses estatais na restrição) caso consiga-se fazer ver que ela acaba por atingir, direta ou indiretamente, condutas constitucionalmente protegidas. Isso significa que mesmo numa situação concreta em que o discurso que se encontra no “banco dos réus” é flagrantemente inconstitucional, o ato normativo que o regula pode ser invalidado, tanto em virtude de sua abrangência excessiva (*overbreadth*) como em razão da vagueza de sua formulação (*vagueness*).

Leis contra a “vadiagem” (*loitering laws*) oferecem ótimos exemplos de vagueza no âmbito da Primeira Emenda. Em *Kolender v. Lawson*⁷⁷¹, a Suprema Corte avaliou a constitucionalidade de uma legislação promulgada pelo estado da Califórnia segundo a qual pessoas que estivessem “vagando ou vadiando” pelas ruas eram obrigadas, sempre que solicitadas por autoridades policiais, a providenciá-las documentação “de confiança” (*credible and reliable*). Justice O’Connor, escrevendo para uma maioria de sete ministros, declarou nos seguintes termos a inconstitucionalidade do ato normativo em análise:

“the void-for-vagueness doctrine requires that a penal statute define the criminal offense with sufficient definiteness that ordinary people can understand what conduct is prohibited and in a manner that does not encourage arbitrary and discriminatory enforcement”⁷⁷².

Outra situação envolvendo leis contra “vadiagem”: no final da década de 1990, em *City of Chicago v. Morales*⁷⁷³, a Suprema Corte julgou pela inconstitucionalidade de uma lei promulgada em Chicago que proibia que “membros de gangues” “vadiassem”

⁷⁶⁸ Cf. Richard H. Fallon Jr. Making Sense of Overbreadth, 100 Yale L.J. (1991). P. 903-04: “Vagueness doctrine, in its most familiar form, holds that criminal prohibitions, at least, may not be enforced when they are so unclear that people of ordinary intelligence would need to guess at whether their conduct was or was not forbidden”.

⁷⁶⁹ Post, Robert C., “Reconceptualizing Vagueness: Legal Rules and Social Orders” (1994). Faculty Scholarship Series. 201. P. 491: “The void for vagueness doctrine is traditionally understood as concerned with the capacity of legal rules to control conduct”.

⁷⁷⁰ Richard H. Fallon Jr. Op. Cit. P. 491.

⁷⁷¹ 461 U.S. 352 (1983).

⁷⁷² 461 U.S. 352, 357 (1983).

⁷⁷³ 527 U.S. 41 (1999).

pelas ruas daquela cidade. A lei conferia à força policial ampla discricionariedade: o oficial poderia ordenar a dispersão de um grupo qualquer de indivíduos, caso ele tivesse uma crença razoável de nele haver ao menos um “membro de gangue”, e se os indivíduos reunidos estivessem de fato “vadiando”. Do descumprimento da ordem policial poderia se seguir a prisão dos insubordinados. Justice John Paul Stevens, autor do voto da maioria, criticou a vagueza da definição de “vadiagem” – que havia ganhado o sentido de “estar num lugar sem qualquer motivo aparente” -, bem como a incerteza quanto ao comportamento necessário para o acatamento da ordem policial (e.g., caminhar dando voltas no mesmo quarteirão, ou subindo e descendo a mesma rua, valeria como “dispersão”?). Justice O’Connor, sendo fiel àquilo que havia defendido em *Kolender*, concorreu ressaltando que “[if] the legislature fails to provide (...) minimal guidelines [to govern law enforcement], a criminal statute may permit standardless sweep that allows policemen, prosecutors and juries to pursue their personal predilections”⁷⁷⁴.

6.3.3. A doutrina do fórum público e outras circunstâncias especiais:

Public Forum Doctrine:

Uma maneira de se compreender a doutrina do fórum público é interpretando-a como uma espécie de variável que, ao se somar à distinção inicial entre restrições “de conteúdo” e restrições “neutras”, modifica o nível do escrutínio originalmente estabelecido. Segundo tal interpretação, o fato de o discurso ter sido proferido numa propriedade pública é capaz de aumentar, de diminuir, ou de não produzir qualquer efeito no *standard* de revisão constitucional primário, a depender de fatores como: a importância de uma propriedade específica para o tipo da mensagem que se deseja comunicar, e a forma como tradicionalmente se compreende o fórum público em análise⁷⁷⁵.

A doutrina do fórum público começou a ganhar espaço na jurisprudência da Suprema Corte por volta das décadas de 1970 e 1980. Mas isso não quer dizer, porém, que antes disso ela fosse uma completa desconhecida: em vez disso, suas raízes datam do final década de 1930, ou mais especificamente, do voto proferido por Justice Owen J. Roberts em *Hague v. Committee for Industrial Organization*⁷⁷⁶. Comentando a respeito de *Hague*, Harry Kalven Jr foi arguto ao dizer que certas propriedades públicas – isto é,

⁷⁷⁴ 527 U.S. 41, 64-65 (1999).

⁷⁷⁵ Geoffrey. R. Stone (1987). Op. Cit. P.88-95.

⁷⁷⁶ 307 U.S. 496 (1939)

aquelas propriedades que Justice Owen J. Roberts havia descrito como “fóruns públicos por excelência”, e.g., parques, ruas, e calçadas⁷⁷⁷ - foram como que marcadas por uma “servidão da Primeira Emenda”⁷⁷⁸. Ou seja, pelo menos em relação a tais “*quintessential public forums*”, a mão restritiva do governo via-se ainda mais engessada⁷⁷⁹.

Alguns julgamentos, como *Southeastern Promotions, Ltd v. Conrad* (1975)⁷⁸⁰ e *Greer v. Spock* (1976)⁷⁸¹, foram sem dúvida importantes para consolidar a doutrina do fórum público na jurisdição constitucional da Primeira Emenda. Apesar disso, foi somente em *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association* (1983)⁷⁸² que a “dimensão geográfica” da liberdade de discurso ganhou contornos mais precisos⁷⁸³. Em *Perry* estabeleceu-se a existência de três categorias de fóruns públicos, nomeadamente: os tradicionais (ou quintessenciais); os designados (ou limitados); e os “não-públicos”. Como já dito, os fóruns tradicionais são aqueles imemorialmente (“*time out mind*”) utilizados para a comunicação de ideias entre os cidadãos, a exemplo de praças e calçadas públicas. Nesses locais, *restrições de conteúdo* precisam enfrentar um *escrutínio estrito* para que os interesses restritivos governamentais possam vigorar⁷⁸⁴, ao passo que *restrições neutras* veem-se obrigadas a encerrar um *escrutínio intermediário*⁷⁸⁵.

A segunda categoria corresponde aos fóruns públicos limitados ou designados. O adjetivo “designado” revela que tais locais foram abertos para o livre trânsito de ideias

⁷⁷⁷ Ou ainda, aquelas propriedades que em *Hague* foram consideradas com sendo dedicadas “time out mind [for the purposes of] assembly, communicating thoughts between citizens, and discussing public questions”. [cf. 307 U.S. 496, 516 (1939)].

⁷⁷⁸ Harry Kalven, Jr. The Concept of the Public Forum: *Cox v. Louisiana*. Supreme Court Review 1 (1965). P. 13: “When the citizen goes to the street, he is exercising an immemorial right of a free man, a kind of First-Amendment easement”.

⁷⁷⁹ Geoffrey. R. Stone (1987). Op. Cit. P.89: “In such forums, the government may not shut off all communicative activity; it may not substantially or completely prohibit a particular means of expression unless the prohibition is ‘narrowly drawn to accomplish a compelling governmental interest’ [*Grace*, 461 U.S. at 177] and it may not enforce a time, place, or manner restriction unless the restriction is ‘narrowly tailored to serve a significant government interest, and leave[s] open ample alternative channels of communication’ [*Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37, 45 (1983)].

⁷⁸⁰ 420 U.S. 546 (1975).

⁷⁸¹ 424 U.S. 828 (1976).

⁷⁸² 460 U.S. 37 (1983)

⁷⁸³ Lillian R. BeVier. Rehabilitating Public Forum Doctrine: In Defense of Categories. The Supreme Court Review, Vol. 1992 (1992). P. 93.

⁷⁸⁴ 460 U.S. 37, 45 (1983): “For the State to enforce a **content-based exclusion** it must show that its regulation is necessary to serve a compelling state interest and that it is narrowly drawn to achieve that end”. (Os grifos são meus).

⁷⁸⁵ 460 U.S. 37, 45 (1983): “The State may also enforce regulations of time, place, and manner of expression which are **content-neutral**, are narrowly tailored to serve a significant government interest, and leave open ample alternative channels of communication”.

por uma decisão do governo (ou seja, é facultativo ao governo mantê-los abertos ou fechados). A ideia central no que concerne aos fóruns públicos limitados é que, apesar de o governo não ser obrigado a mantê-los indefinidamente abertos, enquanto eles assim o estiverem, o alcance dos interesses restritivos estatais está condicionado aos mesmos *standards* aplicados aos fóruns tradicionais⁷⁸⁶.

Finalmente, fóruns não-públicos são propriedades tradicionalmente reputadas como fechadas ao livre discurso, tal como complexos prisionais e repartições públicas. Aqui a analogia com a propriedade privada cai como uma luva: tanto quanto um indivíduo é livre para dispor como bem desejar de sua propriedade privada, o governo, desde de que o faça de maneira neutra (isto é, sem discriminar possíveis falantes), também goza de grande liberdade para controlar suas propriedades não-públicas⁷⁸⁷. Essa foi a lógica que governou casos como *Adderley*⁷⁸⁸ *Greer*⁷⁸⁹ e *Perry*⁷⁹⁰: no primeiro, como já vimos, Justice Black afirmou que o governo tinha o poder impedir que estudantes protestassem num complexo prisional do condado da Flórida; no segundo, julgou-se pela constitucionalidade de um ato normativo proibindo discurso político numa base militar em New Jersey; e em *Perry*, por fim, a Suprema Corte classificou o sistema interno de correspondência de uma escola em Indiana como “fórum não-público” e, à vista disso, permitiu que a administração escolar obstasse o uso daquele canal interno a professores que faziam parte de “sindicatos extraoficiais”.

A doutrina do fórum público às vezes é acusada de tornar o processo decisório *desnecessariamente* mais complexo, bem como de ofuscar a discussão sobre questões realmente importantes sobre a Primeira Emenda⁷⁹¹. De resto, a Suprema Corte também é criticada tanto por não divulgar explicitamente o tipo de escrutínio que está se valendo num caso concreto, como por ser excessivamente deferente no que se refere a restrições neutras em fóruns não-públicos⁷⁹². Críticas à parte, porém, certo é que a doutrina do fórum

⁷⁸⁶ 460 U.S. 37, 45-46 (1983).

⁷⁸⁷ Geoffrey R. Stone (2009). Op. Cit. P. 293.

⁷⁸⁸ *Adderley v. Florida*, 385 U.S. 39 (1966).

⁷⁸⁹ *Greer v. Spock*. 424 U.S. 828 (1976).

⁷⁹⁰ *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983).

⁷⁹¹ Cf. Nowak, John & Farber, Daniel. The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication. *Virginia Law Review* 70 (1984). Cf. Geoffrey R. Stone (1987). Op. Cit. P. 93: “Whether the first amendment guarantees individuals a right to engage in expressive activities on public property should turn not on the common law property rights of the government and such artificial and fictitious concepts as ‘first amendment easements,’ ‘adverse possession,’ and ‘public trust,’ but on a reasonable accommodation of the competing speech and governmental interests”.

⁷⁹² Cf. Geoffrey R. Stone (1987). Op. Cit. P. 93.

público consiste atualmente numa ferramenta analítica de uso difundido na jurisprudência da Primeira Emenda⁷⁹³. Por fim, ainda que exista uma área cinzenta envolvendo o processo de definição da natureza de propriedades públicas, seguramente há casos em que a tarefa de classificar um fórum como público ou não-público é isenta de maiores dificuldades.

Circunstâncias Especiais:

Daniel Farber audaciosamente escreveu que se o Congresso dos Estados Unidos quisesse promulgar legislação com o propósito de tornar inválida a Primeira Emenda, tudo o que ele teria que fazer seria “to draft the entire population into the military”⁷⁹⁴. Em outros termos, e como pretendi mostrar nos parágrafos anteriores, se toda a população americana vivesse em fóruns não-públicos, isto é, em propriedades nas quais o governo possui ampla liberdade para regular até mesmo o conteúdo do discurso proferido, a Primeira Emenda perderia muito de sua força protetiva. Mas não é preciso irmos tão longe para enxergarmos que em algumas “circunstâncias especiais” o direito norte-americano confere maior latitude a discriminações ao conteúdo discursivo, abrindo verdadeiras exceções ao critério geral de presunção de inconstitucionalidade a regulações não-neutras⁷⁹⁵. Resumidamente, em certas situações a *forte presunção de inconstitucionalidade* contra restrições de conteúdo revela-se exageradamente protetiva ao discurso, resultando com isso no sacrifício de significativos interesses governamentais sem que, em contrapartida, importantes valores da Primeira Emenda sejam promovidos⁷⁹⁶.

Vejamos alguns exemplos. A lista de “circunstâncias especiais” é bastante extensa e abarca desde limitações a discursos proferidos por funcionários públicos, estudantes, soldados e prisioneiros, até o controle pelo governo do seu próprio discurso (*government speech doctrine*), passando inclusive por aquelas regulações que obrigam certos indivíduos a compartilharem informações com autoridades públicas (*compelled disclosure*)⁷⁹⁷.

⁷⁹³ Dois casos atuais, *Matal v. Tam*, 582 U.S. __ (2017) e *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. __ (2017), comprovam que o uso da doutrina do fórum público ainda é pervasivo na jurisdição constitucional da Primeira Emenda.

⁷⁹⁴ Farber, Daniel (2009). Op. Cit. P. 927-928.

⁷⁹⁵ Porto Macedo Jr., Ronaldo. Freedom of Expression: what lessons should we learn from US experience? Revista Direito GV. São Paulo: V. 13 N. 1. (2017). P 295.

⁷⁹⁶ Geoffrey R. Stone (2009). Op. Cit. P. 285-86.

⁷⁹⁷ Geoffrey R. Stone (2009). Op. Cit. P. 286. Porto Macedo Jr., Ronaldo (2017). Op. Cit. P. 295.

Começo pela gerência que o governo possui sobre sua própria atividade discursiva: nos termos da *government speech doctrine*, para lá de sua faceta propriamente reguladora, o poder público de algum modo também pode ser compreendido como um “sujeito de direito”. Sob tal perspectiva, o governo encontra-se livre para expressar suas próprias ideias e mensagens, sem que contra ele se possa colocar questões sobre o suposto favorecimento a um ponto de vista específico. Por detrás dessa doutrina, subjaz a seguinte lógica: apesar de ser inegável que uma das maiores preocupações da Primeira Emenda consiste em evitar que o governo amordace seus críticos, disto não se segue que ele deve ser neutro em relação a todos os assuntos em discussão no mercado de ideias. Em termos práticos, o argumento da doutrina prossegue, proibir que o governo se posicione em relação a um tópico específico equivaleria a alijá-lo de seus direitos enquanto agente discursivo⁷⁹⁸.

Dois casos em que a Suprema Corte se recusou a declarar a inconstitucionalidade de programas governamentais com base na Primeira Emenda ajudam-nos compreender melhor o que está por trás da *government speech doctrine*. O primeiro deles é *Rust v Sullivan*⁷⁹⁹, processo em que uma Corte dividida (5-4) julgou pela Constitucionalidade de legislação que interditava o acesso a recursos federais a clínicas que se engassem em “atividades relacionadas ao aborto”. Em suma, o governo proibiu a profissionais da área de saúde que se beneficiavam de fundos federais de discutirem o assunto “aborto” com os seus pacientes. Justice William H. Reshnquist, escrevendo para maioria, concluiu que:

“The Government can, without violating the Constitution, selectively fund a program to encourage certain activities it believes to be in the public interest, without at the same time funding an alternative program which seeks to deal with the problem in another way. In so doing, the Government has not discriminated on the basis of viewpoint; it has merely chosen to fund one activity to the exclusion of the other”⁸⁰⁰.

*Johanns v. Livestock Marketing Association*⁸⁰¹ é o segundo deles. Em *Johanns*, a Suprema Corte rejeitou o argumento de que a instituição de uma taxa obrigatória a ser custeada pelos produtores de carne bovina para financiar os anúncios produzidos pelo governo em proveito da indústria pecuária violava a Primeira Emenda. A disputa constitucional teve origem no fato de alguns produtores de carne bovina acreditarem que

⁷⁹⁸ Strasser, Mark. Government Speech and Circumvention of the First Amendment. Hastings Const. L. Q. 44 (2016). P. 37.

⁷⁹⁹ 500 U.S. 173 (1991).

⁸⁰⁰ 500 U.S. 173, 193 (1991).

⁸⁰¹ 544 U.S. 550 (2005).

o incentivo ao consumo de carne mediante propagandas governamentais frustrava suas sucessivas tentativas de estabelecer a superioridade de seus produtos *vis-à-vis* os dos seus concorrentes. Os produtores dissidentes processaram o Departamento de Agricultura do governo norte-americano, argumentando basicamente que a recusa em contribuir financeiramente com um discurso ao qual eles discordavam era protegida pela Primeira Emenda. Entretanto, Justice Scalia, formulando a opinião vencedora, baseou-se no direito de o governo engendrar sua própria mensagem (*government speech doctrine*) sobre o assunto em questão para rechaçar a pretensão dos produtores dissidentes⁸⁰².

Em outras circunstâncias, o que motiva a maior liberdade conferida ao governo para regular conteúdos discursivos é o *status especial* daquele que deseja se expressar. Assim, em *Jones v. N.C. Prisoners' Union*⁸⁰³ a Corte mostrou-se surpreendentemente deferente às políticas administrativas que impediam que prisioneiros formassem e gerissem associações de natureza sindical. Mais especificamente, o Departamento de Correções da Carolina do Norte havia proibido, dentre outras coisas, que presos convidassem outros internos a participarem da *North Carolina Prisoners' Labor Union*, e que se reunissem - ou mesmo que se comunicassem via correspondência - entre si. Aplicando um escrutínio deferente aos interesses do sistema prisional na “garantia da segurança interna”, Justice William H. Rehnquist julgou pela constitucionalidade das políticas carcerárias, frisando que a complexa realidade das instituições penais demandava o reconhecimento de uma ampla discricionariedade decisória aos administradores dos sistemas prisionais⁸⁰⁴. No mesmo espírito de *Jones*, a Corte, em novas oportunidades, voltou a dar ampla margem de manobra à administração de presídios no controle da atividade discursivas de seus detentos⁸⁰⁵.

Militares e estudantes, analogamente ao que ocorre com prisioneiros, são percebidos como “agentes discursivos de segunda categoria”⁸⁰⁶. Quanto à liberdade de

⁸⁰² 544 U.S. 550, 9-10 (2005): “The message set out in the beef promotions is from beginning to end the message established by the Federal Government. (...). When, as here, the government sets the overall message to be communicated, and approves every word that is disseminated, it is not precluded from relying on the government speech doctrine merely because it solicits assistance from nongovernmental sources in developing specific messages”.

⁸⁰³ 433 U.S. 119 (1977).

⁸⁰⁴ 433 U.S. 119, 146 (1977): “Because the realities of running a penal institution are complex and difficult, we have also recognized the wide-ranging deference to be accorded the decisions of prison administrators”.

⁸⁰⁵ Cf. *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987); *Overton v. Bazzetta*, 539 U.S. 126 (2003).

⁸⁰⁶ Farber, Daniel (2009). Op. Cit. P. 927, note 60: “The lesser degree of protection given in schools, prisons, and the military can then be understood as a reflection that students, prisoners, and soldiers are **not fully participating members in civil society**” (Os grifos são meus).

discurso em escolas públicas, *Tinker v. Des Moines Sch. Dist.*⁸⁰⁷ continua a ser um precedente aludido com incrível frequência⁸⁰⁸. O resultado ao qual a Corte chegou em *Tinker* foi favorável ao discurso: isto é, julgou-se a favor do direito de estudantes de uma escola pública em Iowa em envergarem braçadeiras pretas em protesto à guerra do Vietnã. Porém, a despeito de ter sido capaz de derrubar as proibições ao discurso simbólico perpetrado pelos jovens estudantes, o que viria a ser conhecido como “*Tinker standard*” impõe tão somente um *escrutínio leniente* aos interesses regulatórios habitualmente declarados por escolas e instituições de ensino⁸⁰⁹. Em ações posteriores, a Suprema Corte valeu-se de *escrutínio* ainda mais leniente para confirmar a constitucionalidade dos interesses de conselhos e de órgãos administrativos escolares no cerceamento de discursos “vulgares, lascivos e patentemente ofensivos”⁸¹⁰; inconsistentes com a “missão educacional elementar”⁸¹¹; e que fizessem apologia ao uso de drogas⁸¹².

No que respeita às reduzidas oportunidades expressivas de oficiais e militares, *Parker v. Levy*⁸¹³ surge como um precedente paradigmático. Em *Levy* a Corte estabeleceu pela primeira vez que certos direitos constitucionais poderiam ser distorcidos (no sentido de terem sua força protetiva minorada) sempre que incidirem sobre o *sui generis* “universo militar”. Foi a partir de *Levy* que se permitiu que a administração militar restringisse com atípica rigidez os direitos expressivos de seu pessoal, algo inimaginável em “contextos civis ordinários”. No caso em questão, Howard Lewis, Capitão do Exército que fora condenado pela Corte Marcial depois de acusar as forças armadas de discriminação racial – buscando, inclusive, convencer oficiais negros a se recusarem a servir no Vietnã -, teve sua condenação mantida pela Suprema Corte. Justice William H. Rehnquist sintetizou as razões decisórias da maioria da seguinte maneira:

“While the members of the military are not excluded from the protection granted by the First Amendment, the different character of the military community and of the military mission requires a different application of those protections. The fundamental necessity for obedience, and the consequent

⁸⁰⁷ 393 U.S. 503 (1969).

⁸⁰⁸ Hudson, David L. Jr. *Tinker After 50: a historical ruling relevant after all these years*. Freedom Forum Institute. (2019).

⁸⁰⁹ 393 U.S. 503 (1969). “(...) the record does not demonstrate any facts which might **reasonably** have led school authorities to forecast substantial disruption of or material interference with school activities” (O grifo é meu).

⁸¹⁰ *Bethel School District No. 403 v. Fraser*, 478 U.S. 675 (1986).

⁸¹¹ *Hazelwood School District v. Kuhlmeier*, 484 U.S. 260 (1988).

⁸¹² *Morse v. Frederick*, 551 U.S. 393 (2007).

⁸¹³ 417 U.S. 733 (1974).

necessity for imposition of discipline, may render permissible within the military that which would be constitutionally impermissible outside it”⁸¹⁴.

A lógica que orientou *Levy*, qual seja, a de que no domínio das forças armadas a “necessidade militar” conta como um interesse mais substancial do que os direitos discursivos dos membros do exército⁸¹⁵, influenciou decisões futuras que garantiram a validade de regulações que limitavam o direito de petição⁸¹⁶ e que proibiram do uso de trajes religiosos em violação ao código de vestimenta militar⁸¹⁷. A todas essas “circunstâncias especiais” poderiam ser ainda acrescidas a menor liberdade discursiva da qual gozam empregados públicos no exercício de suas funções⁸¹⁸, bem como o *escrutínio deferente* que deve ser superado para que o governo possa exigir de certas associações o compartilhamento da lista de seus filiados⁸¹⁹. Em todo o caso, o que as une, ou melhor, o denominador comum entre todas as situações acima descritas, é o fato de elas se apresentarem como exceções à forte presunção de inconstitucionalidade associada às regulações ao conteúdo discursivo.

6.4. Forma e substância nos critérios gerais e complementares:

A presente subseção deve ser lida como um prosseguimento da subseção 5.2: “Forma e substância na categorização”. O que pretendi ali mostrar foi que o binômio “dentro/fora” (ou “tudo/nada; “protegido/proscrito”), que por algum tempo descreveu fielmente boa parte (a parcela dos discursos reputada como de “menor valor social”) da prática decisória da Suprema Corte, foi se tornando gradualmente mais complexa, até ser por fim *parcialmente*⁸²⁰ abandonada. Em seu lugar foi então instituído um conjunto de diretivas normativas, dentre as quais algumas foram formuladas sob a forma de *regras*, ao passo que outras o foram sob a forma de *standards*.

Essa espécie de *codificação por intermédio de diretivas normativas com graus distintos de especificidade* também ocorreu no grupo de discursos tradicionalmente

⁸¹⁴ 417 U.S. 733, 758 (1974).

⁸¹⁵ Cf. Carr, John A. Free Speech in the Military Community: Striking a Balance between Personal Rights and Military Necessity. *Air Force Law Review* 45 (1998).

⁸¹⁶ *Brown v. Glines*, 444 U.S. 348 (1980).

⁸¹⁷ *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986).

⁸¹⁸ Cf. *Pickering v. Bd. Of Educ.*, 391 U.S. 563 (1968).

⁸¹⁹ Cf. *Gibson v. Fla. Legis. Investigating Comm.*, 372 U.S. 539 (1963).

⁸²⁰ Digo “parcialmente” por dois motivos: em primeiro lugar, porque em relação aos discursos obscenos e combativos é possível defender que, apesar de descaracterizada, a lógica de *Chaplinsky* persiste (Cf. seção 5.1.2: Complexificação definicional); em segundo lugar, porque existem aquilo que na seção 5.1.4 chamei de “os últimos refúgios da *Chaplinsky*, como é o caso das categorias “pornografia infantil” e “ameaças reais”.

reputados como de “maior valor social”. À guisa de ilustração, pensemos nas doutrinas do *prior restraint*, do *overbreadth* e do *vagueness*, como também no tratamento conferido pela Corte a *content-based restrictions*, e nas regulações que têm por objeto o proferimento de discurso em fóruns não públicos ou por “agentes discursivos” de *status especial*, como prisioneiros e militares.

Senão vejamos: o *prior restraint* funciona como uma verdadeira regra porque exclui do conjunto de decisões disponíveis ao magistrado uma série de opções decisórias que seriam desejáveis sob um ponto de vista “não formal”. Por isso, em *New York Time Co. v. United States*⁸²¹ (*The Pentagon Papers case*) a Corte decidiu pela inconstitucionalidade dos esforços do governo Nixon em impedir que fossem publicadas informações secretas sobre a atuação do exército norte-americano no Vietnã, muito embora a opção decisória pela censura prévia fosse a mais desejável tendo em vista o “espírito da época”. Num exercício contrafactual, imaginem que o *The Pentagon Papers case* tivesse sido julgado à maneira de *Doubs, Dennis, Barenblatt e Konigsberg*, sem o auxílio da “regra da proibição ao *prior restraint*” e confiando inteiramente no balanceamento decisório: de um lado da balança seriam colocados os interesses de grandes veículos de comunicação em veicular informações sigilosas sobre a atuação dos Estados Unidos na Guerra do Vietnã⁸²²; no outro prato estariam dispostos os estridentes interesses na garantia da segurança nacional mediante a censura prévia ao vazamento de informações militares estratégicas. Então, se é mesmo verdade que em períodos caracterizados por uma drástica queda nos níveis de tolerância em relação a ideias dissidentes e pouco ortodoxas - *períodos patológicos*, como os chamou Blasi⁸²³ - há de fato uma distorção (um *viés de disponibilidade*) no peso relativo de cada lado da balança⁸²⁴, a completa ausência de regras no estilo da doutrina do *prior restraint* significaria a censura do discurso malquisto⁸²⁵.

⁸²¹ 403 U.S. 713 (1971).

⁸²² “Atrofio” aqui propositalmente os interesses discursivos para reproduzir mais fielmente à lógica decisória empregada por Justice Harlan e criticada veementemente por Justice Black, em *Barenblatt e Konigsberg*.

⁸²³ Cf. Blasi, Vincent A. *The Pathological Perspective and the First Amendment*. 85 Colum. L. Rev 449 (1985).

⁸²⁴ Cf. Seção 4.2: Forma e substância no balanceamento decisório.

⁸²⁵ Por outro lado, como preceitua Fábio Leite, o *prior restraint* pode fazer com que “o bônus [seja] compartilhado com o público, e o ônus [seja] suportado exclusivamente por quem se expressa”. O autor usa como exemplo um caso hipotético em que um cidadão critica duramente a atuação de um magistrado no decorrer de determinado processo judicial e, por causa disso, é condenado ao pagamento do valor de 50 mil reais. Nesse caso, apesar de a sociedade como um todo ter se beneficiado da ausência de restrição prévia

Sem dúvidas, a razão substantiva que mais sofre com um sistema de censura prévia é o ideal milliano no “livre mercado de ideais”. Como aponta Thomas I. Emerson, “em um *sistema de punição subsequente* [isto é, nos termos do sistema alternativo ao da censura prévia], a comunicação já terá sido realizada antes [mesmo] de o governo entrar em ação; assim, para o bem ou para o mal, [a comunicação] ocupará o seu lugar no mercado de ideias”⁸²⁶. Em última instância, porém, não seria absurdo argumentar igualmente que a consecução de todas as demais razões substantivas, que sob uma perspectiva eclética são todas elas instanciadas pelo dispositivo constitucional da Primeira Emenda, acha-se condicionada à capacidade de os discursos efetivamente “vislumbrarem a luz dia”.

Em menor escala, a *overbreadth* e a *vagueness doctrines* também excluem do cálculo decisório do magistrado considerações acerca da importância dos interesses regulatórios em jogo; e, nesse sentido, elas atuam com a força compulsória/excludente de regras jurídicas. Por exemplo: em *Board of Airport v Jews for Jesus, Inc.*⁸²⁷ Justice O’Connor não confrontou os interesses discursivos de Alan Snyder, ministro da seita “Jews for Jesus”, com os interesses regulatórios do Aeroporto Internacional de Los Angeles em manter o seu terminal central livre de “qualquer atividade associada a Primeira Emenda”. Isso porque, segundo lhe parecia:

“Under the First Amendment overbreadth doctrine, an individual whose own speech or conduct may be prohibited is permitted to challenge a statute on its face ‘because it also threatens others not before the court—those who desire to engage in legally protected expression but who may refrain from doing so rather than risk prosecution or undertake to have the law declared partially invalid.’⁸²⁸

Ou seja, sob a perspectiva da *overbreadth doctrine* (e o mesmo vale para *vagueness doctrine*) o peso relativo dos interesses conflitantes nada importa: aliás, como fez perceber Justice O’Connor em *Jews for Jesus*, nada impede que não haja qualquer

à atividade discursiva, pesa sobre o “agente discursivo” um ônus tal que talvez o faça pensar duas vezes na próxima vez que intentar criticar uma autoridade pública (*chilling effect*). Conclui então o professor que: “A visão formalista da liberdade de expressão ataca a censura visível – a restrição prévia –, mas abre as portas, sem qualquer receio ou reflexão, a uma censura invisível – a autocensura –, que pode gerar o mesmo problema que a primeira: a ausência de um debate público livre e aberto, ou, para usar expressão adotada pela doutrina norte-americana, um *chilling effect* – efeito de resfriamento no debate público”. LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: Clémerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. p. 395- 408.

⁸²⁶ Emerson, Thomas I. The Doctrine of Prior Restraint. Faculty Scholarship Series. 2804 (1955). P. 657.

⁸²⁷ 482 U.S. 569 (1987).

⁸²⁸ 482 U.S. 569, 574 (1987).

interesse discursivo relevante a ser colocado na balança num caso concreto, mas que, ainda assim, a atividade discursiva prevaleça sobre salientes interesses regulatórios. Nesses termos, o que as doutrinas do (a) *overbreadth*, (b) *da vagueness* e do (c) *prior restraint* fazem é criar uma espécie “limites aos limites”⁸²⁹ à Primeira Emenda: quer dizer, sob a forma de diretrizes normativas fixas, relativamente simples de serem operacionalizadas e dotadas de um alto grau de especificidade⁸³⁰ - diferentemente do que ocorre com o balanceamento e com a “regra da proporcionalidade”⁸³¹ -, tais doutrinas decisórias conformam a ação restritiva estatal à (a) uma proibição imposta ao governo, impedindo-o de alcançar propósitos regulatórios reconhecidamente válidos por intermédio de uma norma cuja definição linguística abarque indevidamente atividades constitucionalmente protegidas⁸³²; (b) exigência para que a norma regulatória da atividade discursiva detenha a porção de clareza indispensável para que possa efetivamente “guiar condutas” e (c) a proibição (quase absoluta) da instituição de restrições prévias à entrada do discurso no “livre mercado de ideias”.

No que respeita à *forte presunção de inconstitucionalidade* imposta a regulações não neutras ao conteúdo discursivo (*content-based restrictions*), também ela se assemelha a uma regra, ao invés de a um standard. No decorrer deste capítulo, afirmarei com alguma insistência que o que justifica a maior estridência do escrutínio utilizado pela Corte em revisões de constitucionalidade de regulações baseadas no conteúdo discursivo é a *pressuposição* de que tais restrições discursivas interferem com maior força nas oportunidades de concretização dos interesses (ou das razões substantivas) vinculados à

⁸²⁹ Estou plenamente ciente de que o conceito “limites aos limites” guarda íntima relação com teorias que têm como externos os limites impostos aos direitos fundamentais [Cf. Sarlet, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, Livraria do advogado, 12ªed. (2015). P.406]. Contudo, se a prática jurisdicional da Primeira Emenda oscila entre as perspectivas externas ou inteiras, como pretendi mostrar ao longo deste trabalho, não vejo qualquer incorreção em chamar de “limites aos limites” as diretrizes normativas criadas jurisdicionalmente para delimitar a ação restritiva governamental.

⁸³⁰ Ou com o conteúdo altamente formal, como colocariam Atiyah e Summers Cf. S. Atiyah and Summers, Robert, S. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions*. Clarendon Press; New York: Oxford University Press (1987) P.13-14.

⁸³¹ A respeito de incapacidade da regra da proporcionalidade em evitar que o processo decisório fique à mercê de considerações particulares e casuísticas dos magistrados Cf. Shecaira, Fábio P. e Struchiner, Noel. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016. P.94 e 99: “(...) o teste da proporcionalidade servirá, na melhor das hipóteses, para organizar e facilitar a compreensão substantivas a que inevitavelmente se recorre”; “[n]o entanto, organização e transparência não são sinônimos de ausência de discricionariedade”.

⁸³² Redish, Martin H. *Warren Court, the Burger Court and the First Amendment Overbreadth Doctrine*. 78 *Nw. U. L. Rev.* 1031 (1983-1984). P. 1034.

Primeira Emenda⁸³³. Como todas as generalizações, contudo, essa pressuposição pode mostrar-se falsa em algumas situações: como naqueles casos em que uma regulação, apesar de ser “de conteúdo”, não distorce o livre mercado de ideias, nem mesmo é animada por motivos espúrios. Mas, apesar desses desvios, a forte presunção de inconstitucionalidade (ou a proibição *prima facie*) imposta sobre regulações ao conteúdo discursivo, tal como ocorre com as regras formuladas pelo poder legislativo, é justificada na medida em que é *causalmente relevante* para o alcance do propósito desejado ou para o afastamento do mal temido⁸³⁴.

Portanto, ainda que sua estrutura pareça à primeira vista se abrir para considerações substantivas - pois exige que os interesses governamentais sejam imperiosos (*compelling*) e estritamente necessários para a consecução desses interesses (*narrowly tailored*)⁸³⁵ – interpretar o escrutínio estrito como um simples balanceamento é ignorar por completo os seus aspectos formais. Ou por outra: se de fato quisermos tê-lo como um tipo de balanceamento, que seja então um balanceamento com o “polegar muito forte sobre o prato a favor dos interesses discursivos”⁸³⁶. De mais a mais, o que faz desse raciocínio algo formal, isto é, algo mais próximo a uma regra do que a um standard, está no fato de o polegar, independentemente das vicissitudes do caso concreto, *sempre* exercer o seu poderoso peso no extremo oposto aos interesses que motivaram a regulação ao conteúdo. Em *Texas v. Johnson*, por exemplo, a Corte não se engajou num franco sopesamento entre os interesses sociais atrelados à proteção da queima da bandeira nacional e o ônus causado ao espírito patriótico pelo desempenho dessa atividade discursiva. Em vez disso, “uma vez que a Corte determinou que a lei [que proibia a profanação daquele símbolo nacional] era de fato uma proibição à expressão antipatriótica”, o que quer dizer, uma proibição motivada pelo conteúdo do discurso perpetrado por Gregory Lee Johnson, “o caso [já] estava essencialmente decidido”⁸³⁷.

⁸³³ Geoffrey R. Stone (1987). Op. Cit. P.58: “There is a strong correlation in practice (...) between the extent to which a challenged law actually interferes with the opportunities for free expression and the Court's use of the strict, intermediate, and deferential standards of review identified earlier”; Conferir também: Geoffrey R. Stone (2009). Op. Cit. P. 291.

⁸³⁴ Para uma análise completa sobre a relação entre regras, generalização e probabilidade conferir o segundo capítulo de: Schauer, Frederick. *Playing by the Rules: a philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press. 1991.

⁸³⁵ Geoffrey R. Stone (1987). Op. Cit. P. 53.

⁸³⁶ Farber, Daniel (2009). Op. Cit. P. 919.

⁸³⁷ Ibidem. P. 926.

De todo modo, a forte presunção de inconstitucionalidade associada a regulações ao conteúdo discursivo contém exceções. No que lhes diz respeito, tais exceções, sendo elas de fácil operacionalização, bem específicas em seu conteúdo normativo, e compulsórias no sentido de obstar o acesso a razões substantivas potencialmente relevantes, funcionam elas próprias à maneira de regras jurídicas. Se pararmos um instante para nos lembrar daquelas “circunstâncias especiais” em que o poder regulatório governamental tem diante de si amplíssimas margens para o controle de atividades discursivas (como costuma ser o caso de situações em que o “agente discurso” detém um *status especial*), perceberemos haver ali o oposto do que vimos relativamente a restrições de conteúdo: isto é, uma quase absoluta *presunção de constitucionalidade* dos atos regulatórios; em outros termos, quando atividades discursivas são empreendidas por “agentes discursivos de segunda categoria”⁸³⁸, como por militares ou prisioneiros, o “polegar” deixa o extremo dos discursos para ir descansar sobre o prato dos interesses regulatórios.

No universo militar, *Levy*⁸³⁹ foi o responsável por dar origem ao entendimento de que “a necessidade pela obediência, e a consequente necessidade pela imposição da disciplina”⁸⁴⁰ via de regra superam às liberdades discursivas alegadamente secundárias de oficiais em serviço; já no domínio penitenciário, os casos que acompanharam a lógica decisória estipulada em *Jones*⁸⁴¹ ajudaram a cristalizar a *generalização* de que os interesses do sistema prisional na “garantia da segurança interna” costumam ser mais substanciais do que os interesses discursivos dos detentos. Por isso, atualmente, quando confrontada com casos que versam sobre a permissibilidade de discursos nesses dois “universos *sui generis*”, a Corte compreende as regras formuladas a partir de sua própria prática decisória como *entrincheiradas*, abstendo-se o máximo possível de investigar se o conjunto de razões que motivaram a criação daquelas diretrizes normativas valem em igual medida para caso imediatamente sob análise.

No extremo oposto do contínuo regras/standards encontram-se as diretrizes que orientam a revisão de constitucionalidade de restrições neutras em relação ao conteúdo discursivo (*content-neutral restrictions*). Tradicionalmente, atos normativos que

⁸³⁸ Ibidem. P. 927, note 60: “The lesser degree of protection given in schools, prisons, and the military can then be understood as a reflection that students, prisoners, and soldiers are **not fully participating members in civil society**” (Os grifos são meus).

⁸³⁹ *Parker v. Levy*, 417 U.S. 733 (1974).

⁸⁴⁰ 417 U.S. 733, 758 (1974).

⁸⁴¹ *Jones v. N.C. Prisoners’ Union*, 433 U.S. 119 (1977).

impactam somente *indiretamente* o livre discurso recebem um tratamento mais deferente por parte da Corte; mas mais do que isso, regulações indiretas ou neutras, a exemplo daquelas motivadas pelo “tempo, local e modo” de proferimento do discurso, historicamente têm convidado magistrados a levarem em conta o peso relativo dos interesses em disputa no caso concreto. A propósito, nunca é demais lembrar que até mesmo o mais absolutista dos absolutistas, Justice Black, aceitava que naqueles casos em que “uma lei que regula primeiramente uma conduta [acaba por] incidentalmente afetar o discurso”⁸⁴², a técnica do balanceamento pudesse ser legitimamente utilizada⁸⁴³.

Contudo, à exceção daquelas personagens que tinham no balanceamento a metodologia ideal para *toda e qualquer* disputa constitucional⁸⁴⁴, ninguém sugeriu que fosse a sua *versão ad hoc* aquela a ser adotada em situações envolvendo restrições neutras ao conteúdo. Em vez disso, quando a distinção entre *content-based* e *content neutral regulations* começou a se tornar central na adjudicação constitucional da Primeira Emenda - isto é, a partir da década de 1970 -, a Corte desenvolveu um tipo de “*balanceamento indireto*” com o fim de avaliar a constitucionalidade daqueles atos normativos reputados como menos invasivo ao livre fluxo de ideias (isto é, a constitucionalidade de restrições neutras). Digo “indireto” porque, diferentemente do que se dá com a versão *ad hoc* do balanceamento, que lança os interesses (ou valores) em tensão numa *disputa franca*, o “balanceamento das regulações neutras” compara os seus pesos de modo mais velado⁸⁴⁵.

De acordo com os processos de revisão de constitucionalidade de restrições neutras descritos na subseção 6.1.3, como e com qual propósito os interesses discursivos foram mencionados? Eles não foram simplesmente dispostos num dos lados da balança, tal como o faria um balanceador *ad hoc*; de outro modo, ao menos segundo a maneira como Geoffrey R. Stone interpretou aqueles casos, os interesses discursivos funcionaram

⁸⁴² *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109, 141 (1959).

⁸⁴³ Não podemos esquecer, de qualquer modo, que o que Justice Black tinha em mente quando se referia à técnica do balanceamento correspondia a uma coisa bastante distinta da metodologia proposta por Justices Harlan e Frankfurter; ou seja, ao conceder o uso do balanceamento, Hugo Black estava a autorizar uma metodologia decisória que, apesar de sopesar os interesses conflitantes na situação imediata, partia do pressuposto de que a liberdade de discurso ocupava uma posição preferencial no esquema constitucional norte-americano. Ou seja, o balanceamento autorizado por Justice Black era o balanceamento à la *Schneider*.

⁸⁴⁴ Refiro-me principalmente aos Justices Harlan e Frankfurter, que ao longo das décadas de 1950 e 1960 conferiram à “linguagem do balanceamento” contornos completamente novos; cf. subseção 4.1.2. O balanceamento “vem à tona”: a liberdade de discurso em tempos de “ameaça vermelha”.

⁸⁴⁵ Geoffrey R. Stone (1987). *Op. Cit.* 58.

ali como uma espécie de barômetro, indicando o quão estridente deveria ser o escrutínio empregado pela Corte para avaliar a constitucionalidade do ato normativo sob análise.

Primeiro, tomemos como modelo *Clark v. Community for Creative Non-Violence*⁸⁴⁶: nesse caso, o grau de interferência dos interesses governamentais nas oportunidades discursivas dos manifestantes determinou a escolha entre uma revisão deferente, intermediária ou estrita. Por entender que a norma que impedia que pessoas montassem tendas e dormissem em parques públicos (para protestar contra a situação de abandono dos moradores de rua) mantinha “abertos amplos canais alternativos de para a comunicação de informações”⁸⁴⁷ e que, portanto, não impactava *desproporcionalmente* grupos, indivíduos e causas particulares, o “barômetro” da Corte mediu apenas uma suave “pressão” nos interesses discursivos dos manifestantes; e, como consequência dessa aferição, o critério de revisão acionado foi o do escrutínio estrito. Em seguida, a Corte compreendeu a regulação em questão como plenamente capaz de assegurar o cumprimento de um *interesse governamental legítimo*, nomeadamente, o de “manter os parques [públicos de Washington D.C] (...) em uma condição atraente e intacta, [e] prontamente disponíveis a milhões de pessoas que desejam vê-los e apreciá-los”⁸⁴⁸.

Já em *NAACP V. Button*⁸⁴⁹ o desfecho foi outro: na presença de uma lei que impactava *desproporcionalmente* a NAACP, alijando essa associação de seus principais canais de expressão, a Corte acionou o seu critério de revisão mais estridente, o escrutínio estrito. Nos termos da opinião majoritária escrita por Justice Brennan, os interesses estatais na prevenção de práticas ligadas à captação abusiva de clientes (*barratry and champerty*), apesar de válidos, não eram substanciais o suficiente para satisfazer o critério de *compelling interests* estipulado pelo escrutínio estrito⁸⁵⁰.

Em resumo, vemos assim que o tipo de balanceamento levado a cabo em julgamentos de constitucionalidade envolvendo *content-neutral restrictions* apresenta *estrutura variável*. Se nos valermos da linguagem de Robert Alexy, há por parte da Corte uma *progressiva* busca pela “realização das possibilidades fáticas”⁸⁵¹ dos interesses

⁸⁴⁶ 468 U.S. 288 (1984).

⁸⁴⁷ 468 U.S. 288, 308 (1984).

⁸⁴⁸ 468 U.S. 288, 296 (1984).

⁸⁴⁹ 371 U.S. 415 (1963).

⁸⁵⁰ 371 U.S. 415, 444 (1963).

⁸⁵¹ Cf. Alexy, Robert. Teoria Dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores: São Paulo. 2017. Posfácio: P. 587-611.

regulatórios em questão: no que respeita às *revisões deferentes*, como vimos acontecer em *Clark*, exige-se apenas que as medidas interventivas sejam aptas a *fomentar* objetivos regulatórios legítimos (adequação), nenhum esforço porém sendo despendido na busca por meios menos gravosos ao discurso (necessidade); já no que diz respeito à *revisão intermediária*, mas acima de tudo em relação à *revisão estrita*, a Corte julga como imprescindível que além de se mostrarem capazes de promover imperiosos (*compelling*) interesses, o ato governamental seja estritamente necessário (*narrowly tailored*) para o seu alcance. De qualquer forma, ainda que perfaça a exigência estipulada pelo “balanceamento das regulações neutras” com o maior grau de estridência (revisão estrita), esse tipo de raciocínio decisório, ao contrário do que demanda a regra da proporcionalidade de Alexy e o balanceamento em sua versão ad hoc, não se engaja num *sopesamento estrito* (direto, franco) entre a intensidade da restrição da liberdade de discurso e a importância da realização dos interesses governamentais que com ela colide (proporcionalidade em sentido estrito ou “maximização das possibilidades jurídicas”).

Consequentemente, é por esta razão que chamo o “balanceamento das regulações neutras” de “indireto” ou “implícito”⁸⁵²: pois em sua estrutura não há o componente de “cotejamento estrito, franco ou direto” entre os benefícios associados à satisfação de um interesse e os custos advindos da não satisfação dos interesses antagônicos. Ao fim e ao cabo, o modelo permite o acesso às razões substantivas que amparam os interesses de ambos os lados em conflito; contudo, o que o “balanceamento implícito” parece não permitir é que o acesso a tais razões seja feito “numa só tacada”, ou melhor, que seja feito simultaneamente, num modelo de “interrogatório cruzado” (*cross examination*). De qualquer forma, nada do que foi dito nesses últimos parágrafos desmente a ideia de que no âmbito das revisões de constitucionalidade de *content-neutral restrictions* os tomadores de decisão possuem consideravelmente dilatadas as possibilidades de recurso às razões substantivas (seja as da liberdade de discurso, seja as dos princípios a ela contrapostos) e, consequentemente, escancaradas as suas margens de discricionariedade.

Em conclusão, essa codificação mediante o desenvolvimento de diretivas normativas com graus distintos de especificidade acaba por tornar o processo decisório

⁸⁵² Nas palavras de Geoffrey R. Stone (1987). Op. Cit. 58: “(...) in recognition that some limitations may be justified by countervailing governmental interests, the Court generally tests content neutral restrictions with an **implicit balancing approach**: the greater the interference with the marketplace of ideas, the greater the burden on government to justify the restriction”. (Os grifos são meus).

da Primeira Emenda em algo cada vez mais complexo, ou melhor, em algo desconfortavelmente (para não dizer desesperadoramente) complexo. Não é à toa, portanto, que um renomado estudioso da Primeira Emenda, William Van Alstyne, pejorativamente comparou essa intrincada rede de regras, standards, testes, camadas e presunções ao complicadíssimo Código Tributário Nacional (*Internal Revenue Code*)⁸⁵³. Agora, saber se a progressiva complexificação do ambiente decisório da Primeira Emenda é uma ocasião para celebração ou para angústia é uma questão que apenas pode ser respondida se tivermos claro em mente as vantagens e desvantagens das alternativas metodológicas descritas ao longo deste trabalho.

No início desta dissertação diagnostiquei um suposto problema: a existência de um dispositivo constitucional que em sua literalidade é absoluto, mas que pouco ou nada orienta tomadas de decisões concretas. Pouco a pouco, capítulo a capítulo, fui então descrevendo os “remédios metodológicos” prescritos para dar conta da operacionalização de princípios constitucionais vagos como a Primeira Emenda. Comecei enfatizando prescrições opostas: de um lado, o forte, porém problemático, absolutismo decisório; de outro, a receita do balanceamento de se resignar (e até mesmo a bendizer) a falta de parâmetros normativos fixos, e de buscar o melhor resultado casuisticamente. No entanto, a receita do dedutivismo, ao abusar em excesso do ingrediente “forma”, tal qual a receita do sopesamento ad hoc, excedendo-se esta no componente “substância”, foram por muitos acusados de serem “remédios piores do que a própria doença”. A solução foi buscar um meio termo entre os dois, uma metodologia que se importasse com previsibilidade e precisão decisória sem abrir mão por completo da flexibilidade necessária para se adequar minimamente ao novo e ao inesperado. Aliás, uma das maiores vantagens da estratégia adotada pela Suprema Corte – uma codificação por meio de regras, subregras, categorias, qualificações, presunções, standards, princípios e exceções - reside justamente no modo como o equilíbrio entre os aspectos formais e substâncias da Primeira Emenda é constantemente afetado (ou calibrado) pelo acúmulo de novas experiências⁸⁵⁴.

A evolução metodológica da Suprema Corte no âmbito da Primeira Emenda no decorrer de mais de um século talvez seja a mais manifesta instância do “processo

⁸⁵³ Schauer, Frederick (1982). Op. Cit. P. 309.

⁸⁵⁴ Schauer, Frederick (1981). Op. Cit. P. 304.

adaptativo e incremental geralmente reputado como sendo a singular beleza da *common-law*”⁸⁵⁵. Como escreve Schauer:

“(...) we have now [in 1982] sixty-four years’ experience with First Amendment problems. As time goes on situations repeat themselves. We are then more able to discern patterns and these patterns enable us to group recurring features into legal rules and categories. The more we have seen, the less likely we are to be surprised, and open-ended flexibility becomes progressively less important””⁸⁵⁶.

Acredito, por fim, que esse processo de “melhoramento e refinamento”⁸⁵⁷, que numa visão otimística é uma das marcas distintivas do *common-law*, agiu sobre a prática decisória da Primeira Emenda de modo a emparelhar os instrumentos formais à disposição da Corte com às razões substantivas da Primeira Emenda, ou seja, de modo a fazer da forma um instrumento à serviço da substância. Por consequência, um procedimento decisório da Primeira Emenda que se preocupe com o lado formal do direito, que se esforce na criação de critérios predeterminados e intersubjetivamente controláveis, que faça com que os tomadores de decisão suplementem a vagueza do dispositivo constitucional pela adoção de rotinas, estratégias e padrões de comportamento relativamente estáveis; pode não apenas corroborar, mas ser mesmo completamente indispensável ao alcance dos propósitos últimos da liberdade de discurso.

⁸⁵⁵ Schauer, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts. London, England. 2009b. P.116.

⁸⁵⁶ Schauer, Frederick (1982). *Op. Cit.* P. 310.

⁸⁵⁷ Schauer, Frederick (2009b). *Op. Cit.* P. 117.

7. Conclusão:

Sintetizo a seguir as conclusões as quais cheguei ao longo deste trabalho.

1. De (2) à (6) reproduzo os pontos centrais contidos em cada um dos seis capítulos que estruturam o presente trabalho. Em (7) deduzo as conclusões gerais desta dissertação.
2. **Premissas Teóricas.**
 - 2.1. O raciocínio jurídico decisório pode ser orientado por duas razões distintas, são elas: as formais e substantivas. Razões formais são razões jurídicas autoritativas e compulsórias. Razões substantivas são aquelas que o direito compartilha com outros domínios, como os da moral, da economia e da política, e se dividem, por sua vez, em: (a) razões substantivas deontológicas e (b) razões substantivas teleológicas.
 - 2.2. A Primeira Emenda serve como um instrumento para a consecução de suas justificativas subjacentes. Tais justificativas subjacentes (ou razões substantivas) são aquilo que em última instância respaldam a existência de toda uma área do direito constitucional norte-americano (isto é, a área que cobre as liberdades discursivas dos cidadãos americanos) no âmbito do qual às pretensões governamentais são erguidas sólidas barreiras (quer dizer, mais sólidas do que aquelas erguidas a partir de um princípio de liberdade geral/mínimo).
 - 2.3. Há duas perspectivas distintas sobre o modo como se organizam as razões substantivas da Primeira Emenda, são elas: a que afirma haver tão somente um

único valor (fundamental) subjacente à liberdade de discurso (teorias dedutivas/geral); e outra para quem existe uma série de valores convivendo por detrás daquele direito (teorias ecléticas). A maneira como se dá a disposição entre as razões substantivas é importante na medida em que influencia o modo em que elas são acessadas num caso concreto: por exemplo, o absolutismo decisório tem como premissa teórica o dedutivismo (3.4), ao passo que o balanceamento costuma ser uma postura decisória eclética (4.1).

- 2.4. No domínio da Primeira Emenda, o conflito entre “tradição definicional” e “balanceamento” é uma instância particular do conflito mais geral entre forma e substância no pensamento jurídico norte-americano. Tal conflito chegou ao seu ápice nas décadas de 1950 e 1960, período em que a jurisdição constitucional da Primeira Emenda foi completamente dominada pelo intenso embate entre “absolutistas” (Justices Black e Douglas) e “balanceadores” (Justices Frankfurter e Harlan).
- 2.5. Contudo, a distinção entre o raciocínio definicional e o raciocínio do balanceamento não é algo completamente estanque: afinal, “os definidores sopesam, apesar de em um nível diferente de particularidade, e balanceadores definem”⁸⁵⁸. Por exemplo, posições absolutistas devem sua plausibilidade (mínima que seja) ao auxílio oferecido por princípios substantivos no *inevitável* procedimento de delimitação do escopo protetivo da Primeira Emenda (3.1) (3.4), ao passo que a metodologia do balanceamento é também obrigada a estabelecer previamente quais discursos são abarcados pela cobertura da liberdade de discurso (ou ainda, a definir quais atividades discursivas devem ser incluídas no “âmbito temático” da Primeira Emenda) (4.7.(A)).
- 2.6. Em alguma medida paralelo à tomada de consciência da natureza não estanque entre “definição” e “sopesamento”, o conflito entre absolutismo e balanceamento foi perdendo força a partir dos últimos anos da década de 1960. Desde então, o que se viu foi um bom número de tentativas em combinar no domínio da mesma metodologia decisória as virtudes do raciocínio jurídico substancial com as vantagens do raciocínio jurídico formal (5.3) (5.4) (6.5) (6.6).

3. Posições Absolutistas:

⁸⁵⁸ Schauer, Frederick. “Speech and Speech – Obscenity and Obscenity: An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language”. *Faculty Publications*. 883 (1979). P.904.

- 3.1. O absolutismo radical, entendido como uma metodologia decisória que tem a liberdade de discurso como um direito ilimitado tanto em *escopo* como em *força protetiva*, é insustentável. Defender tal postura equivaleria a aceitar toda e qualquer regulação governamental como objeto da proibição da Primeira Emenda.
- 3.2. Em realidade, ninguém, nem mesmo os defensores mais ferrenhos da liberdade de discurso na Suprema Corte, isto é, Justices Black e Douglas, chegou de fato a perfilhar a versão radical do absolutismo. No máximo, a adesão à tal postura serviu como um instrumento retórico (*objeção empírica ao absolutismo radical*).
- 3.3. Se nos valêssemos da linguagem ordinária como parâmetro para a delimitação da cobertura da Primeira Emenda seríamos obrigados a aceitar resultados absurdos que contrariariam nossas intuições mais básicas sobre a Primeira Emenda (*argumento dos limites da linguagem ordinária e dos contraexemplos irresistíveis*).
- 3.4. Por conseguinte, para que o absolutismo possa ser levado a sério como uma postura decisória minimamente plausível, é preciso que ele nos ofereça critérios mais sofisticados para a delimitação da cobertura da Primeira Emenda. Em outras palavras, posturas absolutistas só são viáveis se reservarem o seu “caráter absoluto” à dimensão da proteção efetiva (o *absolutismo moderado como um “enclave absolutista”*).
- 3.5. Abundam candidatos à função de “princípio substantivo a guiar a delimitação do escopo da liberdade de discurso”. Dois dentre eles são: (a) o ideal republicano de autonomia política e soberania popular, proposto originalmente pelo filósofo Alexander Meiklejohn, e (b) a proteção irrestrita de todas as condutas reputadas como “expressão” - em oposição àquelas interpretadas como “ações” -, tal como defendia Thomas I. Emerson na academia, e Justices Black e Douglas no Tribunal Constitucional.
- 3.6. Com base no que se disse em (2.4), teorias absolutistas/dedutivista surgiram como alternativas ao balanceamento decisório, ou por outra, surgiram como opções metodológicas a uma estratégia de decisão constitucional que recorria, indiscriminada e contextualmente, a razões substantivas. Contudo, apesar de as preocupações de Emerson e Meiklejohn com a particularização excessiva do processo decisório constitucional serem em alguma medida legítimas, seus

empreendimentos enfrentam consideráveis dificuldades, tanto em sua dimensão puramente teórica (3.7), como em sua dimensão operacional (3.8).

- 3.7. Nenhuma teoria geral pôde formular um princípio fundamental que fosse capaz de *por si só* justificar teoricamente a proteção especial que o esquema constitucional norte-americano outorga ao livre discurso. Ou por outra: nenhuma dessas teorias conseguiu oferecer razões satisfatórias o suficiente para nos convencer que o princípio substantivo por elas eleito, e não outro qualquer, corresponda de fato ao aspecto distintivo da liberdade de discurso (*desafio teórico lançado às teorias gerais/dedutivas*).
- 3.8. Adicionalmente, há um problema operacional derivado do fato de que, ao recorrer a um princípio excessivamente vago e geral, teorias dedutivas perdem sua capacidade de fornecer respostas precisas a problemas concretos. Além disso, na prática, o recurso a um “princípio singular abstrato” acaba por dilatar em excesso as margens de discricionariedade reservadas aos magistrados. Em alternativa, princípios singulares mais precisos parecem trocar um problema por outro: isto é, se por um lado sua maior precisão os permitem funcionar como parâmetros fixos de modo a influenciar (ou mesmo a determinar) processos decisórios reais, por outro lado, e como consequência do próprio encolhimento do seu domínio de justificação (e, portanto, da cobertura protetiva da Primeira Emenda), muitas das categorias discursivas que intuitivamente julgamos como relevantes são simplesmente “deixadas de fora”. (*Desafios operacionais*).

4. Balanceamento:

- 4.1. O raciocínio do balanceamento consiste num raciocínio essencialmente substantivo, uma vez que soluções para tensões entre direitos fundamentais perpassam necessariamente por um conjunto de *avaliações empíricas e contextuais* por parte do tomador de decisão. No balanceamento ad hoc, cada prato da balança é preenchido com o valor (ou com o interesse) substantivo que o tomador de decisão julga como sendo o mais apropriado com base nas especificidades da disputa constitucional em questão. Por isso, o “menu de razões substantivas” à disposição do juiz é tão vasto quanto as incontáveis naturezas dos problemas que possam surgir no processo decisório da Primeira Emenda (o *balanceamento baseia-se numa teoria eclética*).
- 4.2. O balanceamento - tal como se apresentou nas décadas de 1950 e 1960 -, deve muito de seu *modus operandi* a estruturas decisórias que o precederam,

especialmente à fórmula do *clear and present danger* e à metodologia desenvolvida pela Corte para lidar com “*time, place and manner*” restrictions. Assim, o balanceamento ad hoc “veio à tona” como uma espécie de “busca pragmática por soluções para novos problemas, mediante a modificação das estruturas decisórias [que a inspiraram]”⁸⁵⁹ (*as raízes do balanceamento*).

- 4.3. Essa transição metodológica, ou ainda, a consolidação da “linguagem do balanceamento” no domínio decisório da Primeira Emenda, operou de forma gradual ao longo da década de 1950 e no início dos anos 1960, como se infere da leitura conjunta de *Douds*⁸⁶⁰, *Dennis*⁸⁶¹, *Barenblatt*⁸⁶² e *Konigsberg*⁸⁶³. Como já havia anunciado em (2.4), à proporção em que o balanceamento foi conquistando o posto de “a principal metodologia decisória da jurisdição constitucional da Primeira Emenda”, o discurso de seus opositores também começou a ganhar contornos mais nítidos e tons mais elevados, conforme é revelado pelo progressivo enrijecimento da discordância de Justice Black com a preferência metodológica da maioria (*mútua afetação entre balanceamento e absolutismo*).
- 4.4. Na doutrina e na jurisprudência, o teor dos argumentos produzidos em defesa do uso do balanceamento na prática decisória da Suprema Corte possui duas facetas independentes, são elas: (4.5) descritiva e (4.6) normativa.
- 4.5. Numa defesa *descritiva* do balanceamento, esta metodologia é concebida como uma prática inevitável, como algo que todos os tomadores de decisão acabam por fazer, quer consciente quer inconscientemente. Percebiam que aqui não se defende que os tomadores de decisão *devam* balancear, mas sim que eles *nada podem fazer senão balancear*. Essa visão do funcionamento de jurisdição constitucional da Primeira Emenda é um corolário do realismo jurídico norte-americano, movimento que ganhou força nas décadas de 1920, 30 e 40 e que ajudou a lançar por terra a descrição algo ingênua da atuação dos magistrados como um simples processo de subsunção de regras a casos concretos.

⁸⁵⁹ Bomhoff, Jacob. *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*. Cambridge University Press. (2013). P. 127.

⁸⁶⁰ 339 U.S. 382 (1950).

⁸⁶¹ 341 U.S. 494 (1951).

⁸⁶² 360 U.S. 109 (1959).

⁸⁶³ 366 U.S. 36 (1961).

- 4.6. Para além desse seu aspecto descritivo, e dele logicamente independente, o balanceamento diversas vezes foi defendido por ser normativamente mais desejável do que os seus concorrentes, o absolutismo e a categorização. O balanceamento enquanto *teoria normativa da decisão* reclama para si uma posição de destaque em relação aos seus concorrentes metodológicos, sobretudo em razão de sua alegada aptidão em alcançar resultados ótimos em cada situação concreta, bem como pelo fato de a sua flexibilidade torná-lo capaz de contornar situações recalcitrantes (*as promessas do balanceamento*).
- 4.7. Entretanto, o retrato do balanceamento como um método decisório mais justo, mais flexível e mais afinado com os princípios substantivos que regem o direito, talvez pressuponha mais coisas do que os seus críticos estariam dispostos a aceitar. Dito isto, as supostas vantagens do balanceamento são postas em xeque tão logo percebemos que essa estratégia é, dentre outras coisas: (a) em algum nível também definicional; (b) possivelmente (se não irremediavelmente) subjetivo; (c) por demais exigente com “juízes de carne e osso”; (d) incerto por natureza; (e) indômito; isto é, não passível de ser “regrificado”; (f) desigual com os interesses em disputa.
- 4.8. Como alternativa à versão ad hoc do balanceamento, Melville Nimmer e Laurent Frantz desenvolveram o chamado “balanceamento definicional”: método decisório segundo o qual o recurso à lógica do sopesamento é conformado à etapa de circunscrição do escopo protetivo da Primeira Emenda que, uma vez devidamente delimitado, passaria a funcionar como uma verdadeira regra. Como bem notou Alexander Aleinikoff, para que o balanceamento definicional angarie os benefícios antevistos por aqueles autores (maior estabilidade e previsibilidade decisória) é indispensável que o resultado obtido no balanceamento do “caso-paradigma” sirva realmente como uma regra a ser aplicada a casos futuros. Porém, é difícil imaginar que uma Corte que num momento específico se permitiu a raciocinar com base no balanceamento, abstenha-se de usá-lo em situações futuras, especialmente quando os pesos atrelados a cada um dos interesses já não forem mais idênticos àqueles que deram origem ao equilíbrio inicial.

5. Categorização:

- 5.1. Segundo a lógica estabelecida em *Chaplinsky* (nomeada por Harry Kalven Jr como Teoria dos Dois Níveis), algumas categorias discursivas – e.g., discursos

profanos, obscenos, difamatórios e combativos - eram consideradas como simplesmente invisíveis à Constituição (quer dizer, como totalmente estranhas àquilo que se julgava ser os propósitos últimos da liberdade de discurso). Por esse motivo, tais atividades podiam ser censuradas sem que, para tanto, a ação restritiva governamental tivesse que superar os rigorosos standards de revisão da Primeira Emenda.

- 5.2. Entretanto, as categorias que em *Chaplinsky* passavam completamente ao largo do escopo protetivo da Primeira Emenda foram gradativamente recebendo algum grau de proteção constitucional, (5.3) seja porque os seus contornos se tornaram cada vez mais bem definidos, (5.4) seja porque uma série de qualificações, exceções, princípios, regras e presunções começaram a modelar o interior de suas coberturas protetivas.
- 5.3. Em relação a duas categorias, quais sejam, a dos discursos obscenos e a dos discursos combativos, a Corte continuou a percebê-las como indignas de qualquer nível de proteção. Ainda assim, mesmo em relação a elas houve uma notória mudança: afinal, os seus contornos definicionais tornaram-se cada vez mais circunscritos, e as exigências argumentativas impostas ao poder público para classificar uma prática como obscena ou combativa ganharam uma boa dose de rigor analítico (*complexificação definicional das categorias de menor valor social*).
- 5.4. Quanto às demais categorias marginalizadas (nomeadamente, a dos discursos difamatórios, comerciais e subversivos) a ruptura com a lógica binária contida em *Chaplinsky* foi ainda maior. A partir de *Sullivan* (no âmbito da difamação), *Virginia State Board of Pharmacy* (no que respeita a anúncios comerciais) e *Brandenburg* (no domínio dos discursos subversivos), atividades discursivas pertencentes a tais categorias passaram a receber algum nível de proteção constitucional, inclusive naquelas situações em que a ninguém seria capaz de contestar a classificação de um discurso como difamatório, comercial ou subversivo (*desenvolvimento analítico no interior das categorias marginalizadas*).
- 5.5. Tal como o compreendo, o empreendimento teórico de Frederick Schauer no âmbito da Primeira Emenda – algo na interseção entre o descritivo e o normativo – consiste numa busca em conformar as inevitáveis incursões a “domínios externos ao direito” a categorias decisórias preestabelecidas (*categorização*

como uma forma de organização do raciocínio decisório). Ou por outra: se conceitos constitucionais complexos, sendo eles termos teoricamente carregados, obriga-nos a transcender o seu contexto de proferimento (isto é, o sistema jurídico) para que possamos interpretá-los minimamente, disto não se segue que não possamos ao menos domesticar tais incursões por meio da criação de uma série de “filtros formais” (e.g., testes compostos por diversas etapas, camadas e presunções).

6. Critérios Gerais e Complementares:

- 6.1. Como expus em (5.3) e (5.4), uma parte considerável da história da jurisdição constitucional da Primeira Emenda poderia ser descrita como um processo de complexificação do modelo binário (protegido/não protegido) originalmente estabelecido em *Chaplinsky*. E, em razão dessa complexificação, afirmar atualmente que uma categoria discursiva é de “*pouco valor social*” significa apenas dizer que em relação a ela o governo dispõe de um caminho relativamente mais fácil fazer valer suas pretensões restritivas. Em contrapartida, do outro lado da mesma moeda, dizer que uma categoria discursiva possui um *inegável valor social* equivale a simplesmente lançar luz sobre as sólidas - porém ainda assim transponíveis - barreiras que costumam ser erguidas diante dos interesses regulatórios estatais.
- 6.2. No que diz respeito aos *discursos presumivelmente protegidos* (e.g., discursos políticos, artísticos, acadêmicos e religiosos), a distinção entre “regulações ao conteúdo” e “regulações neutras ao conteúdo” apresenta-se como o *critério geral* para a definição do grau do rigor analítico a ser utilizado na revisão de constitucionalidade de um ato regulatório. Restrições neutras, sendo elas presumivelmente menos aptas a influenciar/manipular o debate público de ideias e menos propensas de serem motivadas por razões impróprias, recebem, via de regra, um tratamento mais tolerante por parte da Corte (escrutínio deferente ou intermediário). Restrições baseadas no conteúdo da mensagem, por sua vez, são vistas como consideravelmente mais capazes de: (a) *distorcerem o debate público de ideias*; (b) serem animadas por *razões impróprias*; (c) e/ou revelarem uma *postura paternalística* da parte do governo; e, por tudo isso, têm a sua concretização condicionada à superação de um escrutínio analítico muito mais rigoroso (escrutínio estrito).

- 6.3. Dentro da categoria “regulações ao conteúdo” a Suprema Corte foi aos poucos aceitando uma subdivisão entre “regulações a matérias/temas gerais” (*subject matter restrictions*) e “regulações a pontos de vista” (*viewpoint discrimination*). Essa subdivisão justifica-se na medida em que a neutralidade em relação aos pontos de vista em disputa sobre um determinado tema torna a restrição “de conteúdo” algo consideravelmente menos perturbador aos propósitos últimos da liberdade de discurso.
- 6.4. Outras variáveis - e.g., a natureza do *fórum* em que o discurso foi proferido e/ou *status especial* daquele que busca se expressar - modificam o *standard* de revisão constitucional, acrescentando ou retirando uma ou mais camadas de estridência analítica, a depender das vicissitudes do caso concreto. Em consequência disso, o tipo de escrutínio que em circunstâncias normais seria acionado para o exame de restrições ao conteúdo (escrutínio estrito) pode ser significativamente aliviado se, por exemplo, o discurso tiver sido proferido num local tradicionalmente considerado como “*não público*” (e.g., bases militares e complexos prisionais), ou então tiver sido enunciado por um funcionário do governo e em desacordo com a posição oficial da instituição a qual este pertence. No mais, há outras maneiras por meio das quais o desejo regulatório estatal pode ser frustrado: as doutrinas do *overbreadth*, do *prior restraint* e da *vagueness* invalidam de plano (*on its face*) atos normativos, permitindo que regulações ao discurso sejam declaradas inconstitucional sem qualquer necessidade de se avaliar a força dos interesses governamentais envolvidos na questão.
- 6.5. Com base no que foi dito em (6.2), (6.3) e (6.4), o conjunto de discursos tradicionalmente reconhecido como “de maior valor social” testemunhou em seu próprio âmago uma verdadeira *codificação por intermédio da produção jurisdicional de diretivas normativas com graus distintos de especificidade*. As doutrinas do *prior restraint*, do *overbreadth* e da *vagueness*, lado a lado da forte presunção de inconstitucionalidade impostas sobre *content-based restrictions*, funcionam à maneira de regras porque excluem do conjunto de decisões disponíveis ao magistrado uma série de opções decisórias que seriam desejáveis de um ponto de vista “não formal”.
- 6.6. Por outro lado, processos de revisão de constitucionalidade de *content-neutral restrictions* costumam ser consideravelmente mais desregulados, tal como se sobre eles operassem standards abertos. Nesses casos, o tomador de decisão não

apenas é pouco constrangido pela força autoritativa de regras categóricas, como também, e para ser capaz de dar uma resposta ao caso que se lhe apresenta, nada pode fazer senão recorrer ao exame das vicissitudes da situação concreta e das razões substantivas por detrás de cada interesse em disputa.

7. Conclusões Gerais.

- 7.1. Se o que se disse em (2.5), (3.1) e (4.7 (A)) está correto, ou seja, se o raciocínio jurídico formal e o raciocínio jurídico substancial *necessariamente* interagem no seio de *qualquer teoria normativa da decisão*, a diferença entre as mais relevantes metodologias adjudicatórias desenvolvidas no âmbito da Primeira Emenda se resume ao modo como cada uma delas organizou em sua própria estrutura o papel a ser desempenhado pelas razões formais e pelas razões substanciais ao longo do raciocínio decisório.
- 7.2. Tendo em vista o *processo de codificação* descrito em (5) e (6), o esforço da Suprema Corte dos Estados Unidos na formulação de critérios estáveis e intersubjetivamente controláveis cumpre com a função de segunda ordem de fazer com que os valores substantivos associados à Primeira Emenda sejam, sob uma perspectiva global, mais eficazmente alcançados. Deixar o processo decisório à mercê das avaliações casuísticas dos membros da Corte, a exemplo do que ocorreu no domínio dos discursos subversivos nas décadas de 1950 e 0, equivale a abrir mão dos “benefícios de longo prazo” da liberdade de discurso em prol de interesses mais prementes aventados pelo poder público.

8. Bibliografia:

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação Constitucional*. São Paulo, Malheiros (2005).

_____. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. *Revista de Direito do Estado* 4 (2006).

ALEINIKOFF, T. Alexander. *Constitutional Law in the Age of Balancing*. 96 YALE L.J (1987).

ALEXY, Robert. *Theory of Legal Argumentation*. Oxford: Clarendon Press. 1989.

_____. *On the Structure of Legal Principles*. *Ratio Juris*. Vol. 13 Nº3. September 2000 (294-304).

_____. *Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.253. Abril 2013.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Landy editora. 2ªed. (2001)

_____. *Teoria Dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores: São Paulo. 2017.

ATILAH and SUMMERS, Robert, S. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions*. Clarendon Press; New York: Oxford University Press (1987).

AUSTIN, John L. *How to Do Things with Words*. Clarendon Press, 1962.

ÁVILA, Humberto. *Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico*. 2001

BAKER, C. Edwin. *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*. 25 U.C. L.A. L. REV. 45 (1974).

_____. *The First Amendment and Commercial Speech*. *Faculty Scholarship at Penn Law*. 176. (2009).

BEVIER, Lillian R. *Rehabilitating Public Forum Doctrine: In Defense of Categories*. *The Supreme Court Review*, Vol. 1992 (1992).

BINENBOJM, Gustavo. *Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa: As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. *Revista EMERJ*, v. 6, N. 23, 2003.

BLACK, Hugo. *The Bill of Rights*. 35 N.Y.U.L. Rev. 865 (1960).

BLACKSTONE, William, Sir. *Commentaries on the Laws on England*. Vol 4. Acessado em: https://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp

BLASI, Vincent. *The Checking Value in First Amendment Theory*. *Am. B. Found. Res. J.* 521 (1977).

_____. *The Pathological Perspective and the First Amendment*. 85 *Colum. L. Rev* 449 (1985).

BOMHOFF, Jacco. *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*. Cambridge University Press. (2013).

CARDOZO, Benjamin. *The nature of the Judicial Process* (1921).

CARR, John A. *Free Speech in the Military Community: Striking a Balance between Personal Rights and Military Necessity*. *Air Force Law Review* 45 (1998).

CASS, Ronald A. *The Perils of Positive Thinking: Constitutional Interpretation and Negative First Amendment Theory*. *UCLA Law Review* 34, no. Issues 5 & 6 (1987).

CHEMERINSKY, Erwin. *Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech: Problems in the Supreme Court's Application*, 74 *S. CAL. L. Rev.* 49 (2000).

DEUTSCH, Norman T. *Professor Nimmer Meets Professor Schauer (and Others): An Analysis of 'Definitional Balancing' as a Methodology for Determining the 'Visible Boundaries of the First Amendment'*". *Akron Law Review*, Vol. 39, No. 1 (2006).

DWORKIN, Ronald. *Political Judges and the Rule of Law*. 64 *Proceedings of the British Academy* 259 (1978).

_____. *O Império do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014

ELY, John Hart. *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in the First Amendment Analysis*. Harvard Law Review, Vol. 88 N°7 (May 1975).

_____. *Democracy and Distrust*. Cambridge, MA: Harvard University Press (1980).

EMERSON, Thomas I. *The Doctrine of Prior Restraint*. Faculty Scholarship Series. 2804 (1955).

_____. *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 YALE L.J. 877 (1963).

_____. *Freedom of Association and Freedom of Expression*. Faculty Scholarship Series. 2797 (1964).

_____. *The System of Freedom of Expression* (1970).

FALLON Jr, Richard H. *Making Sense of Overbreadth*, 100 Yale L.J. (1991).

_____. *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*. Harvard Law Review, Vol. 113, No. 6 (Apr., 2000).

FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. *Practical Reason and the First Amendment*. 34 UCLA L.Rev.1615 (1986).

FARBER, Daniel A. *The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law*. Indiana Law Journal: Vol. 84: Iss. 3, Article 7 (2009).

FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind* (1930).

FRANTZ, Laurent B. *The First Amendment in the Balance*. 71 Yale L.J. (1962)

_____. *Is the First Amendment Law? A reply to professor Mendelson*. California Law Review. Vol 51, No. 4 (1963).

GARD, Stephen W. *Fighting Words as Free Speech*. 58 WASH. U. L. Q. 531 (1980).

GREENAWALT, Kent. *Speech and Crime*. Am. B. Found. Research J. 645 (1980).

_____. *Free Speech Justifications*. Columbia Law Review. Vol. 89, No. 1 (1989).

_____. *Speech, Crime, and the Uses of Language*. New York: Oxford University Press, 1989b.

_____. *Fighting Words: Individuals, Communities, and Liberties of Speech*. Princeton, N.J.: Princeton University Press. (1995).

_____. *Clear and Present Danger*. In: *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*, ed. Lee C. Bollinger and Geoffrey R. Stone, 96-119. Chicago: University of Chicago Press, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*, volume I. 2.ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa/ Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HOLMES Jr, Oliver W. *The Common Law* (1881).

HUDSON Jr. David L. *Obscenity and Pornography*. In: The First Amendment Encyclopedia. Acessado em: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1004/obscenity-and-pornography>.

_____. *Libel and Defamation*. Freedom Forum Institute, Sept. 12, 2002. Acessado em: <https://www.freedomforuminstitute.org/first-amendment-center/topics/freedom-of-the-press/libel-defamation/>

_____. *True Threats and the First Amendment*. Freedom Forum Institute. May 12, 2008. Acessado em: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1025/true-threats>.

_____. *Fighting Words*. Freedom Forum Institute. July 2009.

Hudson, David L. Jr. *Tinker After 50: a historical ruling relevant after all these years*. Freedom Forum Institute. (2019).

_____. *Tinker After 50: a historical ruling relevant after all these years*. Freedom Forum Institute. (2019).

KAGAN, Elena. *Private Speech, Public Purpose: The Role Motive in First Amendment Doctrine*. 63 U. Chi. L. Rev. (1996).

KALVEN Jr. Harry. *The Metaphysics of the Law of Obscenity*. 1960 Supreme Court Review 1 (1960).

_____. *The New York Times Case: A Note on “The Central Meaning of the First Amendment*. Sup. Ct. Rev. 191. (1964).

_____. *The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana*. Supreme Court Review 1 (1965).

KARST, Kenneth L. *Legislative Facts in Constitutional Litigation*. The Supreme Court Review, Vol. 1960 (1960).

_____. *Equality as a Central Principle in the First Amendment*. 43 U. CHI. L. REV. 20 (1975).

KENNEDY, Duncan. *Form and Substance in Private Law Adjudication*. Harvard Law Review. Vol. 89, No. 8 (Jun., 1976).

LEAL, Fernando. *Decidindo com Normas Vagas: Estado de Direito, Coerência e Pragmatismo por uma teoria da decisão argumentativa e institucionalmente adequada*. Rio de Janeiro: 2006.

_____. *Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, ano 14, n. 58, 2014.

_____. *Regulando a Incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação*. Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba, Vol. 3, n.3. (2016).

_____. *Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer?* In: Direito e economia: diálogos/ Coordenação: Armando Castelar Pinheiro, Antônio J. Maristrello Porto, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. – Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. (85-113).

LEITE, Fábio Carvalho. *Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema*. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. p. 395- 408.

LEWIS, Anthony. *Britain Tightens Obscenity Curb*. The New York Times, Nov. 6, 1971. In: <https://www.nytimes.com/1971/11/06/archives/britain-tightens-obscenity-curb-court-rules-single-item-can-send.html>

Libel: Protecting Vital Political Speech. First Amendment Watch, Jan. 6, 2018. Acessado em: <https://firstamendmentwatch.org/libel-new-york-times-v-sullivan-sets-standard/>.

LLWELLYN, Karl N. *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study* (1930).

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 2ªed. 1994.

_____. *Argumentation and Interpretation in Law*. Ratio Juris, 6, 1993.

_____. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACDONALD, Barry. *Speech and distrust: rethinking the content approach to protecting the freedom of expression*. Notre Dame Law Review. Notre Dame, v.81 (2006).

MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Freedom of Expression: what lessons should we learn from US experience?* Revista Direito GV. São Paulo: V. 13 N. 1. (2017).

MEIKLEJOHN, Alexander. *What does the First Amendment Mean?* 20 U. Chi. L. Rev. 461 (1953).

_____. *The First Amendment is an Absolute*. Sup. Ct. Ver. 245 (1961).

_____. *The Balancing of Self-Preservation against Political Freedom*. 49 CALIF. L. REV. 4 (1961).

MENDELSON, Wallace. *On the Meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance*, 50 CALIF. L. REV. (1962).

MILL, John Stuart. *On Liberty*. In: *Selected Writings of John Stuart Mill* 121. (134-71) (M. Cowling ed. 1968).

NIMMER, Melville B. *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*. 56 CALIF. L. REV. 935 (1968).

Note, *The Demise of the "Chaplinsky" Fighting Words Doctrine: An Argument for Its Interment Source*. Harvard Law Review, Vol. 106, No. 5 (Mar., 1993).

NOWAK, John & FARBER, Daniel. *The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication*. Virginia Law Review 70 (1984).

PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Springer: Law and Philosophy Library, Volume 8 (2008).

PETTIT, Philip. *Consequentialism*. In SINGER, P (ed.). *A Companion to Ethics*. 2 a ed. Blackwell, 1993.

POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Harvard University Press: Cambridge Massachusetts; London England (2003).

POST, Robert C. *Reconceptualizing Vagueness: Legal Rules and Social Orders*. Faculty Scholarship Series. 201. (1994).

POUND, Roscoe. *Mechanical Jurisprudence*. 8 Colum. L. Rev. 605 (1908).

RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. Oxford University Press. 3rd edition (1999).

REDISH, Martin .H. *Self-Realization, Democracy, and Freedom of Expression: A Reply to Professor Baker*, 130 U.Pa. L. Ver. 678 (1982).

_____. *The Value of Free Speech*, 130 U. PA. L. REV. 591 (1982).

_____. *The Proper Role of the Prior Restraint Doctrine in First Amendment Theory*. Virginia Law Review, Vol. 70, No. 1 (Feb., 1984).

_____. *Warren Court, the Burger Court and the First Amendment Overbreadth Doctrine*. 78 Nw. U. L. Rev. 1031 (1983-1984).

RICHARDS, David A. J. *Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First Amendment*. 123 U.Pa. L. REV. 45 (1974).

SARLET, Ingo Wolfgang, A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, Livraria do advogado, 12ªed. (2015).

SCANLON, Thomas. *A Theory of Freedom of Expression*. 1 Phil. & Pub. Aff. 216 (1972).

SCHAUER, Frederick. *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the “Chilling Effect”*. 58 B.U.L. Rev. 685 (1978).

_____. *Reflections on ‘Contemporary Community Standards’: The Perpetuation of an Irrelevant Concept in the Law of Obscenity*. 56 N. Car. L. Rev. 1, (1978).

_____. *Speech and Speech – Obscenity and Obscenity: An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language*. Faculty Publications. 883 (1979).

_____. *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts* (1981). Faculty Publication. Paper 876.

_____. *Can Rights be Abused?* Oxford University Press. The Philosophical Quarterly. Vol. 31, No.124 (1981b).

_____. *An Essay on Constitutional Language*. Faculty Publications. Paper 877 (1982).

_____. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge University Press (1982b).

_____. *Codifying the First Amendment: New York v. Ferber*. Faculty Publications. 884 (1982).

_____. *Must Speech Be Special?* Faculty Publications. Paper 878. (1983).

_____. *Formalism*. 97 Yale L.J. (1988).

_____. *The Second-Best First Amendment*. 31 Wm. & Mary L. Rev. 1 (1989).

_____. *Playing by the Rules: a philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press. 1991.

_____. *The Convergence of Rules and Standards*, 2003 N.Z. L. Rev. 303 (2003).

_____. *The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*. 117 HARV. L. REV. (2004).

_____. *The Exceptional First Amendment* (February 2005). KSG Working Paper No. RWP05-021.

_____. *Freedom of Expression Adjudication in Europe and America: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture* (February 2005). KSG Working Paper No. RWP05-019.

_____. *Balancing, Subsumption, and the constraining role of legal text*. University of Virginia Law School: Public and Legal Theory Working Series. Paper 133. 2009.

_____. *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts. London, England. 2009.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Nos Limites do Possível: “Balanceamento” entre Princípios Jurídicos e o Controle de sua Adequação na Teoria de Robert Alexy*. In: *Norma, Contingência e Racionalidade: Estudos Preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SHECAIRA, Fábio P. e STRUCHINER, Noel. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016.

SHIFFRIN, Steven H. *Defamatory Non-Media Speech and First Amendment Methodology*. Cornell Law Faculty Publications. Paper 1174. (1978).

STRASSER, Mark. *Government Speech and Circumvention of the First Amendment*. Hastings Const. L. Q. 44 (2016).

STONE, Geoffrey R. *Restriction of Speech Because of Its Content: The Peculiar Case of Subject-Matter Restrictions*. 46 University of Chicago Law Review 81 (1978).

_____. *Content Regulation and the First Amendment*. 25 William and Mary Law Review 189 (1983).

_____. *Content-Neutral Restrictions*. 54 University of Chicago Law Review 46 (1987).

_____. *Free Speech in the Twenty-First Century*. 36 Pepp. L. Rev. 2 (2009).

SULLIVAN, Kathleen M. *Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing*, 63 U. Colo. L. Rev. 293 (1992).

_____. *Foreword: The Justices of Rules and Standards*. 106 Harv. L. Rev. 22 (1992).

_____. *Free Speech Wars*. 48 SMU L. Rev. 203 (1995).

SUMMERS, Robert. S. *Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification*. 63, Cornell L. Rev. 707 (1978).

_____. *Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought-a Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory about Law and Its Use*. 66 Cornell L. Rev. 861 (1981).

SUNSTEIN, Cass R. *Must Formalism Be Defended Empirically?* John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 70, (1999).

TAMANAHA, Brian Z. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge University Press (2009).

TVERSKY, Amos & KAHNEMAN, Daniel. *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases*. 185 *Science* 1124 (1974).

VAN ALSTYNE, William. *A Graphic Review of the Free Speech Clause* (1982). *Faculty Publications*. Paper 731.

WECHSLER, Herbert. *Toward Neutral Principles in Constitutional Law*. *Harvard Law Review*, Vol. 73, No. 1 (1959).

WEINRIB, Ernest J. *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*. 97 *Yale L.J.* (1998)

WERHAN, Keith. *Liberalization of Freedom of Speech on a Conservative Court*. 80 *IOWA L. REV.* (1994)

WOOD, Diane P. *The Rule of Law in Times of Stress*. 70 *University of Chicago Law Review* 455 (2003).

YARBROUGH, Tinsley E. *Mr. Justice Black and His Critics*. Duke University Press; Durham and London (1988).